



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
BRENO CESAR DE SOUZA MELLO**

**A autonomia reprodutiva no contexto do direito humano à procriação: aspectos
fáticos e normativos da gestação por substituição no Brasil**

Juiz de Fora

2022

BRENO CESAR DE SOUZA MELLO

A autonomia reprodutiva no contexto do direito humano à procriação: aspectos fáticos e normativos da gestação por substituição no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Mestrado em Direito e Inovação, sob orientação do Prof. Dr. Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri.

**Juiz de Fora
2022**

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Mello, Breno Cesar de Souza.

A autonomia reprodutiva no contexto do direito humano à procriação : aspectos fáticos e normativos da gestação por substituição no Brasil / Breno Cesar de Souza Mello. -- 2022.
143 f.

Orientador: Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri
Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

1. autonomia da vontade; . 2. corpos dóceis. 3. direito à procriação. 4. gestação por substituição. I. Negri, Sergio Marcos Carvalho de Ávila, orient. II. Título.

Breno Cesar de Souza Mello

Autonomia reprodutiva no contexto do direito humano à procriação: aspectos fáticos e normativos da gestação por substituição no Brasil

Dissertação
apresentada ao
Programa de Pós-
graduação em
Direito
da Universidade
Federal de Juiz de
Fora como requisito
parcial à obtenção do
título de Mestre em
Direito. Área de
concentração:
Direito e Inovação.

Aprovada em 20 de janeiro de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Dr.(a) Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri - Orientador e Presidente da Banca
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.(a) Dr.(a) Wagner Silveira Rezende - Membro titular interno
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.(a) Dr.(a) Carlos Nelson de Paula Konder - Membro titular externo
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Juiz de Fora, 05/01/2022.



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri, Professor(a)**, em 20/01/2022, às 16:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Nelson de Paula Konder, Usuário Externo**, em 20/01/2022, às 16:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Wagner Silveira Rezende, Professor(a)**, em 20/01/2022, às 17:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no Portal do SEI-Ufjf (www2.ufjf.br/SEI) através do ícone Conferência de Documentos, informando o código verificador **0634581** e o código CRC **CAFB417E**.

AGRADECIMENTOS

Sem sombra de dúvidas, posso afirmar que o meu ingresso no curso de Direito da UFJF e, posteriormente, a minha aprovação no curso de mestrado oferecido pela casa, representaram os melhores anos da minha vida. Foi nesse ambiente universitário que pude me encontrar como pessoa e me tornar mais humano, já que tive a honra de vivenciar experiências tão singulares, confrontar as minhas certezas, me tornar mais sensível às adversidades da vida, compartilhar histórias e construir novos caminhos. Embora a trajetória tenha sido árdua em alguns momentos, não abri mão da premissa de que “não há céu sem tempestade, nem caminhos sem acidentes”. Assim, devo agradecer àqueles que me auxiliaram nessa jornada e me guiaram com emanção de fé. Agradeço à minha família, principalmente, minha mãe e irmã, por terem acreditado na minha capacidade e por nutrirem, diariamente, os meus sonhos. À minha mãe, dona Alzira, por ser a minha maior inspiração de vida. Os meus passos serão guiados pela sua força, fé, determinação e bondade.

Aos ilustres professores da graduação, agradeço à Cláudia Toledo, Fernanda Vieira, ao saudoso Denis Silva, Bruno Stigert e ao Sergio Negri, por terem me permitido ingressar no mundo da pesquisa científica e da extensão universitária. A admiração pelo profissionalismo de todos vocês, despertou-me o amor pela área acadêmica e me possibilitou crescer, aos poucos, como pesquisador. Já no mestrado, agradeço ao meu orientador Sergio Negri, pelo acolhimento como seu orientando. Por ter acreditado na importância do tratamento desse tema tão sensível e por ter permitido que eu trabalhasse com ele de forma mais livre, de acordo com as minhas escolhas e percepções quanto ao melhor desempenho. Agradeço também aos demais professores do programa, pelas belíssimas aulas; à ilustre banca composta pelos professores Carlos Konder e Wagner Rezende, pelos debates e reflexões proporcionados e à coordenação que, tão prontamente, acolheram as demandas da turma. Aos colegas da turma, muito obrigado pelos conhecimentos compartilhados, pelas sugestões respeitadas e pelas contribuições para a finalização desse trabalho. Aos meus amigos da faculdade e da vida Nayara, Maria Augusta, Larissa, Laís, Pâmela, Liana, Paolla, Thainá, Elaine, Camila, Gabrielle, Virgínia, Lorena, Ariene, Duda, Guido e Gabriel Oliveira, obrigado pelo acolhimento e apoio. Um abraço especial e sinceros agradecimentos para o meu amigo e Prof. Dr. Gilmar Santos, pela pesquisa que desempenhamos, pela paciência, humildade e disposição em compartilhar os seus conhecimentos e experiências profissionais. Bom, desejo que todos possam ter a oportunidade de realizar as suas utopias e, como um Condor liberto das amarras existenciais, alçar belíssimos voos. Que Deus nos guie e nos fortaleça. Uni-vos!

Se você vai tentar, vá com tudo

Senão, nem comece.

Se você vai tentar, vá com tudo

Isso pode significar perder namoradas,

esposas, parentes, empregos

e talvez a cabeça.

Vá com tudo.

Isso pode significar ficar sem comer por 3 ou 4 dias

Pode significar passar frio num banco de praça

Pode significar cadeia, menosprezo, insultos, isolamento.

Isolamento é o presente

todos os outros são um teste da sua resistência

de quanto você realmente quer fazer isso.

E você vai fazer

Apesar da rejeição e dos piores infortúnios

E isso será melhor do que qualquer coisa

que você possa imaginar.

Se você vai tentar, vá com tudo.

Não há outro sentimento como esse.

Você ficará sozinho com os deuses

e as noites irão flamejar como fogo.

Faça, Faça, Faça

Vá com tudo, por todos os caminhos

Você cavalgará a vida direto até a gargalhada perfeita

essa é a única boa luta que existe.

RESUMO

A presente investigação visa fazer um recorte na Técnica de Reprodução Assistida (TRA) conhecida como Gestação por Substituição – procedimento que utiliza o ventre de uma mulher, para gestar a criança e efetivar o projeto parental de outra pessoa. De modo a evidenciar as suas controvérsias, principalmente, no que tange aos aspectos atinentes à maternidade, à autonomia sobre o próprio corpo, sobre o público alvo beneficiado pela permissibilidade de uso da técnica, almeja-se responder à seguinte pergunta norteadora: ante a ausência de uma legislação específica, qual a melhor forma de regulamentar a gestação por substituição no Brasil? Embora a investigação não tenha um marco teórico específico, parte-se da perspectiva trabalhada por Stefano Rodotà de que a lógica de proteção e tutela da dignidade humana deve estar ancorada na passagem do “sujeito à pessoa”, mediante a ruptura da ideia de tutela ao sujeito de direito abstrato, descontextualizado da sua realidade social, cultural, econômica e política. Diante dos desdobramentos multidisciplinares envolvendo o tema, o caminho metodológico escolhido foi o estudo exploratório, mediante o uso preponderante da análise bibliográfica qualitativa. Seguindo a lógica dedutiva, buscou-se compreender a influência do biopoder nos contornos traçados sobre o corpo feminino, para que fosse possível contextualizar a insurgência das TRA's e sua implicação nos novos núcleos familiares, no processo de desbiologização das relações parentais e, assim, entender o direito humano à procriação. Após essa etapa preliminar, foi feito um estudo com o direito comparado, com os projetos de lei e com as normas deontológicas brasileiras criadas pelo CFM. Observou-se que as imprecisões na tutela desse ato da vida vêm abrindo margem para consolidação de uma agenda conservadora e, de certo modo, punitivista, ora criminalizando a prática, ora beneficiando somente o modelo familiar heterossexual. As principais conclusões foram: i) a técnica deve ser acessível a todos os arranjos familiares; ii) diante da autonomia sobre o próprio corpo, deve ser garantido à gestante substituta a possibilidade de criar contratos onerosos; iii) o projeto parental deve prevalecer, caso ocorra algum conflito de maternidade.

Palavras-chave: autonomia da vontade; corpos dóceis; direito à procriação; Gestação por Substituição.

ABSTRACT

This research aims to make a cut in the Assisted Reproduction Technique (ART) known as Surrogacy – a procedure that uses the womb of a woman, to gestate the child and carry out the parental project of others. In order to highlight their controversies, especially with regard to aspects relating to motherhood, autonomy over their own body, about the target audience benefiting from the permissibility of using the technique, the aim is to answer the following guiding question: in the face of the absence of specific legislation, what is the best way to regulate the surrogacy in Brazil? Although the present investigation does not have a specific theoretical framework, it starts from the perspective developed by Stefano Rodotà that the logic of protection and protection of human dignity must be anchored in the passage from "subject to person", through the rupture of the idea of guardianship to the subject of abstract law, decontextualized from its social, cultural, economic and political reality. In view of the multidisciplinary developments involving the theme, the methodological path chosen was the exploratory study, through the predominant use of qualitative bibliographic analysis. Following the deductive logic, it sought to understand the influence of Biopower on the contours traced over the female body, so that it would be possible to contextualize the insurgency of TRA's and their implication in new family nuclei, in the process of de-biologization of parental relationships and, thus, understand the law human to procreation. After this preliminary stage, a study was carried out with comparative law, with the bills of law and with the brazilian deontological norms created by the CFM. It was observed that the imprecisions in the protection of this act of life have been opening the way for the consolidation of a conservative and, in a certain way, punitive agenda, sometimes criminalizing the practice, sometimes benefiting only the heterosexual family model. The main conclusions were: i) the technique must be accessible to all family arrangements; ii) autonomy over her own body should guarantee the surrogate pregnant woman the possibility of creating onerous contracts; iii) the parental project must prevail in the event of a maternity conflict.

Keywords: autonomy of the will; docile bodies; right to procreation; Surrogacy.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro Esquemático 1- Características da Gestação por Substituição	51
Quadro Esquemático 2 - Gestação por Substituição no Direito Comparado	69
Quadro Esquemático 3 - Resoluções do Conselho Federal de Medicina (gestação por substituição).....	84
Quadro Esquemático 4- Projetos de Lei para o tratamento da Gestação por Substituição no Brasil.....	93
Figura 1 – Sítio eletrônico para o cadastro das mulheres interessadas em cederem seu útero temporariamente	108
Figura 2- Exemplo da adoção à brasileira no ambiente virtual	109
Figura 3 - Postagem de uma usuária indagando sobre a postura de negociação da adoção ..	110
Figura 4 - Exemplo da adoção à brasileira e Gestação por Substituição no ambiente virtual	111
Figura 5 - Exemplo de negociação da Gestação por Substituição e da adoção à brasileira ...	113

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS – Agência Nacional de Saúde

BA – Barriga de Aluguel

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

CC- Código Civil

CCCA – Código Civil e Comercial Argentino

CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CIAM - Coalition Internationale pour l'Abolition de la Maternité de Substituicion

CFM - Conselho Federal de Medicina

CP – Código Penal

CPB - Código Penal Brasileiro

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CRM - Conselho Regional de Medicina

CSSF – Comissão de Seguridade Social e Família

DNV- Declaração de Nascido Vivo

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

FIV – Fertilização in Vitro

GPA - Gestation pour le compte d'autrui

HCCH- Hague Conference on Private International Law – Conférence de La Haye de droit international privé

IIE - Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides

IIU – Inseminação intrauterina

LGBTQIA + – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Travestis, Queer, Intersexuais, Assexuais

LINDB – Lei Introdutória às Normas do Direito Brasileiro

LPMA – Lei de Procriação Medicamente Assistida

MP – Medida Provisória

Nº- número

OMS- Organização Mundial da Saúde

PL- Projeto de Lei

PMA – Procriação Medicamente Assistida

RA- Reprodução Assistida

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados do Brasil

TRA- Técnica de Reprodução Assistida

TRHA – Técnica de Reprodução Humana Assistida

SART - Society for Assisted Reproductive Technology

SUS – Sistema Único de Saúde

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

WAS – Word Association for Sexual Help

LISTA DE SÍMBOLOS

§- parágrafo

% - porcentagem

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2.CORPOS DÓCEIS E O CONTROLE SOBRE A AUTONOMIA REPRODUTIVA: A PASSAGEM DO SUJEITO À PESSOA	19
3.DIREITO À PROCRIAÇÃO E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	30
3.1.FAMÍLIA DEMOCRÁTICA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	35
4.TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA POR GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	44
4.1 ESTUDO COMPARADO SOBRE OS DIVERSOS ENTENDIMENTOS CONCERNENTES À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	52
4.1.1. Países que proíbem a gestação por substituição	55
4.1.1. Países que permitem a gestação por substituição	59
4.1.2. Países que se abstêm de regular a gestação por substituição.....	67
5.O USO DA TÉCNICA DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL PELO (S) MODELO (S) DE FAMÍLIA (S) DEMOCRÁTICA (S)	70
5.1. RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	74
5.2. DOS PROJETOS DE LEI.....	86
6.ASPECTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO PELA TEORIA CONTRATUAL NO BRASIL	94
6.1. Aspectos fáticos da TRHA por substituição da gestação	106
7. CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

1. INTRODUÇÃO

Os avanços científicos vistos, anteriormente, como quimeras literárias ou abstrações advindas do campo das ideias, materializaram-se nas últimas décadas e marcaram uma volátil ruptura com os paradigmas sociais, trazendo inúmeros benefícios. Todavia, em paralelo, surgiu uma miríade de lacunas e incertezas, em especial, a despeito das formas de regulamentação, ante a obsolescência das normas existentes que são incapazes de acompanhar essas mudanças pela simples subsunção da norma pré-existente às mudanças dialéticas e dinâmicas dos fatos e da realidade concreta (PERLINGIERI, 2019). Segundo Volnei Garrafa, reiteradamente, essas mudanças são lidas em tons maniqueístas, por correntes que encaram a ciência como uma “obra do demônio”, enquanto outras criam um endeusamento cego e, justamente por isso, essas posições radicais, dualistas são capazes de alimentar a intolerância na esfera pública e de criar um dogmatismo exacerbado no campo prático, comprometendo a criação de soluções moralmente aceitáveis, justas e razoáveis (GARRAFA, 1997 apud LEITE, 2002).

À guisa de exemplificação dessas transformações, o surgimento da internet, das máquinas inteligentes, os debates atuais sobre as implicações da inteligência artificial e o uso dos dados marcam um cenário de “dissociação, virtualização e inserção” do corpo à rede (KONDER; KONDER, 2016, p.219). Já no campo da biociência, houve a ressignificação do direito ao corpo, diante das robustas mudanças atinentes aos tratamentos terapêuticos, evidenciando um maior controle sobre os estados naturais de vida e de morte da humanidade. Stefano Rodotà aponta que esses fenômenos suscitaram novos olhares sobre o corpo e suas limitações, possibilitando romper com a visão estática de que esse representa apenas uma encarnação imodificável, pois é uma projeção materializada das nossas identidades, uma construção que é pessoal e repleta de significados capazes de mútuos desdobramentos, sendo um objeto transitório, mutável e fluido, conforme cada desejo individual (RODOTÀ, 2004).

Fazendo um recorte sobre as tecnologias emergentes e sobre os efeitos advindos, em especial, sobre a influência da tecnologia como fonte de reformulação das intersubjetividades sociais, depreende-se que as alterações sofridas na instituição familiar, ao longo do histórico processo de maturação da racionalidade humana, intensificaram-se. Além dos debates concernentes ao poder familiar e sobre os agentes integrantes desse núcleo de convívio, se há ou não a preponderância dos laços consanguíneos sobre os laços afetivos, a biomedicina trouxe novos debates sobre o campo da reprodução e a respeito da autonomia reprodutiva,

com o advento das Técnicas de Reprodução Assistida (TRA's) no século XX e dos controles contraceptivos, responsáveis por possibilitar que essa instituição passasse por novas formas de orquestração. Nesse aspecto, segundo Maria Berenice Dias, “até o século passado a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento”, porém a biotecnologia fez ruir os sistemas de presunções de maternidade e paternidade, fazendo prevalecer o norte socioafetivo, de modo a imprimir maior peso à vontade humana (DIAS, 2021, p. 221).

Com isso, a impossibilidade reprodutiva deixou de ficar restrita à velha celeuma de infertilidade ou esterilidade por parte de um dos genitores, como ocorria antigamente quando a mulher era considerada o principal empecilho para a concepção (STIGERT; MELLO, 2019). Pelos novos estudos, a procriação passou a ir além do ato íntimo de um casal heterossexual, podendo ser conquistada por outros sujeitos de direito, com diferentes *status*, através das distintas técnicas de reprodução assistida (FERNANDES, 2005, p.22). Dito isso, o presente trabalho visa fazer um recorte na TRA titulada como Gestação por Substituição e a sua utilização no Brasil em um contexto legal lacunoso, já que essa ferramenta vem gerando grandes polêmicas na materialização do direito à procriação e as imprecisões na tutela desse ato da vida abrem margem para decisões que fomentam condutas antagônicas à máxima efetivação da dignidade da pessoa humana¹, diante da “ética da dominação”² que impulsiona, dessa forma, a promoção de uma agenda punitivista e aniquiladora dos sujeitos desviantes.

Das inúmeras complexidades advindas, discrimina-se, de antemão, o eminente problema ético e jurídico gerado no que tange à dificuldade de entendimento da relação de interdependência que se cria entre o embrião e a gestante. Ademais, há uma série de barreiras legais em muitos países, tais como: impossibilidade de um contrato oneroso; a dificuldade no reconhecimento do vínculo de filiação; restrição aos sujeitos que poderão utilizar essa ferramenta, por haver maiores óbices à comunidade LGBTQIA+. Assim, esse objeto de estudo

¹ Rodotà (2011) reflete que a dignidade é um parâmetro jurídico incontornável, principalmente, após a 2ª Guerra Mundial. Nas suas palavras: “la ‘sovrana dignità’ è diventata dal dopoguerra un riferimento, un principio, un criterio, un parametro sempre più richiamato nella discussione pubblica e tradotto, trasfuso nella normativa giuridica” (RODOTÀ, 2011, p. 11).

² “É salutar que muitas vezes os belos saberes jus-filosóficos esmorecem, diante do predomínio dos ditames conservadores que naturalizam na lei meios opressores e que aniquilam os seres desviantes frente à ordem social, moral e aos bons costumes. Não obstante, muitas vezes seja necessário uma positivação dos atos da vida, com o intuito de conferir maior segurança e evitar arbitrariedades típicas do “governo homens”, mister se faz asseverar que toda forma de normatização deve ser construída pela máxima do consenso e diretrizes democráticas, uma vez que vivermos em uma sociedade plural, marcada por diferentes credos, interesses e perspectivas no que tange a nossa existência” (SOUSA; MELLO, 2019, p.122).

é relevante, por interconectar a relação da tecnologia com as constantes lutas de classes³; como a luta existente no tocante à preservação da tradição familiar e os novos agentes que buscam atingir o reconhecimento sobre as possíveis formas plurais de edificação de um núcleo familiar.

Não bastassem esses pontos elencados, Wichterich (2015) pontua que também há divergências dentro das correntes feministas, da comunidade LGBTQIA+ e dúvidas suscitadas pelos críticos pós-coloniais quanto à compatibilização entre a justiça reprodutiva e a autonomia, no contexto de latente instrumentalização dos direitos reprodutivos, pelas tendências capitalistas de reificação humana, em especial, do corpo feminino que sofre uma expropriação do seu controle reprodutivo. Neste ponto, Christa Wichterich (2015) coloca que a autonomia reprodutiva feminina, apesar de ser uma conquista histórica sobre o sistema patriarcal, também pode ser um subterfúgio para mascarar relações de disparidades socioeconômicas, tornando a liberdade de escolha um conceito normativo abstrato, não compatível com a realidade das mulheres que cedem o seu útero, temporariamente, para a consecução dessa TRA, pois essas mulheres encontrar-se-iam em uma posição de disparidade contratual com as clínicas e com os pais de intenção, “assim como em outras formas precárias de trabalho terceirizado, sob condições neoliberais, as mulheres suportam o risco total – neste caso, o de um aborto natural ou de um parto de natimorto, o que significa que elas não têm nenhum tipo de seguro e não recebem qualquer pagamento” (WICHTERICH, 2015, p.34).

Essa TRA que necessita da substituição do ventre materno gerador, traz os seguintes pontos dúbios: quem poderá utilizar dessa atual ferramenta? Em quais hipóteses/circunstâncias deve ser aplicada? Seria um caso de instrumentalização do ventre materno? São plausíveis as justificativas concernentes às permissibilidades/vedações? A qual modelo de família é ofertado à utilização desse método?

Além das barreiras políticas, socioculturais, há uma grande deturpação semântica da técnica pela sua associação com os termos “venda de crianças, útero mercenário (...) prática eugenista, negação contratual da gravidez, bebês à *la carte*, crianças geneticamente modificadas, prática veterinária, turismo procriativo, indústria de gerar filhos sob encomenda”, como também as errôneas equiparações e generalizações da gestação por

³ A leitura do termo classes sociais no plural, mostra-se interessante por evidenciar que os conflitos sociais não ficam resumidos a uma simples relação entre o capital e o trabalho. Andréia Galvão, em *Marxismo e Movimentos Sociais*, assevera que “o termo classes trabalhadoras no plural” serve para se referir a “um conjunto heterogêneo de diferentes classes sociais – que compreende o operariado, a pequena burguesia, o campesinato e as classes médias- que se distinguem quanto ao tipo de trabalho realizado, às condições em que a força de trabalho é vendida e, no caso do produtor familiar, ao tipo de vínculo estabelecido com a pequena propriedade (...)” (GALVÃO, 2011, p.110).

substituição como uma prática de escravidão das mulheres hipossuficientes, através da mercantilização dos seus corpos vulneráveis (BORILLO, 2020, p.12). Por esse motivo, o presente trabalho adotará, preferencialmente, a utilização do termo “gestação por substituição”, ao invés de “maternidade por substituição” e das demais variações terminológicas, por considerar que os outros conceitos, termos e adjetivações que pairam sobre a técnica implicam na criação de uma nebulosidade nos processos de debates científicos, sociais, jurídicos e legais.

Além de buscar esboçar possíveis contornos para os pontos dúbios elencados, o objetivo desse trabalho será evidenciar a necessidade de uma legislação específica regulamentando o tema. Seja pelos possíveis desvios que essa técnica pode acarretar no que diz respeito à instrumentalização dos corpos femininos inseridos em contextos aviltantes de constante exploração, seja pelos abusos decorrentes das compreensões equivocadas sobre o tema que, ao buscar domesticar e controlar os corpos dóceis, oculta a individualidade das pessoas que se submetem aos procedimentos de forma voluntária e sem coerção.

Sobre a importância da lei regulando as questões relacionadas à bioética, quando essa é levada ao debate parlamentar consciente e enriquecido com conhecimentos científicos, quando há a coleta de dados empíricos aptos a realçar a importância das manifestações do público-alvo, reconhecendo-as como fontes legítimas do saber, a lei se tornará um instrumento capaz de compatibilizar os avanços tecnológicos, tornando-os fontes emancipatórias de proteção à pessoa humana (LEITE, 2002, p.281). O Direito, ao ser qualificado pelo procedimento democrático, tem o condão de servir como um instrumento de defesa àqueles que passam “pelas experiências de exclusão, de humilhação e de opressão”, tal como é apontado por Joana Machado e Sergio Negri (2011, p.199), quando analisam a figura do outro inserida na teoria habermasiana.

Quanto à metodologia aplicada, trata-se de um estudo exploratório, uma vez que se buscou trazer uma maior familiaridade com o problema em tela, tornando-o explícito em suas particularidades, discriminando os seus pontos nebulosos e suas diversas interpretações (GIL, 2002, p.41). Para isso, sob uma análise bibliográfica qualitativa, adotou-se como fonte principal a leitura de artigos científicos, revistas virtuais, matérias jornalísticas sobre o uso da gestação por substituição, no intuito de aprimorar as ideias centrais desse debate e de enfrentar os principais questionamentos levantados.

Apesar da área de concentração temática se encontrar no Direito Civil, sobretudo, no que tange aos direitos de personalidade, autonomia sobre o próprio corpo e atos de disposição do mesmo, o presente trabalho buscou trazer um diálogo multidisciplinar entre o Direito

Constitucional e a Sociologia Jurídica, sob o prisma da bioética, já que “a questão ética é introduzida no âmbito da vida quando a gestão da vida configura-se como biopoder” (JUNGES, 2011, p.174), de modo que essas áreas do saber sejam incorporadas à investigação dogmática como fontes constitutivas e não exteriores ou auxiliares (NOBRE 2009). Estudos da Bioética⁴ e do Biodireito apresentam grande importância para a compreensão da atuação do homem sobre a vida e sobre os fenômenos sociais que, a cada dia, vão ganhando novos horizontes, influenciando a estruturação de toda a esfera relacional humana.

Para que a pesquisa não ficasse puramente normativa ou teórica, foram utilizados alguns dados empíricos extraídos do âmbito nacional e internacional, como o estudo jurisprudencial, matérias jornalísticas que narram experiências concretas do objeto estudado e os desafios gerados em distintos contextos sociais (EPSTEIN; KING, 2013). Justamente por isso, Epstein e King (2013, p.133) afirmam que, quando um pesquisador baseia as suas inferências em pouca informação, haverá uma grande chance da conclusão se tornar incerta, assim, “quando existe uma oportunidade de coletar mais dados, nós em geral devemos obter proveito disso. Devemos também julgar a pesquisa empírica por quanta informação o pesquisador traz para confrontar a inferência em questão”.

De acordo com os autores (EPSTEIN, KING, 2013, p.11-12), o termo “empírico” levantado na pesquisa científica denota que a evidência sobre o mundo parte de uma observação ou experiência dos dados, do mundo fático, sendo que tais fatos “podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares arquivistas ou de coletas de dados primários” e completam dizendo que, inclusive nos trabalhos que se debruçam somente em normas e teorias, muitas vezes, valem-se dos argumentos empíricos para fortalecer algum ponto de vista ou interpretação de algum fenômeno.

Com a utilização de diversas fontes, pretende-se evitar que o estudo seja enviesado pelas concepções prévias do autor, de modo que o leitor possa ter um arcabouço teórico, normativo e fático que lhe auxilie a traçar as suas próprias conclusões. Por essa razão, seguindo as colocações de Nobre (2009, p.11), entende-se que a pesquisa jurídica brasileira deve ser capaz de romper com o modelo de argumentação “parecerista” adotado em inúmeros trabalhos acadêmicos e práticos, já que o parecer nada mais é do que uma tentativa de recolher materiais que comprovem a tese defendida, ou seja, não há o recolhimento de todo o

⁴ Nas palavras do filósofo belga Gilbert Hottois: “a palavra bioética designa um conjunto de pesquisas, de discursos e de práticas geralmente pluridisciplinares que têm como objetivo o esclarecimento ou a resolução das questões de alcance ético suscitadas pelo avanço e pela aplicação das tecnologias biomédicas” (DURAND, 2011, p.100).

material disponível concernente ao ponto analisado e sim uma porção do todo: “parecer não procura, no conjunto do material disponível, um padrão de racionalidade e inteligibilidade para, só então, formular uma tese explicativa, o que seria talvez o padrão e o objetivo de uma investigação acadêmica no âmbito do direito”.

Pela necessidade dos objetos de pesquisa, dos instrumentos serem estudos levando em conta os perfis da estrutura da realidade e da função instrumental do Direito (PERLINGIERI, 2019) é que no capítulo 2 será feita uma crítica ao estado de colonialidade, de modo a evidenciar os problemas estruturais institucionalizados e normatizados, buscando compreender a influência do biopoder sobre os corpos dos vulneráveis e na autonomia reprodutiva, mediante os trabalhos de Agamben, Foucault, Castro-Goméz, Federici, dentre outros. Será destacado “que os corpos das mulheres constituíram os principais objetivos – lugares privilegiados – para a implementação das técnicas de poder e das relações de poder” (FEDERICI 2017, p.32). Justamente por esses fatores, serão defendidas as considerações de Stefano Rodotà sobre a passagem do sujeito à pessoa, como forma de elevação do ser humano desses sistemas aviltantes, juntamente com a retomada da pluralização dos debates, para sanar os problemas ligados à crítica existente na abstração normativa que silencia as vozes oprimidas. Já no capítulo 3, será aclarada a evolução da instituição familiar, perante o seu processo de democratização e pluralização, juntamente com a influência da tecnologia em sua estruturação. Após esse tópico, o estudo trará tênues colocações sobre o direito à procriação e as principais técnicas de reprodução medicamente assistida.

O capítulo 4 terá a finalidade de abordar, de forma específica, a técnica por reprodução humana assistida denominada por “Gestação por Substituição”, definindo-a e levando em conta os principais dilemas éticos, jurídicos e sociais, contrastando-os com as hipóteses rivais. A proposta central desse capítulo será destacar que as imprecisões na tutela desse ato da vida vêm abrindo margem para decisões antagônicas à máxima efetivação da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, será feito um estudo comparado, sob um olhar panorâmico da gestação por substituição em outros países e seus respectivos tratamentos normativos, pois esses fatos conhecidos ajudarão a solucionar as possíveis questões controversas nacionais que pairam nessa atual lacuna legal (EPSTEIN; KING, 2013). Sendo cristalino, desse modo, que “o estudo dos ordenamentos jurídicos, dos diferentes sistemas jurídicos, aponta-nos que as noções, que os instrumentos, que os conceitos, enfim, definidos e utilizados pelo jurista de cada país são muito diferentes entre si” (PERLINGIERI, 2019, p.2) e, em algumas situações, guardam as suas semelhanças, ainda mais quando partem de um mesmo marco civilizatório e padrão epistemológico.

De modo a sistematizar essa análise, os países selecionados foram agrupados em três categorias: “países que proíbem a gestação por substituição; países que permitem gestação por substituição; e países que se abstêm de regular a gestação por substituição”. Destaca-se que o critério utilizado para a seleção desses países deu-se mediante uma análise bibliográfica de livros, matérias jornalísticas, dos relatórios fornecidos pela Comissão Internacional para a Abolição da Maternidade por Substituição e pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Esses documentos elencam alguns países como os principais polos para realização das técnicas e os locais com maiores óbices legais para a realização. Buscando realçar a realidade da América Latina, estudou-se a realidade da Argentina, Colômbia, Uruguai e do Brasil, país central no presente estudo.

O capítulo 5 será pautado na análise comparativa dos projetos de leis existentes e das Resoluções do Conselho Federal de Medicina documental dos projetos de lei existentes no Brasil. Como apontado por André Cellard (2008, p.295), graças à análise documental, “pode-se operar um corte longitudinal que favorece a observação do processo de maturação ou evolução dos indivíduos, grupos, conceitos (...)”. Assim, analisar os projetos já existentes no âmbito nacional permitirá uma reflexão sobre o seu contexto histórico de formulação, identificar os “players” do poder e extrair as razões implícitas, além da pesquisa documental, valer-se de materiais que não receberam um tratamento analítico, permitindo com que sejam reelaborados de acordo com o objeto da pesquisa (GIL, 2002).

No capítulo 6 será feito um tratamento específico de uma das críticas levantadas no capítulo 4, qual seja: a criação dos contratos de gestação por substituição. O cerne do debate será evidenciar alguns posicionamentos doutrinários que vislumbram a utilização da teoria geral dos contratos e, portanto, que fazem um enquadramento do negócio jurídico nos planos da existência, validade e eficácia dessa manifestação de vontade das partes interessadas no uso da técnica. Na segunda seção desse capítulo, serão apresentados alguns casos fáticos no âmbito nacional sobre a utilização da gestação por substituição. Como fonte, foram utilizados matérias jornalísticas, artigos científicos e decisões judiciais extraídas da plataforma JusBrasil, mediante a utilização e combinação das palavras-chave “gestação por substituição; barriga de aluguel; contrato oneroso; família homoafetiva; multiparentalidade”.

Por fim, a conclusão retomará os aspectos principais trabalhados, ao longo da dissertação e trará algumas propostas de debate sobre o objeto estudado.

2. CORPOS DÓCEIS E O CONTROLE SOBRE A AUTONOMIA REPRODUTIVA: A PASSAGEM DO SUJEITO À PESSOA

Rodotà (2006, p.73 apud BODIN DE MORAES; CASTRO, 2014, p.780), ao lançar o questionamento “de quem é o corpo? Da pessoa interessada, dos familiares que a cercam, de um Deus que lhe há doado, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil formas dele se apossa, de um médico ou de um magistrado que estabelecem o seu destino?” retoma um dos grandes debates da modernidade no tocante aos mecanismos de controle dos indivíduos responsáveis pelo condicionamento, pela reificação dos corpos e pela submissão dos vulneráveis aos agentes detentores do poder de controle.

Agamben (2002), visando analisar a dubiedade relacionada ao corpo no contexto social, resgata a narrativa clássica sobre a figura do Homo Sacer esboçada por Fausto, para estudar a relação existente entre o estado de exceção na vida dos indivíduos e os mecanismos de controle que vão para além da razão que legitimou as teorias contratualistas no processo de consolidação do Estado Moderno - proteger o direito natural à vida ou causar a morte, em casos de desvios e afrontas aos ditames do soberano. Diante do norte deixado por Foucault sobre o termo “vida nua”, o autor revê a construção filosófica grega sobre a vida natural (*zoé*, vida no estado da natureza pertencente à humanidade) e a vida qualificada (*bíos*, vida já inserida na sociedade, incluída no mundo da política, e orquestrada por garantias, leis e formas de controle social) e constata que o conto carrega a mensagem de um homem sagrado inserido em um contexto histórico de ruptura entre o misticismo religioso com o mundo dos homens e que, por isso, ao ser lançado para fora do mundo dos homens, estaria entregue aos desígnios da natureza, sem a proteção divina, entregue à vida nua (AGAMBEN, 2002).

Com o banimento desse corpo do tecido social, a narrativa aponta para uma permissibilidade de que qualquer homem possa retirar-lhe a vida, mas sem sofrer qualquer repreensão penal sobre o crime de homicídio (leis inseridas no mundo da *bíos*), pois o Homo Sacer, da mesma forma que é considerado indigno para os antigos deuses já esquecidos, será visto como um ser desprovido de estima social, por ser um sujeito transgressor dos novos ditames civilizatórios (AGAMBEN, 2002). Pela metáfora grega reintroduzida por Agamben, nota-se que muitos corpos encontram-se numa zona de penumbra, já que foram retirados da vida natural para serem inseridos na sociedade e, por isso, englobados pelos ordenamentos e instituições vigentes, porém, por mais que estejam na *bíos*, lhes foram conferidos apenas o ônus e não o mesmo grau de tutela e proteção da sociedade íntima estatal. Desse modo, esses corpos e grupos marginalizados estão em uma posição de exclusão na inclusão e são

considerados indesejáveis pelo sistema criado na *bíos*. Sendo um paradoxo, essa figura ilustra como muitos indivíduos conseguem estar dentro e, ao mesmo tempo, fora da sociedade, em posição de desamparo e de eminente descarte pelo biopoder.

Conexo com esse debate extrai-se que o período moderno arquitetou uma série de patologias que resplandecem até os dias contemporâneos, pois o sistema-mundo moderno promoveu a institucionalização da lógica binária e excludente dos modelos de vida destoantes dos padrões de racionalidade ocidental, destoantes da *bíos* planejada para servir os grupos hegemônicos, ao criar uma máquina de alteridades que “excluiu de seu imaginário a hibridez, a multiplicidade, a ambiguidade e a contingência de formas de vidas concretas” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p.1). Destarte, como apontado por Agamben (2002), a incorporação da vida nua na *bíos*, fez com que a vida humana qualificada fosse inserida em um sistema de permissibilidades e vedações, pela inclusão e exclusão, pelo interno e externo.

Stefano Rodotà, ao analisar a antropologia do *homo dignus*, destaca que o direito constrói figuras sociais, delineando um modelo de pessoa que nunca foi o mero registro de uma “natureza humana”, mas sim “um jogo sábio de plenos e vazios, de seleção daquilo que podia encontrar acolhido pelo espaço do direito e aquilo que devia ficar de fora, do que podia entrar naquele espaço com as suas características “naturais” e o que exigia uma metamorfose possibilitada justamente pelo artifício jurídico” (RODOTÀ, 2017, p.2). Nessa linha, os controles exercidos pela sociedade limitam o autogoverno do indivíduo sobre a sua existência corpórea, fazendo com que esses corpos sigam os desígnios traçados pelas instituições de controle que, por exemplo, serão responsáveis pela incorporação das noções abstratas de ordem pública e bons costumes. Indubitavelmente, afere-se que o Estado atua como uma instituição central que criará os perfis de subjetividade e estipulará os manuais de comportamento (CASTRO-GÓMEZ, 2005), posto que os debates sobre a existência física e biológica saem da esfera privada e são incorporados pela soberania e pelo interesse público estatal responsável pela criação das estratégias políticas para gestar a vida, disciplinar os corpos e traçar metas políticas reguladoras das populações (JUNGES, 2011).

Castro-Gómez (2005), ao retomar o conceito trabalhado por Habermas sobre o “projeto de governabilidade” afirma, categoricamente, que tal sinaliza uma tentativa de submissão da vida inteira ao controle do homem, sob a direção segura do conhecimento, elevando-o ao nível de princípio ordenador de todas as coisas. Para o autor, a razão científica-técnica teve o papel de desvendar os segredos mais ocultos e remotos da natureza, domesticar as contingências da vida, submeter o mundo aos imperativos de controle e, com o auxílio do Estado, canalizar as diversidades da coletividade, através de políticas governamentais

esboçadas pelas metas e “critérios racionais” emanados pelos agentes detentores do poder de controle e do monopólio do *ius puniendi* (CASTRO-GÓMEZ, 2005 p.87). Tendo em vista que a “colonialidade do poder” atua como um instrumento dos estados nacionais para criação de identidades homogêneas e na formação do cidadão como “sujeito de direito” é que:

A aquisição da cidadania acaba sendo um funil pelo qual só passarão aquelas pessoas cujo perfil se ajuste ao tipo de sujeito requerido pelo projeto de modernidade: homem, branco, pai de família, católico, proprietário, letrado e heterossexual. Os indivíduos que não cumpram com estes requisitos (...) ficarão de fora da cidade letrada, reclusos no âmbito da ilegalidade, submetidos ao castigo e à terapia por parte da lei que os exclui (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p.89).

Seguindo esse pensamento, a pesquisadora Thayana Calmon Leitão Magalhães reitera que o poder punitivo serviu como ferramenta de estratificação nas sociedades estruturadas pela lógica do (neo) colonialismo, já que teve o poder de criar zonas de isolamento ou, nas palavras de Foucault: os “campos”, para os nativos considerados como seres inferiores: “os nativos eram tratados como inimputáveis e os mestiços como loucos em potencial, desta forma, justificava-se a exclusão, e os mais rebeldes eram considerados inimigos” (MAGALHÃES, 2010). O Estado, ao atuar como essa espécie de instância central de organização racional da vida, munuiu-se pela violência epistêmica gerada do colonizador para o colonizado e, através da abstração normativa, pôde criar todo um conjunto de códigos e institucionalizar padrões comportamentais úteis ao processo de neutralização dos indivíduos, ao institucionalizar a lógica do medo, do banimento físico e espiritual dos indesejáveis sem estima social, indignos de acolhimento e de proteção perante o sistema:

O Estado é entendido como a esfera em que todos os interesses encontrados na sociedade podem chegar a uma “síntese”, isto é, como o locus capaz de formular metas coletivas, válidas para todos. Para isso se exige a aplicação estrita de “critérios racionais” que permitam ao Estado canalizar os desejos, os interesses e as emoções dos cidadãos em direção às metas definidas por ele mesmo. Isto significa que o Estado moderno não somente adquire o monopólio da violência, mas que usa dela para “dirigir” racionalmente as atividades dos cidadãos, de acordo com critérios estabelecidos cientificamente de antemão (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p.88).

Nesse aspecto, segundo os ensinamentos de Foucault, o corpo dócil será aquele que pode ser “utilizado, transformado e aperfeiçoado”, estando preso no interior de poderes que lhe “impõem uma série de limitações, proibições ou obrigações” (FOUCAULT, 2019, p.133-134). As ciências médicas e biológicas, nessa conjuntura, tornam-se as portadoras das leis,

não apenas por terem decodificado a natureza, mas pela atribuição de significados em suas agendas sanitárias, pois o médico, ao assumir o papel de destaque no quadro de docilização da vida e dos corpos, tornou-se um educador da sociedade, guardião da moral e dos costumes (VIEIRA, 2002). Assim, o biopoder que investe os corpos dóceis de uma dimensão político-econômica será sustentado por uma intensa produção normativa que regulará todo o processo de criação de identidades subjetivas e as relações intersubjetivas inseridas nas sociedades de controle, mediante os sistemas de adestramento das grandes massas confusas, a fim de domá-las aos imperativos do Capital (BODIN DE MORAES; CASTRO, 2014, p.781).

Ao abordar as peculiaridades do biopoder atuando como um vértice de adestramento das “multidões confusas”, Foucault afirma que:

(...) a disciplina fabrica indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício (...) é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente (...) o sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame (FOUCAULT, 2019, p.167).

A criação artificial desses espaços de domesticação implicou no ocultamento das realidades pré-existentes, já que essa eminente categorização da vida criou o fortalecimento da abissalidade, ou seja, da divisão do mundo em dois eixos paralelos - “deste lado e do outro lado”-, pontos de luz e contraluz, permitindo que o “centro” desqualificasse e taxasse negativamente o ser colonizado, tornando-o um ser pagão e subjugado às construções de racionalidades agora impostas (CASTRO-GÓMEZ, 2005; SANTOS, 2007, p.1). Gayle Rubin, ao contextualizar a reprodução humana e a sexualidade no projeto de governabilidade da modernidade, diz que:

As sociedades ocidentais modernas avaliam os atos sexuais segundo um sistema hierárquico de valor sexual. Os heterossexuais que se casam e procriam estão sozinhos no topo da pirâmide erótica. Logo abaixo encontram-se os casais heterossexuais monogâmicos não casados, seguidos pela maior parte dos outros heterossexuais. O sexo solitário flutua de forma ambígua. O poderoso estigma que pesava sob a masturbação no século XIX permanece, ainda que de forma menos potente e modificada, como na ideia de que os prazeres solitários são uma espécie de substituto inferior aos encontros de casais. Os casais lésbicos e gays de longa data, estáveis, encontram-se no limite da respeitabilidade, mas sapatões caminhoneiras e homens gays promíscuos pairam sobre o limite dos grupos situados na parte mais inferior da pirâmide. Atualmente, as classes sexuais mais desprezadas incluem transexuais, travestis, fetichistas, sadomasoquistas, profissionais do sexo, como as prostitutas e os modelos pornográficos e, a mais baixa de

todas, aquela cujo erotismo transgride as fronteiras geracionais. Os indivíduos cujo comportamento figura no topo dessa hierarquia são recompensados com o reconhecimento da saúde mental, respeitabilidade, legalidade, mobilidade social e física, apoio institucional e benefícios materiais. À medida que se vai descendo na escala de comportamentos sexuais e ocupações, os indivíduos que os praticam se veem sujeitos à presunção de doença mental, falta de idoneidade, tendência à criminalidade, restrição de mobilidade social e física, perda de apoio institucional, sanções econômicas e processos penais (RUBIN, 2017, p. 83).

O controle estatal sobre a reprodução emergiu alinhado à Igreja, simultaneamente, ao período de caça às bruxas, já que houve o banimento das mulheres curandeiras, herboristas e parteiras das questões médicas, criou-se um monopólio dos saberes relacionados à vida e à morte, principalmente, quanto às questões atinentes ao aborto, pela comunidade acadêmica e religiosa que imputou a destituição de racionalidade das práticas terapêuticas tradicionais não incorporadas pelo universo científico da época (VIEIRA, 2002). José Roque Junges (2011, p.173), retomando o debate sobre o nascimento da bioética e sobre a constituição do biopoder, destaca que o nascimento da medicina social na modernidade deu-se com o propósito de “gerir a vida através da disciplina dos corpos ou dos controles reguladores das populações”, de modo que a organização calculista sobre a vida e o interesse do Estado pela saúde pública ocorressem através da “disciplina anátomo-política dos corpos individuais e a regulação biopolítica das populações”.

Para Wichterich (2015, p. 25), a biopolítica se portará, assim, como um “conjunto de técnicas e estratégias de governança para construção de poder que orienta e controla os corpos, a saúde e a vida de uma população inteira através da regulação da reprodução, fertilidade e mortalidade”. Como afirma Kristeva, o corpo humano, especialmente, o corpo da mulher se interseccionou entre a zoé e a bíos (2001, p. 14 apud STIGGER, 2016). Na obra “Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva”, Silvia Federici (2017) compreende que o período histórico apelidado como caça às bruxas expressou-se como uma tentativa coordenada para degradar as mulheres, demonizando-as e destituindo de seus corpos seu poder social onde, por intermédio das câmaras de torturas e das fogueiras, criou-se os ideais burgueses modernos de feminilidade e domesticidade. Com isso, a divisão entre homens e mulheres foi intensificada pelo imaginário de medo criado nos homens, fazendo com que esses destruíssem “todo um universo de práticas, crenças e sujeitos sociais cuja existência era incompatível com a disciplina do trabalho capitalista, redefinindo assim os principais elementos da reprodução social” (FEDERICI, 2017, p. 298).

Desse modo, sobre a situação reprodutiva da mulher, pode-se verificar que essa é formada a partir do biopoder que transforma a biologia em si, atribuindo-a uma série de

significados extraídos dos aspectos culturais e da organização da sociedade pautada pela divisão sexual do trabalho que é responsável por criar uma natureza feminina, perante a bifurcação da identidade de gênero (VIEIRA, 2002). Logo, o controle sobre o corpo das mulheres e sobre a capacidade reprodutiva se dará por parte de três grandes esferas: por parte do Estado e dos seus agentes; por parte da família que sofre uma grande influência, até os dias atuais, pelo pátrio-poder, seja pela autoridade dos pais, dos maridos, como também pelas próprias mulheres que reproduzem entre si essas formas de domesticação; e pelas formas de regulação pautadas em dogmas religiosos (BIROLI, 2014, p.41). Federici aduz que:

[...] o Estado ao negar às mulheres a autonomia sobre os seus corpos, privas da sua condição fundamental de sua integridade física e psicológica, degradando a maternidade à condição de trabalho forçado, além de confinar as mulheres à atividade reprodutiva de um modo desconhecido por sociedades anteriores (FEDERICI, 2017, p. 181-182).

À luz dos trabalhos de Bonder (1984) sobre a ideia de natureza biológica masculina e feminina, Elizabeth Vieira (2002, p.32) faz uma consideração importante sobre a relação de causalidade existente entre a potencialidade biológica feminina para procriar e com o ato de criação, dos cuidados e do amor materno, para afirmar que esses fatores não possuem uma relação natural, biológica e intrínseca à mulher, mas que são critérios socioculturais que forjam a “mística maternal”. Scavone, de modo a romper com o “determinismo biológico” relacionado à gestação, afirma que é necessário dissociar a identidade e sexualidade feminina da procriação, para fragmentar o mandamento escolástico “*tota mulier in útero*” que foi reprisado ao longo da história e naturalizado de que “mulher nada mais é do que seu útero” (SCAVONE, 2010, p.50).

Embora o corpo feminino seja fundamental na estrutura do modelo familiar idealizado pela modernidade que alinha as ideias de natureza feminina com as de procriação e maternidade, ao mesmo tempo, a mulher será incapaz e despida de sua autonomia, pois a colonialidade do poder incute a ideia de doença e de degeneração àquela que renegue a sua natureza de mãe afetuosa e de esposa fiel aos desígnios do seu marido, chefe do núcleo familiar (VIEIRA, 2002). O discurso médico, ao se apropriar do corpo feminino, transformando-o em seu objeto de saber, pautou-se pelo poder disciplinador emergido com o aprimoramento tecnológico e cirúrgico responsável pela aproximação inicial, em caráter de exclusividade, dos profissionais ao momento do parto, desde o século XVIII e, posteriormente, pela ramificação do mesmo, sobre as áreas de ginecologia, da contracepção,

das TRHA's, dentre outras (VIEIRA, 2002; SCAVONE, 2010). Para a historiadora Del Priore:

Na tentativa de isolar os fins aos quais a natureza feminina devia obedecer, os médicos reforçavam tão somente a ideia de que o estatuto biológico da mulher (parir e procriar) estaria ligado a um outro, moral e metafísico: ser mãe, frágil e submissa, ter bons sentimentos, etc. Convém notar que a valorização da madre como órgão reprodutor levava a uma valorização da sexualidade feminina, mas não no sentido de sua realização e sim no e sua disciplina (DEL PRIORE, 2004, p 83).

Os enlaces de dominação do sistema-mundo criado na modernidade permanecem podando e orquestrando os padrões comportamentais não inseridos nos espaços das permissibilidades. Em nome da abstração transmitida pelo arcabouço institucional e normativo, cria-se uma falsa neutralidade sobre os espaços de conflito existente no mundo dos fatos e a ampliação dos espaços de opressão legitimados pela persecução ideológica de que existe um único fim comum para humanidade⁵. Embora a abstração do homem e a criação do “sujeito de direito” seja apontado como uma das grandes conquistas da modernidade, Stefano Rodotà (2017, p.4-5), salienta que o uso político dessa figura, pouco a pouco, “esterilizou a força histórica e teórica dessa invenção, reduzindo o sujeito a um esqueleto que isolou o indivíduo, separou-o de qualquer contexto, abstraindo das condições materiais”.

Portanto, Biroli (2014, p.41), ao tratar sobre a desconsideração da autonomia feminina, sinaliza uma questão estrutural que tolhe os interesses das mulheres, por não enxergá-las como fonte legítima no processo de construção e interpretação sobre os seus interesses existenciais. A par disso, a autora, ao se basear em Fischer (2013), defende que o direito a controlar o próprio corpo, por ser uma das bases para o acesso à cidadania, ocorrerá mediante as seguintes premissas basilares: I) para que haja algum contato corpóreo humano, a pessoa que irá ser afetada deverá permitir; II) todo e qualquer procedimento que venha a interferir no corpo do indivíduo, deve ocorrer após o devido consentimento, sendo respeitado, também, o direito à informação, esclarecimentos quanto às chances de sucesso, riscos, etc; III) decisões heterólogas, distintas ao interesse do particular, em específico, sobre a gravidez, gestação e vínculos maternos socioafetivos são escolhas da mulher, sob risco de ferir a sua autonomia; IV) essas três premissas iniciais devem ser garantidas em seu sentido negativo, ou seja,

⁵ Tal processo evidencia toda a lógica de reificação dos corpos dóceis e o papel do Estado como fomentador da criação das zonas de banimento. Zaffaroni, ao debruçar seus estudos sobre o cárcere, é categórico em dizer que “a rigor, quase todo o Direito Penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os, sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações” (ZAFFARONI, 2007, p. 18)

reconhecendo-as como um direito, não criminalizando-as e, tutelando-as positivamente, mediante a criação de políticas públicas e proteção estatal.

Considerar a narrativa feminina é uma pedra de toque para superar a falsa pretensão de que os critérios racionais são universais, pois esses são construídos tomando como base de apreciação uma parcela bem seleta, “a voz das mulheres não levaria a uma essência ou autenticidade feminina, mas permitiria acesso ao que singulariza sua posição como indivíduo” (BIROLI, 2014, p.55). Carol Gilligan, uma das precursoras do debate relacionado sobre o cuidado e gênero, considera que o desenvolvimento da moral das mulheres e a criação de políticas públicas para a sua proteção são criadas a partir de uma lente de observação masculina que, na maioria das vezes, é incapaz de buscar o diálogo com esse público-alvo, desconsiderando suas narrativas, necessidades e tentativas de emancipação (MONTENEGRO, 2003).

Demonstra-se, à vista disso, que há a necessidade de implementar uma ética do cuidado, para que haja a criação de diálogos capazes de enxergar as necessidades desse outro, permitindo ampliar as vozes e romper com a cultura patriarcal:

Em meio a uma estrutura patriarcal, o cuidado é uma ética feminina. Em meio a uma estrutura democrática, o cuidado é uma ética humana. A ética do cuidado feminista é uma voz diferente em meio a cultura patriarcal porque ela junta razão com emoção, mente com corpo, self com relacionamentos, homens com mulheres, resistindo às divisões que mantêm uma ordem patriarcal (GILLIGAN, 2011, p. 22 apud KUHNEN, 2014, p.7).

Em consonância com o supracitado, Daniel Sarmiento enxerga que a autonomia reprodutiva é extraída, hermeneuticamente, da ideia de dignidade humana da mulher, bem como dos direitos fundamentais à saúde, à privacidade e à liberdade quanto ao direito de procriar, como também de evitar a gravidez, por meio dos métodos contraceptivos (SARMENTO, 2007, p.43-44). Porém, para além dos debates trazidos pelos direitos reprodutivos relacionados ao direito ao aborto, à contracepção, ao uso de determinadas técnicas biomédicas para procriar, quanto à liberdade para fazer as escolhas reprodutivas, a justiça reprodutiva busca colocar esses e outros pontos inseridos nesse eixo temático dentro de uma estrutura social, para identificar os fatores que contribuem para a falta de poder da mulher sobre os desígnios de seus corpos (GILLIAM; GORDON, 2009, apud LOPES, 2019). Logo, a falta de ampliação e o cerceamento das vozes que representam classes estigmatizadas “contribui para resultados de saúde reprodutiva desfavoráveis e ameaçam a tomada de decisão

de uma mulher em relação ao corpo, à família e à comunidade” (GILLIAM e GORDON, 2009, p. 243, apud LOPES, 2019, p.209).

No cenário contemporâneo, nota-se que a discussão sobre o corpo continua sendo alvo de inúmeros controles externos, tal como reflete Leite (2002), quando observa que a mudança tecnológica intensifica, mesmo que de forma velada, os problemas estruturais e transforma o ser humano em um objeto de manipulação e não um sujeito de direito beneficiado pelo aprimoramento científico. Junges (2011, p.173-174), com base em Hardt e Negri, afirma que os desdobramentos trazidos pelo aprimoramento biotecnológico devem se basear na bioética, sendo que esse ramo do saber deve se guiar por uma ética crítica, por uma hermenêutica apta a revelar os processos institucionais de controle e dominação e os regimes jurídicos de exceção, já que “o sujeito é produzido dentro de um processo biopolítico de constituição social”.

Justamente por isso, Rodotà (2011, p.4) pontua que desde o Código de Nuremberg a comunidade científica vem alterando o tratamento destinado à pessoa humana, refletindo sobre a atuação e sobre os limites éticos e jurídicos da medicina sobre o corpo humano, diante das palavras “o consentimento da pessoa é essencial”, já que o corpo humano sempre é violado de diversas formas em sua incolumidade física e psicológica: “daquele momento em diante, ao menos do ponto de vista da regra da comunidade jurídica, pode colocar as mãos no outro sem o seu consentimento, nem mesmo com a intenção absolutamente apreciável, de fazer o bem da pessoa em questão”⁶, nascendo, daí, um novo sujeito moral, posto que até então a nossa vida na perspectiva existencial e clínica sempre esteve sujeita ao arbítrio do Estado, sendo um mero objeto discricionário do poder terapêutico do médico.

Assim, Negri e Machado (2016, p.113), ao retomarem as considerações de Stefano Rodotà, afirmam que a incorporação do sujeito abstrato no discurso jurídico foi responsável pelo desligamento da pessoa “de suas condições econômicas, do sexo, da hierarquia e da desigualdade”, desprezando o concreto e negando a complexa “autonomia do existir”. A ruptura levantada pelo atual direito no tocante à passagem do sujeito à pessoa foi importante para aclarar que a abstração generalista construída no período moderno mostrou-se ineficaz para tutelar as especificidades do mundo fático e evitar a usurpação dos direitos inerentes aos

⁶ No original: “Da quel momento in poi nessuno, almeno dal punto di vista della regola della civiltà giuridica, può mettere le mani su un altro senza il suo consenso, neppure il medico, neppure con l’intenzione, assolutamente apprezzabile, del fare il bene dell’interessato; proprio perché attraverso mille motivazioni il corpo era stato violato, la dignità era stata negata, si è detto che «non si può mai prescindere dalla volontà della persona e dal suo consenso». In quel momento nasceva un nuovo soggetto morale, perché fino ad allora il nostro corpo, la nostra vita nella dimensione della salute era stata oggetto del potere discrezionale del terapeuta, del medico” (RODOTÀ, 2011, p.4).

seres humanos que são, constantemente, expropriados para se tutelar, precipuamente, relações patrimoniais e não as demandas ligadas aos desdobramentos existenciais das relações humanas (NEGRI, 2016, p.2). Destarte, essa nova hermenêutica civil-constitucional implicou na retomada dos debates sobre a individualidade da pessoa, rompendo com a visão kelseniana de que o sujeito representa uma unidade personificada de normas envolvendo um rol taxativo de direito e deveres abstratos, desconexos às complexidades da vida não positivadas (RODOTÀ, 2007 apud TEPEDINO; OLIVA, 2016)⁷.

Por isso, para que haja a tutela da dignidade da pessoa humana, mostra-se necessário rompermos com essa visão de sujeito abstrato esboçado no mundo deontológico, já que o homem concreto é caracterizado pela multiplicidade do pensar e por distintas condições sócio-políticas-culturais que caracterizarão a formação da sua identidade. Ademais, de acordo com Scavone (2010) os movimentos sociais são importantes nessa ruptura, posto que trazem novos sujeitos políticos, novas identidades capazes de falar sobre as suas problemáticas e vivências específicas, indo na contramão das manifestações políticas conservadoras que exprimem a vontade de um sujeito uno e universal.

Pelo fato do desenvolvimento tecnológico ascender os problemas da biopolítica, criando uma “nova tecnologia do poder”, ao “gerenciar o corpo por meio de conhecimento de fenômenos que lhe são próprios” (SCAVONE, 2010, p. 48), um dos desafios oriundos desse processo é forçar a renovação da reflexão ética e das problemáticas que dela se procedem, através de um diálogo multidisciplinar envolvendo médicos, juristas, filósofos, sociólogos, para a criação de soluções que beneficiem a humanidade como um todo e não somente um setor (LEITE, 2002). Como será observado nos próximos capítulos, a ressignificação do corpo, da maternidade e da família gerada pelo surgimento das técnicas de reprodução assistida, em especial a gestação por substituição, representa um dos diversos exemplos existentes sobre a respeito das restrições sociais e legais que advirão sobre a relação da mulher com o seu próprio corpo e que necessita de um tratamento reflexivo amplo e com acuidade, pois quando se é analisada a dimensão da sexualidade referente à reprodução “constata-se que as mulheres sofrem violações de sua autonomia corporal, de maior ou menor

⁷ Rodotà na obra *Dal soggetto alla persona* (2007, p.25 apud TEPEDINO; OLIVA, 2016, p.229): “Si può dire che si passa dalla considerazione kelseniana del soggetto come ‘unità personificata di norme’, dalla stessa persona fisica tutta risolta in ‘unità di doveri e diritti’, alla persona come via per il recupero integrale dell’individualità e per l’identificazione dei valori fondativi del sistema, dunque da una nozione che predicava indifferenza e neutralità ad una che impone attenzione per il modo in cui il diritto entra nella vita, e si fa così tramite di un diverso insieme di criteri di riferimento” (STEFANO RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 25)

intensidade, algumas das quais são objeto de regulamentação legislativa e de grande debate social” (BARBOZA; ALMEIDA, 2016, p.171).

3. DIREITO À PROCRIAÇÃO E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O debate concernente à existência dos direitos reprodutivos é algo recente e ganhou destaque somente no final do século XIX, estendendo-se até os dias atuais (ÁVILA, 1993). Essa pauta teve como ponto de partida a crescente efervescência dos movimentos sociais feministas, inicialmente, marcados por um forte teor liberal, já que buscavam conquistar garantias como o direito à educação, ao voto, além das bandeiras levantadas na luta pela igualdade de gênero.

Nesse aspecto, Ávila (1993, p.1) enxerga que a formalização dos direitos reprodutivos partiu dessas lutas e representaram uma redefinição do pensamento feminista a respeito da liberdade sobre o próprio corpo e da reprodução. Como bem assinalado por Lucila Scavone (2010, p.49), a expressão associada às lutas feministas da década de 1970 “nosso corpo nos pertence” trouxe à tona o debate sobre as relações de poder entre os gêneros e representou um “grito coletivo de liberdade e tática de resistência (...), ao questionar os corpos disciplinados e controlados; as sexualidades normatizadas, com base na experiência cotidiana da vida privada, que encontrava seu locus na família conjugal heterossexual”.

Mesmo diante de uma consagração normativa e política tardia, no ano de 1988, a Organização Mundial da Saúde (OMS) lançou o conceito de saúde reprodutiva que, posteriormente, serviu de base para outros documentos internacionais, tal como foi utilizado na IV Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento ocorrida no Cairo. Nessa manifestação trazida pela OMS, evidenciou-se que o acesso aos tratamentos eficazes para a realização do planejamento familiar é um direito de todos:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva (CAIRO, 1994, p. 62).

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de 1994, conhecida como Conferência de Cairo, no Capítulo II (p.43), afirmou que a saúde reprodutiva, por incluir o planejamento familiar e a saúde sexual, deve ser resguardada por programas de assistência capazes de assegurar, sem coerção, a prestação de serviços, além de ter afirmado que “todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsavelmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer”. No mesmo documento, foi colocado que os direitos de reprodução abrangem alguns direitos humanos e fundamentais que já são reconhecidos nas leis internas de alguns países e em alguns documentos e acordos internacionais:

[...] os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução (CAIRO, 1994, p.62).

A Declaração dos Direitos Sexuais é outro documento internacional que, ao seguir as nuances traçadas pela Conferência de Cairo, também trata da saúde reprodutiva e dos direitos que pairam sobre a procriação humana. Essa declaração foi um fruto da “*World Association for Sexual Health*” (WAS – Associação Mundial pela Saúde Sexual, 2014), durante o 13º Congresso de Sexologia ocorrido em Valencia, Espanha, em 1997. Posteriormente, no ano de 1999, passou por uma revisão em Hong Kong pela Assembleia Geral da WAS, tendo sido reafirmada como “Declaração WAS: Saúde Sexual para o Milênio (2008)”. Foi asseverado que o acesso e a oferta dos serviços à saúde sexual e reprodutiva devem ser garantidos a todos, como os serviços de saúde sexual relacionados “à gravidez, contracepção, fertilidade, interrupção da gravidez e adoção”, visto que toda pessoa deve ter a plena liberdade de decidir em ter ou não ter filhos, a quantidade e regular o intervalo para próxima gestação (WAS, 2014).

No âmbito nacional, apesar do direito à procriação não ter previsão expressa no plano legal, extrai-se da Constituição Federal de 1988 o direito ao planejamento familiar, diante da previsão do art. 226,§ 7º que trouxe em seu bojo a garantia da livre decisão do sujeito para a estruturação do seu núcleo social familiar. Tal garantia é assegurada sob uma perspectiva positiva, ou seja, permitindo que haja uma gama de opções para que a procriação seja

concretizada, mediante políticas públicas, acesso a tratamentos terapêuticos, como também abrangendo um viés negativo, ao conferir a liberdade de acesso aos métodos contraceptivos à população.

Isso evidencia que, na esfera da reprodução, a ciência desfez a relação de causalidade antes existente sobre a sexualidade e reprodução, tornando a procriação um expoente da vontade humana e não uma mera obra do acaso natural, como também as TRA's ampliaram a livre escolha dos interessados sobre quais formas e condições a procriação deve ocorrer, caso optem por realizá-la, possibilitando, também, escolher o momento mais adequado (KONDER; KONDER, 2016). Sobre a liberdade adquirida pela instituição familiar, Silvana Maria Carbonera:

O direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes. Em se tratando das relações familiares, seu campo deve se limitar ao controle da observação dos princípios orientadores, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações (CARBONERA, 1998, p.509).

Com o advento da Lei nº. 9.263/96 houve a regulação do artigo constitucional supracitado, reforçando o tratamento sobre a paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente (OLIVEIRA; LIMA, 2016). O tratamento legal trazido fez com que o planejamento familiar passasse a ser considerado como um direito de todo cidadão e, dessa forma, embora tenha sido uma íntima tutela sobre as distintas formas de organização da instituição familiar, representou um passo normativo e hermenêutico importante, ao deixar de considerar como destinatário final somente as pessoas heterossexuais casadas ou que estivessem em união estável (ALMEIDA, 2018). Além disso, discriminou em seus artigos 3º, parágrafo único, I, e 9º que o planejamento familiar deverá ter a assistência à concepção e contracepção, por parte do Estado, com o suporte de todas as técnicas e métodos reconhecidos pela comunidade médica que não ponham em cheque à dignidade da pessoa humana no tocante à vida e à saúde, após o devido acompanhamento clínico e avaliação que realce as vantagens, desvantagens e chances de êxito (OLIVEIRA; LIMA, 2016; ALMEIDA, 2018).

Porém, existem entendimentos doutrinários contrários ao reconhecimento do direito à procriação, tal como é sustentado por Leite (1995, p.356 apud TEXEIRA, 2005), ao afirmar que procriar não é um direito propriamente dito, mas um reflexo da liberdade em desejar ter um filho ou de ajudar outrem. Além disso, há construções teóricas que desconsideram o direito à procriação artificial, sob uma base de argumento favorável somente à adoção, ao invés do uso das técnicas de reprodução humana assistida. Ana Wanderley Cavalcanti e

Germano Schwartz (2018), em sentido contrário, consideram que tal construção fere diretamente o direito à intimidade, à liberdade e o próprio direito à saúde e que, portanto, a autonomia da vontade nas escolhas reprodutivas deve ser preservada, por inexistir lei específica proibindo ou impondo limitações para o pleno gozo.

Cheila Oliveira e Bianca Lima (2016, p.467) asseveram que, desde que os princípios constitucionais e o sistema normativo sejam respeitados, a interferência estatal sobre as questões referentes à prole não deve existir, pois a prerrogativa de decidir sobre a suas escolhas reprodutivas e sexuais só caberia ao casal ou ao indivíduo. Nessa mesma acepção, Abreu (2008), ao citar a posição de Vera Raposo (2005) no tocante à proposta de adoção para evitar o uso de técnicas reprodutivas assistidas, considera que a proteção das crianças e adolescentes não inseridas em um âmbito familiar é uma obrigação de todos, da sociedade, dos agentes públicos e não um dever moral que deve ser cumprido por pessoas inférteis.

Mormente, o direito à procriação deve ser garantido e reconhecido no plano doutrinário e legal, por estar umbilicado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, com a reprodução e com as distintas formas de sexualidades. Ana Carolina Brochado Teixeira (2005) vislumbra que esse direito integra as diretrizes constitucionais, sendo uma expressão clara do direito à constituição familiar e ao livre planejamento, embora não deva ser considerado como um valor absoluto, sob o risco de, por exemplo, a criança gestada se tornar um mero instrumento para a realização da felicidade dos pais de intenção. A fim de evitar esse dilema e outros decorrentes, esse direito não deve perder de vista o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como limite os interesses da criança (TEIXEIRA, 2005).

Flávia Piovesan (2003) defende que a definição dos direitos reprodutivos passou a incorporar todo o campo relacionado à reprodução e as diversas formas de externalizações dos anseios sexuais humanos. Pelo fato dos direitos reprodutivos possuírem a capacidade de envolver o foro íntimo da pessoa humana e suas predileções e anseios relacionais, e por influir, assim, diretamente nos direitos basilares, como à vida e à liberdade para criação dos núcleos afetivos, a autora defende que no fenômeno contemporâneo há uma emergência dos direitos reprodutivos serem lidos como direitos humanos (PIOVESAN, 2003, p. 272). Juliane Queiroz aponta que:

[...] o direito de procriação existe e, como tal, deve ser assegurado pela ordem jurídica. Se a Constituição Federal protege a família e esta é constituída pelos genitores e seus descendentes, a proteção deve ser estendida à procriação, um dos recursos por meio do qual a família será constituída. Seria ilógico não reconhecer o direito de procriação, pois estaria tutelando a família, sem se tutelar sua origem (QUEIROZ, 2001, p.123).

Sobre a saúde sexual e reprodutiva, o Ministério da Saúde posiciona-se favorável ao reconhecimento da universalidade dos direitos sexuais e reprodutivos, além de deixar explícito que a prática sexual e o exercício da maternidade e da paternidade são direitos de todos. Para tanto, é imperiosa a construção de políticas públicas capazes de contemplar a distintas demandas por parte da população (BRASIL, 2010a). Isto porque, como afirma Rolf Madaleno (2018, p.714), “sendo o direito a procriação um direito subjetivo de cada um, tem o Estado o dever de assegurar o direito de acesso a qualquer técnica de reprodução assistida a casais hetero e homoafetivos”.

Em conformidade com a Constituição Federal e com a Lei de Planejamento Familiar, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, §2º, lança o entendimento de que o planejamento familiar deve ser lido “como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BARBOZA; ALMEIDA, 2016, p.175).

Pelo fato do direito à procriação ser proveniente do planejamento familiar e esse ser englobado pelo direito fundamental à saúde, o Ministério da Saúde, valendo-se de suas atribuições, lançou a Portaria GM/MS nº 426, de 22/03/2005, que instituiu, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida. Dentre outros pontos, o Ministério da Saúde considerou como necessário a criação de “critérios mínimos para o credenciamento e a habilitação dos serviços de referência de Média e Alta Complexidade em reprodução humana assistida na rede SUS”, diante do cenário crescente de infertilidade mundial apresentado pela OMS de 8% a 15% dos casais que ainda estão no período fértil, de forma articulada com as Secretarias de Estado de Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde (BRASIL, 2005b).

Quanto aos recursos financeiros destinados aos centros de tratamento das TRA's, no ano de 2012, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 3.149, destinou recursos financeiros no montante de R\$ 10.000.000, 00 para realização das técnicas de reprodução assistida, no âmbito do SUS. Dos oito pontos de tratamento listados, a região sudeste teve quatro locais beneficiados, sendo eles: o Hospital das Clínicas da UFMG, Minas Gerais e, no estado de São Paulo, o Hospital das Clínicas FAEPA Ribeirão Preto, o Centro de Referência da Saúde da Mulher São Paulo - Pérola Byington e o HC da FMUSP Hospital das Clínicas São Paulo (BRASIL, 2012). Já sobre o acesso desses novos tratamentos por meio dos planos de saúde, a Lei nº 9.656, de 1998, alterada pela redação trazida pela Medida Provisória nº 2.177, de 2001, excluiu a inseminação artificial do rol de coberturas disponíveis através dos

planos, no artigo 10, inciso I. Porém, a mesma MP também tornou obrigatório o atendimento nos casos de planejamento familiar, pela norma do artigo 35-C, inciso III (BRASIL, 1998).

Após essas mudanças, a Agência Nacional de Saúde (ANS), ao lançar uma sequência de resoluções, determinou, de forma expressa, que a cobertura das técnicas de reprodução assistida não estaria mais incluída na Lei dos Planos de Saúde, indo de encontro, portanto, ao texto constitucional, à Lei de Planejamento Familiar e até mesmo da própria manifestação do Ministério da Saúde, quanto ao tratamento do tema (CAVALCANTI; GERMANO, 2018).

3.1 FAMÍLIA DEMOCRÁTICA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Indubitavelmente, a Constituição Federal de 1988 foi um marco normativo no que tange à ampliação da carga axiológica e dos mecanismos de proteção à pessoa humana. Nestes termos, Tepedino e Oliva (2016, p.228) evidenciam que o texto constitucional criou uma nova diretriz axiológica, em prol de uma “hermenêutica emancipatória”, tornando a dignidade da pessoa humana o vértice do ordenamento jurídico para proteger a pessoa concreta e, justamente por isso, a dignidade passou a ser a cláusula geral de tutela na esfera pública e privada. Na esfera privada, destacam-se os mecanismos de proteção destinados à instituição familiar, por parte do Estado, ao prever em seu artigo 226, caput, que a família representa a base da sociedade brasileira.

A temática concernente à família, no que diz respeito ao reconhecimento de sua formação, aos deveres e suas obrigações para com o meio social, “passa a albergar em seu conceito a flexibilidade, quanto às diversas formas de estruturas familiares, e a instrumentalidade, voltando-se para a realização e desenvolvimento da personalidade de seus membros” (ALMEIDA, 2018, p.3). A instituição familiar torna-se, segundo Maria Berenice Dias (2015), uma estrutura pública e particular, ao possibilitar que o indivíduo seja integrante do vínculo familiar e, ao mesmo tempo, seja pertencente a um contexto social.

Em face das lutas sociais, da reanálise pretoriana e doutrinária, houve um preenchimento normativo da definição literal trazida no plano supralegal. Não mais a entidade familiar é pormenorizada ao reconhecimento da união estável ou do casamento entre um homem e uma mulher cisgênero que, por conseguinte, teriam sua prole. Hoje, há uma variedade de combinações que vão além dos laços biológicos e do advento da procriação natural, já que a atual realidade fática faz emergir uma gama de conexões sociais marcadas pelas construções socioafetivas, permitindo, assim, novas manifestações intersubjetivas

familiares como o modelo de família monoparental, anaparental, família homoafetiva e pluriparental⁸, por exemplo (MELLO, 2021). Deixa de ser razoável, portanto, que “o Direito eleja um padrão de entidade familiar ou que pretenda impor balizas, que necessariamente devem por esta ser observadas” (ALMEIDA; JUNIOR RODRIGUES, 2010, p. 56). Desse modo, Gustavo Tepedino completa dizendo que:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importante papel a promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao entendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e realização da personalidade de seus componentes (TEPEDINO, 2008, p.395).

Em termos sociológicos, nas palavras de Bodin de Moraes (2005, p.4), a família contemporânea tende a se tornar um grupo cada vez menos organizado, hierarquizado e independente dos laços de consanguinidade, baseando-se, por conseguinte, em sentimentos e valores compartilhados. Tal posicionamento pode ser conferido na seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. – O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação

⁸ Para Maria Berenice Dias, a pluriparentalidade ou multiparentalidade é “reconhecida sob o prisma do filho que passa a ter dois ou mais pais. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos (...) Pais – sejam eles quantos forem – devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, desfrutando o filho de direitos em relação a todos” (DIAS, 2021, p. 237-238).

jurídica. Recurso conhecido e provido. (STJ - REsp 878941 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0086284-0 – Ministra Relatora Nancy Andrichi, T3 – 21/08/2007)

Como afirma Rodotà (2017), o direito constrói uma verdadeira antropologia, ao criar figuras sociais. Assim, no campo da reprodução humana e pela inserção da procriação no universo da biociência, “a antropologia profunda da humanidade parece ser transformada por técnicas de procriação que podem prejudicar os sistemas de parentesco, desde a perspectiva da clonagem, do útero artificial” (RODOTÀ, 2017, p.15). Outro fenômeno que marcou uma grande ruptura com a sociedade pós-moderna no âmbito familiar, segundo Ana Brochado Teixeira (2005, p.309), deu-se com a possibilidade de haver “sexo sem reprodução e, principalmente, reprodução sem sexo”, por meio da biotecnologia. Nesse lume, no que diz respeito à família e o desejo de concretização da parentalidade, a tecnologia permitiu a ampliação das possibilidades de materialização desse direito, mediante os métodos de reprodução assistida. Com os novos estudos, a procriação passou a ir além do ato íntimo de um casal heterossexual fértil, podendo ser conquistada por outros indivíduos reconhecidos, agora, como sujeitos de direito (FERNANDES, 2005, p.22).

O direito à família teve o seu horizonte ampliado, ao reconhecer e assimilar em sua nova gramática estruturas familiares que, até poucas décadas atrás, eram reprimidas por diversas esferas institucionais e sociais (GONÇALVES; FURTADO, 2016, p.86). Vislumbre-se que, após o processo de democratização, a família brasileira atingiu o patamar de pluralização sobre as suas formas de estruturação. Outrossim, diante dos princípios da igualdade e da solidariedade entre os seus membros, vem ocorrendo uma ruptura com os antigos enlances de hierarquia parental (BODIN, 2005; GONÇALVES; FURTADO, 2016). Como observado por Caio Mário Pereira (2017), o pátrio-poder na família romana exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), possuindo a faculdade de impor-lhes pena corporal, vendê-los e, até mesmo, privá-los de viver. Já sobre a esposa, o pater tornava-a totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*) e não permitia que a mulher tivesse autonomia sobre si e sobre a sua família, já que passava da condição de filha para de esposa sem alteração da sua capacidade.

Assim, o desenrolar da biotecnologia possibilitou que a família democrática deixasse de ficar adstrita aos parâmetros da bioparentalidade, ao promover a ampliação das formas de concepção, por ter rompido com os empecilhos biológicos e com as restrições de uma sociedade conservadora e heteronormativa. Embora essa ampliação tenha ocorrido, ou melhor, venha ocorrendo, o conceito de família, dificilmente, terá uma definição exata, por

representar um fenômeno dinâmico (GONÇALVES; FURTADO, 2016). Destarte, a família juridicamente regulada na abstração normativa nunca conseguirá abranger essas mudanças, posto que essa relação social preexiste à norma, ao Estado, às instituições e, assim sendo, é mutável conforme a construção social (DIAS, 2021).

Das certezas extraídas, fica evidente que as estruturas familiares passaram por uma grande revolução, reconfiguração e tenazes alterações. Sendo uma dessas causas, a biotecnologia trouxe como consequência o surgimento de novas formas de filiação, tornando obsoletos os antigos brocardos “mater semper certa est” e “pater est”, sobretudo na gestação por substituição sendo possível falar, tão somente, em “gestatriz é sempre certa” (DIAS, 2021, p.228), além de ter sido um dos elementos-chave no processo de desbiologização da família, por sobrepor os vínculos sociais, psicológicos e afetivos aos laços estritamente biológicos, consanguíneos - embora esses sejam importantes, não são tratados como fins em si mesmos (GONÇALVES; FURTADO, 2016, p.81). Como defendido pelo Enunciado 339 da IV Jornada de Direito Civil “a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. A filiação socioafetiva ganha espaço na gramática jurídica pelo assento no “reconhecimento da posse do estado de filho”, ou seja, pelo parentesco psicológico que reconhece a prevalência do afeto, do amor e da participação nos ciclos da vida da criança, sobre o simples elo de filiação biológica (DIAS, 2021, p.231).

Sobre o avanço da biomedicina a respeito da reprodução humana, o primeiro caso relatado na literatura especializada sobre o sucesso da reprodução medicamente assistida ocorreu em 1978, com o nascimento de Louise Brow, filha de Lesley e John Brown (MEMÓRIAGLOBO; CORRÊA; LOYOLA, 2015). Após 12 anos de pesquisas e 9 tentativas realizadas pelos médicos Robert Edwards e Patrick Steptoe da Universidade de Cambridge, o casal conseguiu superar o problema de obstrução da trompa de Lesley.

Diante da repercussão internacional, o Parlamento Inglês, no ano de 1982, lançou o Relatório Warnock que, em sua redação, foi capaz de antever os desdobramentos sociais e éticos decorrentes desses avanços biomédicos e de trazer algumas ponderações sobre o público-alvo que poderia acessar esses tratamentos, traçar tópicos preliminares e norteadores sobre pesquisas com células embrionárias, congelamento, dentre outras questões que até hoje são arguidas nesse período que marcou a “revolução da vida do século XX” (CORRÊA; LOYOLA, 2015). Já no Brasil, o primeiro caso registrado ocorreu em 1984, com o nascimento da paranaense Anna Paula, após o médico Milton Nakamura realizar a fertilização *in vitro* em Ilza Caldeira.

Com a alavancada desse ramo científico, do aprimoramento das técnicas, houve uma crescente demanda. Só em 2016, estima-se que as TRA's "produziram 311.042 embriões em estágio de divisão celular, produzindo 33.790 ciclos de fertilização, totalizando 67.292 embriões transferidos para o útero das mulheres" (GARCIA; OLIVEIRA, 2018, p. 99). Heloisa Barboza e Vitor Almeida acentuam que:

[...] a crescente interferência bio (médica) na reprodução humana integra o chamado processo de medicalização da vida humana, que constitui fenômeno social difuso nas sociedades ocidentais que se instaurou talvez de modo não deliberado, mas, sem dúvida, definitivo. (...) De obra da natureza, o processo reprodutivo foi medicalizado senão em todas, em várias fases, desde a possibilidade de fertilização dos gametas em laboratório, passando pela exigência médica de acompanhamento pré-natal até a indicação da técnica mais adequada no momento do parto (BARBOZA; ALMEIDA, 2016, p.176).

Disso isso, o termo "Reprodução Humana" passou a ser utilizado para compreender os métodos médico-tecnológicos que visam realizar a fecundação que, dificilmente, iria acontecer, espontaneamente, sem o emprego dos recursos (CORRÊA; LOYOLA, 2015; RAMIREZ-GALVEZ, 2008). Quanto ao local onde as TRA'S serão desenvolvidas, Gama (2003) utiliza o critério do local e divide em dois grupos: no primeiro grupo, a concepção irá ocorrer no próprio corpo da mulher, dentro do organismo feminino, através da fecundação *in vivo*; já no segundo grupo, ocorrerá de forma extracorpórea, em um laboratório para que, posteriormente, o embrião seja transferido para o corpo da mulher e possa ser gestado, sendo essa forma chamada de reprodução *in vitro*. Sobre o material genético que será utilizado, esse poderá ser fornecido pelos futuros genitores (forma homóloga) ou por um terceiro (forma heteróloga). Dos diversos métodos de TRA's, destaca-se que há uma grande procura pela utilização da Inseminação Intrauterina (IIU) ou inseminação artificial, Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (IIE), Doação de óvulos, Fecundação *in vitro* (FIV) e pela Gestação por Substituição, técnica esta que receberá tratamento especial nos próximos capítulos.

Indícios apontam que a gênese de tais procedimentos ocorreu com o advento da inseminação, ou seja, prática que não exige a conjunção carnal para que ocorra a fecundação. Para tanto, haverá a introdução do sêmen dentro da cavidade uterina, por meio de um cateter, pelo profissional, quando o óvulo estiver no ápice para ser fecundado; a futura gestante deverá ter, pelo menos, uma tuba uterina normal para que haja o encontro das células reprodutivas (MATERPRIME). A inseminação intrauterina será utilizada quando houver "disfunção

ovulatória, fator masculino leve ou moderado, fator vertical, infertilidade de causas não aparentes e endometriose” (SOUZA; ALVES, 2016, p.30).

A utilização desse procedimento nem sempre garante a fecundação, ainda mais pelas chances das células germinativas não se fundirem (MADALENO, 2018). Assim, a inseminação artificial deve se dar em até três tentativas e, em caso de insucesso, recomenda-se a utilização da fecundação *in vitro*; além disso, a II é dividida em três etapas:

(1) Estimulação Ovárica – etapa de grande importância para o sucesso do tratamento IIU, no qual o objetivo é estimular os ovócitos em no máximo três; (2) Capacitação Espermática – o espermatozóide é selecionado em laboratório por meio de técnicas de capacitação. O sêmen é colocado no fundo do tubo de ensaio e encoberto por uma fração de meio de cultura tamponado. Os melhores espermatozoides se desprendem e nadam para a superfície; (3) Inseminação – o ginecologista utiliza um espêculo e insere no útero um cateter com os espermatozoides decorrentes da capacitação (PAULA; Et al, 2019)

A Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (IIE) foi criada em 1992, na Bélgica, para ser utilizada nos casos de infertilidade masculina grave, em homens com esterilidade irreversível ou quando houver a motilidade, ou seja, uma alta taxa de fragmentação de DNA do espermatozoide, e quando a forma do espermatozoide forem fatores que dificultem a fecundação (PAULA; Et al, 2019; MATERPRIME, 2021a). A realização dessa técnica se dará *in vitro*, posto que as células reprodutivas masculinas de melhor qualidade serão coletadas, para a posterior fecundação extracorpórea, injetando apenas um gameta masculino em cada óvulo colhido (GAMA, 2003; PAULA; Et al, 2019).

Já a Doação de Óvulos é indicada nos casos em que a mulher é acometida por falência ovariana precoce gerada pela menopausa antes dos 40 anos, por problemas genéticos, pelos efeitos gerados por alguns tratamentos como a radioterapia e a quimioterapia, ou por outras questões que impliquem na qualidade e quantidade das suas células germinativas (PAULA; Et al, 2019; MATERPRIME, 2021b). Embora a doação possa ocorrer de forma sentimental, quando feita por amigos e familiares da mulher interessada, de forma relacional cruzada, no Brasil adota-se a modalidade altruística, com a doação de óvulos de forma anônima e gratuita, com a finalidade de evitar a comercialização de material genético. No processo de ovodoação, a doadora receberá doses hormonais para auxiliar no processo de produção, liberação e coleta dos óvulos saudáveis, sendo indicado também que a doadora e receptora, ao iniciarem o ciclo de preparação, iniciem uma rotina sem o consumo de tabaco, álcool, com atividades físicas

regulares, porém moderadas, sem grandes esforços, além de outros hábitos que poderão potencializar as chances de sucesso (MATERPRIME, 2021b).

Seguindo essa cadeia exemplificativa, a Fertilização *in vitro* (FIV) foi uma prática que ocorreu pela primeira vez na Inglaterra em meados dos anos de 1970, após o nascimento do primeiro bebê de proveta. A sua utilização ocorre através da fertilização extracorpórea, já que as células reprodutivas são colhidas, fecundadas e os embriões são cultivados *in vitro*, para serem introduzidos, posteriormente, no útero materno (COUTELLE, 2014), consistindo em “propiciar, em condições específicas para tal fim, em laboratório, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide fora do corpo da mulher. Cumprida esta etapa o embrião é transferido ao útero da mãe” (WRIGHT;CHANG; JEN; MACALUSO, 2008 apud SOUZA; ALVES, 2016).

Apesar de o custo ser relativamente alto no Brasil, oscilando na faixa de R\$ 15 a R\$ 20 mil reais, essa prática continua sendo bastante utilizada, pois proporciona elevadas chances de sucesso. Mesmo havendo uma grande procura, tal TRA vem levantando algumas indagações éticas a respeito da utilização do material embrionário excedente, já que muito se discute sobre o início da vida humana. Aqueles que acreditam que a vida se inicia no ato da fecundação entre as células germinativas, asseveram que o descarte dos embriões *in vitro*⁹ ou a sua utilização para estudos científicos seria um ato repugnante, pela afronta à dignidade da pessoa humana desse “indivíduo” concebido. Em contrapartida, uma forte corrente defende que os direitos da personalidade advirão após o nascimento com vida, ressalvadas as hipóteses legais de tutela ao nascituro (embrião já fecundado no ventre materno) e, portanto, a utilização do material preservado em laboratório poderá ser utilizado em pesquisas médicas, como ocorre nos estudos relacionados às células-tronco. Sobre a questão embrionária, Rodotà salienta que:

⁹ Pela ADI 3510 DF, torna-se claro que há uma polarização no entendimento do tema relacionado à utilização do material embrionário excedente: “Vistos, etc. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por alvo o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Ação pela qual o **Chefe do Parquet Federal sustenta que os dispositivos impugnados contrariam "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana" (fls. 12)**. Argumenta, ainda, que: a) a vida humana se dá a partir da fecundação, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um "ser humano embrionário"; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias. 3. A seu turno, e em sede de informações (fls. 82/115), o **Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado**. Isto por entender que, **"com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstanciam-se em valores amparados constitucionalmente" (sic, fls. 115)**. A mesma conclusão, aliás, a que chegou o Congresso Nacional (fls. 221/245). 4. Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2006. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator” (STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2006, Data de Publicação: DJ 01/02/2007 PP-00084 – grifo nosso)

[...] certamente irreduzível à pura dimensão biológica de um conjunto de células, mas cuja condição jurídica pode ser definida somente através de uma distinção entre os diferentes estados do corpo, avaliando a sua adequação mútua, e não com operações de mera justaposição com a figura daqueles que já nasceram (RODOTÀ, 2017, p.11).

Dessa forma, no Brasil existe a seguinte previsão sobre o assunto, contida na Lei de Biossegurança 11.105 de 2005, em seu artigo 5º:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (BRASIL, 2005a).

No Brasil, o uso e as limitações dessas técnicas são previstos nas Resoluções lançadas pelo Conselho Federal de Medicina, diante de algumas normas deontológicas pautadas nos princípios gerais da bioética, para suprir o silêncio legal e lidar com alguns problemas. Todavia, essas resoluções e princípios éticos gerais são ineficazes na solução de problemas concretos, por serem “desprovidas de qualquer obrigatoriedade, podem ser facilmente modeláveis e, portanto, não permitem buscar o objetivo buscado”, também “estão desprovidas de juridicidade e, portanto, não abrem espaço a reais recursos frente à ordem jurídica”, essas regras e princípios, como compreende Eduardo Leite, nascem com um campo de ação bem limitado, porque restringem-se aos órgãos emissores e não tem o aval do poder legislativo (LEITE, 2002, p. 272).

Gama (2001, p.543) considera que essas normas, por serem frutos de decisões traçadas por órgãos corporativos, não têm eficácia jurídica. Já Maria Berenice Dias é objetiva ao dizer que “normas éticas a determinada categoria profissional não são lei. Vinculam somente o segmento ao qual se destinam” (DIAS, 2021, p.227). Em virtude disso, a Bioética representa

um ramo da ciência que serve como fonte de orientação para o exercício do poder estatal na consecução do Direito, servindo como orientação para as “práticas que possam realizar-se a partir do aparato tecnológico, a fim de que ele não se converta no exercício de um poder extraparlamentar não legítimo” (FABRIZ, 2003, p.101). Aliás, como bem lembra Leite (2002), sempre que falamos sobre as técnicas de reprodução humana assistida, sobre os estudos genéticos, dos estudos referentes aos transplantes de órgãos, sobre a clonagem, prolongação da vida, eutanásia e sobre a utilização de tratamentos paliativos, estamos nos referindo à Bioética, pois essa é uma disciplina que visa proteger a pessoa humana diretamente afetada por esses desenvolvimentos, busca examinar e discutir as questões éticas e aplicações da biologia, medicina para indicar os caminhos e as soluções mais adequadas (AMARAL, 1999 apud LEITE, 2002, p.265).

A introdução da era biotecnológica trouxe um emaranhado de incertezas e preocupações sobre o seu poder de influência no *ethos* social, o que reformulou, também, as novas formas de controlar o poder sobre o corpo e docificá-lo para atender às novas formas de controle. Eduardo Leite (2002) avalia que o aumento constante das inovações tecnológicas, juntamente com o seu consumo pelos diversos setores da sociedade exige dos estudiosos, sobretudo aqueles que pesquisam temas afins à Bioética, uma sensibilidade para analisar essas fontes de desenvolvimento à luz de um olhar histórico, trazendo debates e reflexões concernentes aos aspectos estruturais que marcam as relações de poder preexistentes.

No cenário do progresso tecnológico, as leis são invocadas para servirem como balizas de proteção aos bens jurídicos fundamentais, pois criam uma maior segurança jurídica, por traçarem parâmetros de conduta observáveis por todos e minimizarem possíveis abusos e as arbitrariedades (LEITE, 2002). Por essa razão, diante da insuficiência de regulamentações e de uma posição objetiva do legislador, a maioria dos países recorrem ao uso dos códigos deontológicos, dos regulamentos utilizados em certas associações, das regras de condutas criadas para o funcionamento de algumas instituições particulares e das orientações do comitê de ética, com a finalidade de terem um norte normativo, servindo de alternativa à ausência de uma legislação específica (LEITE, 2002).

4. TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA POR GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A gestação por substituição é uma técnica de reprodução humana assistida que permite que a pessoa interessada em realizar o seu projeto parental possa se valer da cessão temporária do ventre de outrem, para que haja a fecundação do embrião cultivado *in vitro* e ocorra, por conseguinte, o desenvolvimento do nascituro que, após o seu nascimento, deverá ser entregue aos pais de intenção responsáveis pelo planejamento familiar. Não obstante, esse seja o procedimento mais utilizado, a literatura também prevê a possibilidade dessa técnica ocorrer mediante a forma *in vivo*, ao utilizar o material genético da mesma mulher que gestará a criança para outrem. Nessa hipótese, a gestante temporária assumirá o papel de “mãe portadora”, por gestar filho de outrem em seu útero e de “mãe de substituição”, ao fornecer o seu óvulo (OLIVEIRA; LIMA, 2016, p. 454). Nessa situação, Rolf Madaleno esclarece que a mãe de substituição será “inseminada com o esperma do marido ou companheiro da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz a criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos” (MADALENO, 2018, p.712).

Dito isso, esse meio vem sendo utilizado por aqueles que sonham em materializar o seu “direito à procriação” e são acometidos pela infertilidade, pela esterilidade¹⁰ ou problemas de saúde que obstaculizam uma gestação segura para gestante e embrião; impedimentos anatômicos nos casos de indivíduos homossexuais do gênero masculino ou pessoas solteiras que queiram ter seus filhos biológicos (MELLO, 2021). Para Berenice Dias (2021, p.219), o aprimoramento dessa técnica com o uso do material genético de diferentes pessoas, de forma anônima, pluralizou o conceito de filiação e livrou os genitores da responsabilidade parental, antes diretamente associada ao vínculo biológico e ao parto. Como consequência do aprimoramento dessa técnica, a sua utilização vem apresentando um aumento considerável no contexto internacional.

Embora seja impossível determinar com exatidão a quantidade dos acordos internacionais feitos para o uso da gestação por substituição, de acordo com um relatório parcial feito pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado baseado nos dados de

¹⁰ Apesar dos termos “infertilidade” e “esterilidade” serem confundidos, segundo a OMS, esses dois quadros de comprometimento da reprodução humana devem ser tratados de forma distinta. A infertilidade decorrerá de um distúrbio diagnosticado no sistema reprodutivo masculino ou feminino que gera a incapacidade de ter filhos, após dois anos de tentativas. Já a esterilidade é a impossibilidade de ocorrer à fecundação numa situação irreversível (GARCIA; OLIVEIRA, 2018, p.104).

cinco agências internacionais especializadas nesse procedimento, na comparação do ano de 2010 com 2006, houve um aumento percentual de 1000% em todas as agências, sendo que em uma dessas agências, observou-se que 40% dos pais de intenção eram estrangeiros (HCCH, 2012).

Das diversas formas que o uso da técnica é empregada, Guilherme Gama (2017) pontua que a doutrina costuma apontar, com maior frequência, as seguintes hipóteses:

a) aquela que envolve o embrião in vitro a partir do óvulo e do espermatozoide do casal que desenvolve o projeto parental, com sua implantação no corpo de outra mulher; b) aquela que se vincula ao óvulo e à gravidez da mulher gestante, que empresta gratuitamente seu corpo para gestar o embrião, e o sêmen empregado é o do marido da mulher que deseja ser a mãe jurídica; c) aquela que se relaciona ao embrião formado a partir do óvulo da mulher que engravida, fertilizado pelo espermatozoide de um doador, com o compromisso de entregar a criança ao casal que não contribuiu com o material fecundante (GAMA, 2017, p.36)

Inclusive, em algumas legislações, há a previsão de utilização para casais heterossexuais férteis, com plena potencialidade reprodutiva que, por questões pessoais, optam por não gestar a sua futura prole. Como ocorre nas técnicas já mencionadas, as células reprodutivas poderão ser dos futuros genitores (que fecundarão o embrião no útero receptor) ou oriundas de sujeitos distintos, ante a existência dos bancos de depósito genéticos que doam ou vendem espermatozoides e óvulos. A grande diferença dessa TRA com as demais será, basicamente, a utilização do ventre de outrem como um meio necessário à gestação.

A gestação por substituição acaba sendo um assunto complexo pelos eminentes problemas éticos e jurídicos gerados, por exemplo, no que tange à dificuldade de entendimento da “relação de interdependência que se cria entre o embrião e a pessoa que o está gerando” (FERNANDES, 2005, p.96) e sobre o contrato firmado pelas partes. Marcelo Otero (2011), ao analisar essas formas contratuais, levanta que defensores da modalidade altruística argumentam que a formulação do procedimento deve estar ancorada na dignidade da criança que será fruto dessa técnica, para que essa não seja tratada meramente como um objeto comercializável pelas partes contratantes. A respeito da crítica à comercialização da gravidez, Vera Raposo (RAPOSO, 2005 apud ABREU, 2008, p.34) considera que a maneira como a técnica vem sendo adotada em sua modalidade onerosa está “longe de ser um temido mercado de bebês ou, quando muito, é uma sua versão mitigada”.

Segundo a vertente contrária, além da preservação do consentimento livre e consciente das partes, a proibição das transações onerosas deva ocorrer, para respeitar o corpo humano,

sem que haja uma afronta à dignidade psicofísica dos indivíduos, sendo ilícita toda forma contratual que tenha como objeto uma pessoa ou embrião, à luz do artigo 104, II do Código Civil (OTERO, 2011; CAVALCANTI; SCHWATZ, 2018). Teixeira, (2005, p.314), sendo favorável à modalidade altruística, afirma que atribuir um caráter econômico viola o princípio da dignidade da pessoa humana, “pois os atributos objetos da avença são ínsitos à personalidade dos envolvidos e, sobretudo, a uma vida humana que nascerá e que, por si só, merece ser respeitada”.

Já quanto à defesa da forma onerosa, argumenta-se que a postura de considerar nulos os contratos onerosos estaria ferindo a boa-fé e a proibição ao *venire contra factum proprium*, já que a nulidade implicaria em eventual conflito de maternidade (OTERO, 2011), conferindo uma maior proteção à gestante que se sujeitou de forma livre, consciente e autônoma a ceder o seu útero em troca de uma contraprestação financeira e deixando de lado a mulher que teve um planejamento familiar, conferiu o seu próprio material genético e de um possível parceiro (forma homóloga) ou teve o trabalho burocrático e financeiro para ter acesso ao banco de doação de gametas (forma heteróloga), de procurar alguma mulher interessada em se submeter ao uso da técnica, de custear os tratamentos e consultas durante o período de gestação e, ainda conferir o pagamento final acordado. Criticando a corrente anterior, Maria Berenice Dias lança uma importante reflexão sobre o debate:

Apesar deste verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem. E, como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente a barriga de aluguel já seria um mercado regulamentado (DIAS, 2019, p. 404).

Abreu (2008), ao considerar as colocações traçadas por Martha Field sobre os direitos reprodutivos femininos e a tomada de decisão da mulher sobre o sexo, sobre o uso de técnicas anticoncepcionais, sobre o aborto, como também sobre as prerrogativas de escolher ter um filho, a forma, condições e momento adequado para isso, entende que quando uma mulher decide se submeter à TRA por gestação por substituição e atuar como gestante substituta, a sua motivação deveria ser um aspecto irrelevante, não cabendo o juízo externo definir se a sua escolha foi a mais ponderada e legítima ou se foi movida por razões superficiais, mesquinhas. Defendendo a modalidade onerosa, com base nos trabalhos de Vera Lúcia Raposo, Abreu é categórica em considerar que “negar a uma mulher a faculdade de receber um pagamento pela

gestação de uma criança, equivale a recusar-lhe a propriedade do seu próprio corpo, e admitir que o Estado tenha o poder de declarar o proibido e o permitido em questões de reprodução” (RAPOSO, 2005 apud ABREU, 2008, p.72).

A crítica ao paternalismo também é levantada, pelo eminente conflito entre a autonomia privada e o controle estatal que, a depender da postura e do nível de atuação estatal, visa evitar a instrumentalização dos indivíduos, ou limitar a liberdade de acesso de alguns interessados. Sobre a conceituação do termo, Dworkin (1971; 2014) considera que o paternalismo é uma interferência na liberdade de ação, por parte do Estado ou de algum indivíduo sobre a vida de outrem, justificada por razões de bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coagida, defendida ou motivada pela alegação de que a pessoa que se encontra nessa posição passiva será beneficiada ou protegida de um dano. Porém, a excessiva proteção paternalista pode, por outro lado, ocasionar o cerceamento abusivo da autonomia e da liberdade dos sujeitos, tal como colocado por Fermín Schramm (1998, p. 33) que, ao analisar a dualidade entre paternalismo *versus* autonomia, considera que o paternalismo é uma forma de solucionar os problemas de autoridade, poder, obediência e liberdade, mediante artifícios ligados diretamente à estrutura familiar patriarcal.

O uso da gestação por substituição também é reprovável por muitos pesquisadores, tendo em vista o seu caráter de comercialização e exploração do corpo feminino inserido, muitas vezes, em contextos de vulnerabilidade socioeconômica e potencialmente suscetível a ser reduzido como uma mera “máquina reprodutora” (OLIVEIRA; LIMA, 2016, p.461). Esse olhar vem sendo defendido, inclusive, pela Comissão Internacional para a Abolição da Maternidade por Substituição (*Coalition Internationale pour l’Abolition de la Maternité de Substitution* –CIAM), já que na página inicial, de forma explícita, a técnica é relacionada como uma forma de instrumentalização do ventre materno, reduzindo a mulher a uma condição de mera reprodutora:

Este sistema necessita da mulher como meio de produção, para que a gravidez e o parto se tornem um processo funcional com valor de uso e valor comercial e faça parte da globalização dos mercados do corpo humano. Em países onde nenhuma lei as protege, os corpos das mulheres são transformados em recursos para a indústria de reprodução. Algumas mulheres consentem em celebrar um contrato que irá alienar sua saúde, suas vidas e a si mesmas, sob múltiplas pressões, baseadas na família ou gênero, econômicas ou geopolíticas (CIAM)¹¹

¹¹ No original: “This system needs women as means of production, so that pregnancy and childbirth become a functional process that has a use value and a commercial value and is part of the globalization of human body

No tocante à suposta exploração da pobreza, no caso conhecido como Johnson v. Calvert, a Suprema Corte da Califórnia - EUA, ao considerar que, na maioria dos casos, as candidatas à gestação por substituição estão inseridas em classes econômicas mais baixas e de dependência financeira, não seria possível analisar se a gestação por substituição estaria explorando-as de forma mais agressiva, colocando-as em uma situação mais latente de afronta à sua dignidade, do que outras atividades trabalhistas aceitas, validadas socialmente e não contrárias à ordem pública (RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012; MELLO; STIGERT, 2019). Laura Abreu reflete o seguinte:

[...] apesar de sopesar a questão de haver uma maior necessidade econômica destas mulheres, muitas vezes visando à própria sobrevivência, acreditamos não haver aqui a exploração das mesmas, visto que ser uma mãe de substituição não é a única saída para se obter ganhos financeiros; e já que se propuseram a tanto, foi de forma livre e consciente, sabendo dos ônus e bônus envolvidos (2008, p.89).

No que diz respeito à possível instrumentalização dos indivíduos pelo uso da técnica e a afronta à pessoa humana, colocando-a em posição de coisa e mero meio para a consecução do fim pretendido, o princípio da dignidade deve ser aplicado para servir de instrumento de proteção à criança e à gestante substituta (OLIVEIRA; LIMA, 2016, p.464). Realçando a importância desse princípio fundamental para guiar as relações humanas, Abreu entende que:

[...] que a única afetação à dignidade é analisada do ponto de vista da criança. Se a mãe portadora, que doou o óvulo ou não, se submeteu ao processo, é porque tinha plena consciência de seus atos e, portanto, não teria sua dignidade afetada. De igual modo, pensamos na mãe que teve o projeto parental e encomendou a gravidez como sendo ou não a doadora dos óvulos nos parece que não há atentado à dignidade da vida da criança que nascerá por meio da técnica da maternidade de substituição. O conflito maior, e que pode colocar em jogo, até mesmo emocionalmente, a vida da criança, é quando se discute a questão da filiação (...) na técnica propriamente dita, não há óbice colocando a salvo a dignidade da criança. Poderia haver, sim, se no meio desta gestação houvessem outros interesses envolvidos, tais como a busca de uma eugenia, de uma característica, que os pais estivessem planejando para o futuro filho (ABREU, 2008, p.83).

markets. In countries where no law protects them, women's bodies are turned into resources for the reproduction industry. Some women consent to enter into a contract which will alienate their health, their lives and their selves, under multiple pressures, family or gender based, economic, or geopolítica" (CIAM). Disponível em: <<http://abolition-ms.org/en/home/>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

Sobre o vínculo entre a mãe e o filho, segundo Sílvio Venosa (2007), embora a análise tradicional sobre maternidade biológica se dê pela consideração de que mãe é aquela que teve o seu óvulo fecundado, refletiu que esse raciocínio, às vezes, poderá ser incompatível para solucionar todos os casos concretos levados à justiça e que nem sempre as decisões ancoradas nessa máxima serão as mais justas e razoáveis. Outro problema levantado se dá sob o ponto de vista do filho gerado nessas circunstâncias, pois para o autor será “inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa” (VENOSA, 2007, p.224).

Das hipóteses elencadas pelo civilista, as questões controversas sobre a gestação por substituição foram apontadas como um desafio a ser enfrentado. Assim, quanto ao possível conflito de maternidade proveniente do contrato de gestação por substituição, a doutrina elenca duas possibilidades: podendo ocorrer de forma positiva, quando a mulher gestante e a mulher que articulou o projeto parental buscam reivindicar a maternidade da criança gestada e o conflito negativo, quando nenhuma das mulheres quer assumir o papel da maternidade (ABREU, 2008). A respeito do conflito positivo, Ana Teixeira (2005, p.319) compreende que esse será inexistente, pois “uma vez definido que mãe é aquela que intencionou ter um filho. A parturiente é apenas aquela que gerou, não se podendo chamá-la de mãe, mas sim e tão somente, de gestante”.

Mesmo nos casos em que há a coincidência do material genético com a gestante temporária, após o término da gestação, a criança vem sendo entregue aos pais de intenção, priorizando-se o acordo, pacto ou contrato estipulado pelas partes (OLIVEIRA; LIMA, 2016; MADALENO, 2018). Maria Helena Diniz (2002), ao encarar a complexidade do problema relacionado ao conflito de maternidade, o possível vínculo criado entre a gestante substituta e a criança gestada por ela, toda a expectativa criada pelos pais de intenção durante o projeto parental e durante a gestação de fato, lança algumas indagações e conclui da seguinte forma:

Enfim, o que teria mais valor: o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre a gestante e o feto? Mereceria o repúdio aquela que enfrentou o ônus físico e psicológico da gestação e do parto? Julgamos que deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho aos olhos da lei dele será mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiros e gestado no ventre de outra mulher. O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade prescricional. (Diniz, 2002, p.496)

Matilde Conti constata que, ao longo da história, muitos casais recorriam ao adultério consentido, à caridade, ao útero escravo para solucionar os problemas de infertilidade. Um dos exemplos trazidos pela autora é extraído do livro *Gêneses*, onde há o relato das dificuldades enfrentadas por Raquel para engravidar e na escolha do casal de permitir que Jacó coabitasse com a serva da família Bala, para que o casal pudesse ser abençoado com a sua prole. Embora haja alguns autores que buscam associar esse episódio narrado na Bíblia como uma possível origem da técnica de reprodução humana assistida por gestação por substituição (TEIXEIRA, 2005; RODRIGUEZ-YONG; MARTINEZ-MUNOZ, 2012), isso representa um grave equívoco, pois a TRA não proporciona uma relação sexual carnal entre o doador do material genético masculino e a genitora, imposição entre os pais contratantes e a mulher contratada, além da técnica poder ocorrer de forma heteróloga, através da doação das células germinativas ou da forma homóloga, quando há a utilização do material dos pais de intenção *in vitro*, da técnica permitir que o projeto parental seja efetuado por pessoas solteiras e de orientação sexual distinta à heterossexualidade.

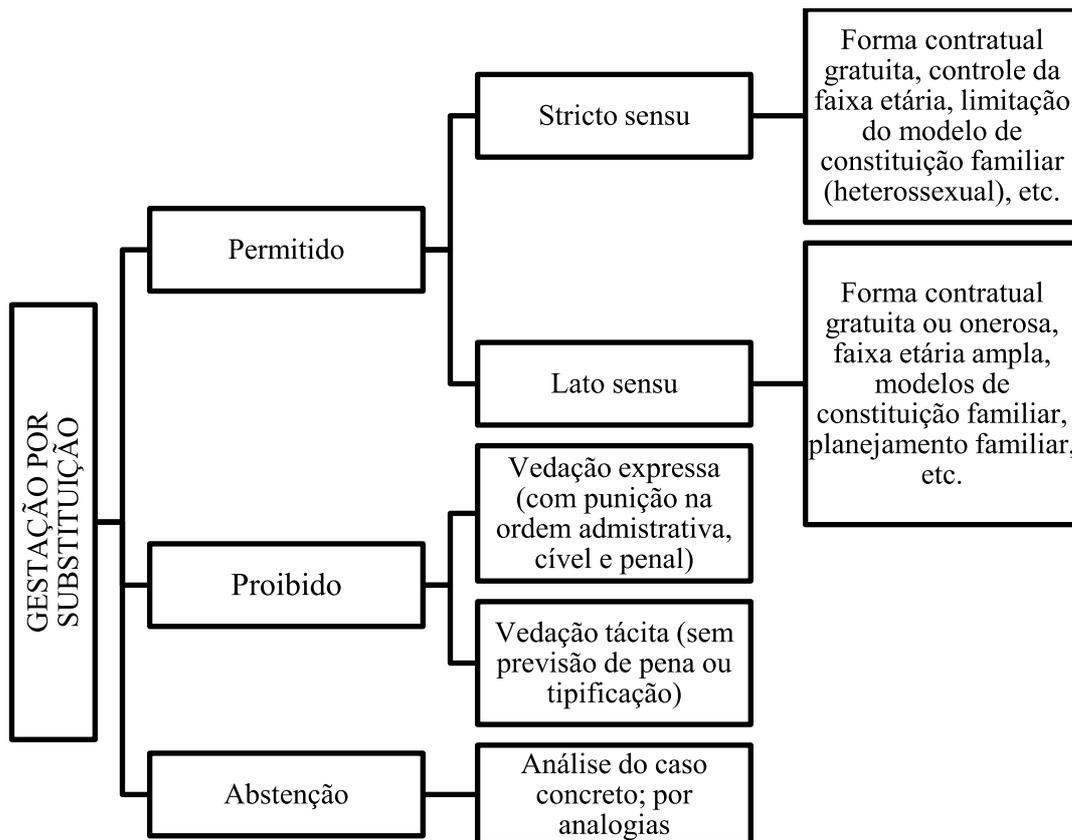
Há, contudo, uma série de barreiras legais em muitos países, tais como: impossibilidade de realização contratual onerosa; restrição aos sujeitos que poderão utilizar essa ferramenta; a dificuldade no reconhecimento do vínculo de filiação, dentre outros pontos. Percebe-se que os diversos sistemas normativos, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, ao tratarem sobre o tema, se estruturam, da seguinte forma: proibindo com vedações expressas, incluindo punições na ordem administrativa, civil e penal ou com vedações tácitas, sem tipificações específicas; abstendo-se, ao não adotar nenhuma norma capaz de sanar os efeitos gerados pela lacuna normativa, sem delimitar o seu uso e sob quais condições; ou permitindo com muitas ou poucas restrições sobre o uso, público alvo, sobre a forma contratual – contrato gratuito ou oneroso, faixa etária.

Essa classificação almeja realçar as distintas características traçadas sobre essa técnica já que, em uma situação hipotética, as meras afirmações de que um “país X tem uma legislação específica” e “tal país permite ou proíbe o uso da técnica”, podem gerar, em termos práticos, um hiato entre o excesso de proteção e a plena anuência com práticas abusivas. Além de serem rasas, também são incapazes de realçar a problemática estrutural da relação existente entre autonomia reprodutiva, direito ao corpo, instrumentalização do corpo humano, direito ao acesso às técnicas.

Por exemplo, em um determinado país a gestação por substituição, embora não tenha uma legislação específica, permite que a técnica seja utilizada na modalidade gratuita e para os casos de infertilidade da mulher casada. Assim, a comunidade LBTQIA + não teria o direito ao acesso, somente um modelo de família seria beneficiado, ante a desconsideração das outras

formas de organização familiar; o descumprimento dessa limitação e a busca pela utilização da técnica em outro país implicaria em disputas judiciais para o reconhecimento da nacionalidade, do vínculo de filiação, etc.

Quadro Esquemático 1- Características da Gestação por Substituição



Fonte: Autoria própria (2021)

A gesta o por substitui o pode ser analisada perante três modelos jurídicos existentes nos países que praticam a técnica, tais sendo: mediante a interdi o, absten o e regulamentação (CARLOS, 2018). Porém, em caráter didático, o estudo comparado feito na próxima se o irá se guiar pelo seguinte agrupamento: “países que proíbem a gesta o por substitui o”, “países que permitem a gesta o por substitui o”, “países que se abst m de regular a gesta o por substitui o”.

4.1 ESTUDO COMPARADO SOBRE OS DIVERSOS ENTENDIMENTOS CONCERNENTES À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Muitos países acabam sendo alvo da procura internacional, por parte das pessoas que procuram realizar o seu projeto parental, através da gestação por substituição. Cria-se uma espécie de “turismo reprodutivo” com destino aos países onde o uso da técnica é permitido a custos mais acessíveis e onde há a facilitação dos trâmites burocráticos no ato de reconhecimento da relação de parentalidade com a criança gestada. Segundo um relatório preliminar feito pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado sobre os arranjos familiares decorrentes da gestação por substituição:

O número de arranjos internacionais de barriga de aluguel parece estar crescendo em um ritmo rápido e enquanto alguns Estados estão tentando resolver os problemas que surgem como um resultado, este fenômeno global pode, em última análise, exigir uma solução global. Não há dúvida de que a situação atual está longe de ser satisfatória para os Estados e as partes envolvidos e, mais importante, para as crianças nascidas como resultado desses arranjos. Há uma preocupação real de que a situação atual muitas vezes falha em garantir o respeito de forma adequada pelos direitos e interesses fundamentais das crianças (Tradução nossa - HCCH, 2012)¹².

De acordo com uma matéria jornalística trazida pela BBCNEWS, estimasse que os valores cobrados para a realização da técnica, em alguns locais, oscilavam, até o ano de 2014, da seguinte forma: “US - \$100,000 (£60,000), India - \$47,350, Thailand - \$52,000, Ukraine - \$49,950, Georgia - \$49,950, Mexico - \$45,000” (CHEUNG, BBCNEWS, 2014). Não obstante, a Índia e a Tailândia tenham sido descritos na literatura como grandes centros globais de procura para o uso da gestação por substituição, tendo em vista, as facilidades burocráticas, os valores de custo acessíveis, a possibilidade de utilização da modalidade onerosa e por terem permitido que os diversos modelos de constituição familiar acessassem essa técnica, após alguns casos isolados de abandono das crianças gestadas e pelo forte alarde midiático, em meados de 2015 os países entraram em uma onda mais conservadora quanto às permissibilidades de acesso à técnica, esquecendo-se que o abandono representa uma exceção

¹² No original: “The number of international surrogacy arrangements appears to be growing at a rapid pace and while some States are attempting to resolve the problems arising as a result, this global phenomenon may ultimately demand a global solution. There is no doubt that the current situation is far from satisfactory for the States and parties involved and, most importantly, for the children born as a result of these arrangements. There is a real concern that the current situation often fails to adequately ensure respect for children’s fundamental rights and interests” (HCCH, 2012, p.30).

à regra e, desse modo, sendo um grave erro menosprezar o sonho de muitos pais de intenção em cuidar dessas crianças e amá-las.

Um desses casos ficou conhecido como “Baby Gammy”, criança que, ao nascer com Síndrome de Down e má formação cardíaca congênita, foi separada da sua irmã gêmea e deixada na Tailândia, pelos pais de intenção australianos, aos cuidados da gestante substituta que se recusou a abortá-la, por questões religiosas. Um dos desdobramentos controversos do caso foi o fato do genitor ter sido condenado no passado por crimes sexuais contra duas crianças, o que fez acender grandes discussões sobre uma possível colaboração internacional para inibir questões semelhantes, principalmente, no tocante às verificações prévias dos perfis desses pais contratantes (HCCH, 2014; BBCNEWS, 2015).

Após esse caso isolado, a Tailândia criou uma lei que proibiu que casais estrangeiros buscassem o auxílio das clínicas locais, além de ter proibido a modalidade onerosa e restringiu o acesso, já que o projeto parental por meio dessa técnica passou a ser destinado somente para os casais tailandeses ou casais formados por um nativo e estrangeiro que estejam em matrimônio há mais de três anos (BBCNEWS, 2015). Já na Índia, no ano 2016, o governo local divulgou um projeto de lei que, caso seja aprovado, proibirá que casais homossexuais, pessoas solteiras e sem o passaporte indiano tenham acesso ao procedimento (BBCNEWS, 2016).

Destarte, no contexto em que alguns países são caracterizados pelo forte turismo para realização da gestação por substituição, o caso das 33 mulheres do Camboja que cederam o útero de forma onerosa e foram obrigadas a ficar com as crianças gestadas, demonstrou ser um exemplo de grande notoriedade sobre as incertezas e riscos que pairam sobre o tema. O fato ocorreu em meados de 2018, em uma pequena vila localizada em Phnom Penh, após o Camboja se tornar a nova rota de procura pelas agências de procriação assistida, devido ao aumento das restrições ocorridas na Tailândia e no Nepal, como também pela flexibilização da política de filho único na China (CHONG; WHEWELL; 2019).

Um dos casos destacados na reportagem ocorreu com uma moradora local nomeada como Thida, de “20 e poucos anos”, que aceitou se tornar barriga de aluguel para um casal chinês e receber US\$ 10 mil. Acontece que, tal como aconteceu com as outras 32 mulheres, ela foi obrigada a cuidar da criança gestada até que a mesma atingisse a maioridade, sob o risco de receber uma pena restritiva de liberdade de 20 anos pelo crime praticado e os pais biológicos (contratantes) puderam ter contato com a criança por apenas 20 minutos (CHONG; WHEWELL; 2019).

A vice-ministra do interior Chou Bun Eng afirmou que a política de proibição da comercialização do ventre materno ocorre para inibir práticas de tráfico de crianças, em um contexto social em que as pessoas, simplesmente, negociam o preço do útero e consideram a futura prole como um mero bem comercializável, além dos casos em que há o abandono, por parte dos futuros pais e da gestante, das crianças deficientes (CHONG; WHEWELL; 2019). Desde o ano de 2016, Phon Puthborey, porta-voz do Ministério de assuntos femininos, já havia apontado que o governo estava trabalhando para a criação de uma lei que proibisse a prática no intuito de proteger as mulheres e crianças e para evitar o tráfico (ISTOÉ, 2016).

Analisando a justificativa que legitima essa política de criminalização, observa-se que, tal como ocorre no Brasil, há uma confusão entre o que apelidamos como “adoção à brasileira” e com essa TRHA, pois naquela, apesar de haver um vínculo genético entre a genitora e o nascituro, tal insere-se em um contexto de venda, muitas vezes, da própria prole indesejada, burlando a burocracia da adoção e das normas inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que resguardam a devida tutela, proteção e preservação do melhor interesse da criança e do adolescente, enquanto na gestação por substituição, existe um projeto parental criado pelos futuros pais e uma relação contratual com a cedente temporária do útero, podendo o contrato ser gratuito ou oneroso. Pela definição de Eduardo de Oliveira Leite, a adoção à brasileira corresponde ao ato que visa:

Registrar o filho de outra pessoa como sendo próprio sem passar pelos trâmites adotivos legais, o que, além de constituir crime de falsidade ideológica punível por lei, de fato expõe os pais adotivos à ausência de proteção legal no caso de os pais ou mãe biológicos desejarem ter seu filho de volta (LEITE, 2005, p. 255).

O mero uso da gestação por substituição não faz com que ocorra o tráfico de crianças, pelo contrário, existe, tão somente, a entrega do recém-nascido gestado aos sujeitos que fizeram o planejamento familiar. Além do vínculo afetivo intrinsecamente existente nessa manifestação de vontade contratual, há, na maioria dos casos, a coincidência da relação genética, diante da hipótese de utilização do próprio material genético dos contratantes (forma homóloga). Nesse caso em específico, fica evidente o quão coerente se faz o posicionamento de Vieira (2002, p.38), ao dizer que “as medidas repressivas da sexualidade tornam-se medidas terapêuticas, já que a normalidade instituída é a sexualidade procriativa”, banindo-se comportamentos relacionados ao aborto, esterilização voluntária, por exemplo, pelo fato de a natureza da mulher ter um potencial de “degeneração, de loucura e criminalidade”.

As demandas internacionais mudam constantemente por influência direta da política interna dos países, das normas, pelos custos. Um exemplo disso vem ocorrendo com a mudança de fluxo para o leste europeu, após algumas mudanças trazidas pelos países asiáticos. Um fator atual que influenciou o projeto de muitas famílias para o uso da gestação por substituição foi o *lockdown* gerado durante a barreira sanitária criada para conter pandemia da COVID-19 (CASTRO, 2019). Diante dessa pequena digressão ilustrativa, cabe destacar o entendimento de outros países.

4.1.1. Países que proibem a gestação por substituição

I) Espanha

A Espanha, desde a Lei nº35/1988 que foi criada para regulamentar as técnicas de reprodução assistida, que foi alterada pela Lei 45/2003 e, posteriormente, no ano de 2006, pela atual Lei de 14/2006, de 26 de maio, vem sendo um dos países europeus pioneiros no tratamento legal dos novos contornos trazidos à reprodução humana. Segundo o seu artigo terceiro, as técnicas de reprodução humana assistida devem ser utilizadas somente quando houver possibilidades razoáveis de êxito, não envolvendo riscos graves à mulher ou à futura prole, devendo haver a livre manifestação consciente da paciente, como também a prévia informação dos riscos inerentes às técnicas, possibilidades de êxito e as condições para a sua aplicação. No artigo sexto, responsável por traçar quem são os usuários das técnicas, houve a possibilidade dessas serem utilizadas por todas as mulheres maiores de 18 anos e com plena capacidade de decidir se serão receptoras ou usuárias, independentemente do seu estado civil e orientação sexual, porém, caso estejam casadas, devendo constar a aprovação do cônjuge (ESPANHA, 2006).

No tocante à TRHA por gestação por substituição, a prática encontra-se proibida. Segundo o artigo 10 inserido no Capítulo II, considera-se nulo de pleno direito o contrato gratuito ou oneroso, já que a gestante estaria renunciando a criança gestada “*la filiación*” para favorecer um terceiro. No mesmo artigo é pontuado o princípio *mater semper certa est*, pois é escrito que a filiação dos filhos nascidos por gestação por substituição será determinada pelo parto, ou seja, mãe é aquela que parir a criança gestada. No entanto, no inciso terceiro, existe a possibilidade da ação de reconhecimento de paternidade a respeito do pai biológico, ou seja, uma brecha jurídica para os casos em que o contratante masculino utiliza o seu próprio material genético no processo de fertilização *in vitro* na mulher que cedeu, temporariamente,

o seu útero – ato esse frequentemente utilizado, sobretudo, pelos casais homossexuais, que buscam a gestante temporária em países que permitem a criação desse contrato (ESPANHA, 2006).

Pela previsão do Código Penal Espanhol existem três tipos penais utilizados para punir os descumprimentos das normas relacionadas à gestação por substituição, sendo eles:

Artigo 220.º 1. A presunção de parto é punida com pena de prisão de seis meses a dois anos. 2. A mesma pena será imposta a quem ocultar ou entregar criança a terceiros para alterar ou modificar a sua filiação. (...) Artigo 221.º 1. Quem, mediando a indemnização económica, der a outra pessoa filho, descendente ou qualquer menor ainda que não exista relação de filiação ou parentesco, fugindo aos trâmites legais de guarda, acolhimento ou adoção, para estabelecer relação análogos à filiação, serão punidos com pena de reclusão de um a cinco anos e especial inabilitação para o exercício do direito de parentalidade, tutela, tutela ou tutela pelo período de quatro a 10 anos 2. Com a mesma pena quem recebe e o intermediário será punido, ainda que a entrega do menor tenha sido feita no exterior (...)

Art. 222 O educador, médico, autoridade ou funcionário público que, no exercício de sua profissão ou cargo, praticar as condutas descritas nos dois artigos anteriores, incorrerá na pena neles indicada e, adicionalmente, na de inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou comércio, de dois a seis anos. Para efeitos deste artigo, o termo opcional inclui médicos, parteiras, pessoal de enfermagem e qualquer outra pessoa que exerça uma atividade de saúde ou socio-sanitária (ESPANHA, 2010 – tradução nossa)¹³

Portanto, o sistema normativo espanhol entende que o contrato de gestação por substituição é “ilícito no seu objeto e na sua forma, pois o corpo humano está fora de comércio e não pode ser peça de contrato” e, com isso, uma mulher que aluga o seu corpo vai de encontro à ordem pública, à lei e aos bons costumes (MADALENO, 2018, p. 716).

II) França

¹³ No original: Artículo 220 1. La suposición de un parto será castigada con **las penas de prisión de seis meses a dos años**. 2. La misma pena se impondrá al que **ocultare o entregare a terceros un hijo** para alterar o modificar su filiación. (...) Artículo 221 1. Los que, mediando **compensación económica, entreguen a otra persona un hijo**, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las **penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años** 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero (...) Artículo 222 El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años. A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria (ESPANHA, 2010, grifo nosso)

Desde 1994, a proibição da gestação por substituição é prevista no ordenamento francês quando, por meio da lei 94-693, relativa ao respeito ao corpo humano, o artigo 16-7 foi introduzido no Código Civil Francês, Capítulo II Do respeito ao corpo humano. Assim, de forma expressa, ficou previsto que “qualquer acordo relacionado à procriação ou gestação em nome de terceiros é nulo”¹⁴ (FRANÇA, 1994). Antes do surgimento dessa lei, a proibição da prática ancorava-se na interpretação do artigo 1.128 do Código Civil, visto que a norma deixava claro que somente as coisas que estão no comércio poderiam ser objeto de transações, ou seja, contratos de gestação seriam nulos (VIEPUBLIQUE, 2018).

A legislação francesa, apesar de ter aprovado, recentemente, uma legislação sobre a procriação medicamente assistida (PMA), ampliando o acesso às mulheres interessadas, casadas ou não, inclusive às mulheres lésbicas, segue proibindo o uso da gestação por substituição (RFI, 2020). Um dos maiores receios apontados pela assembleia francesa foi que a gestação por substituição conhecida como GPA (*gestation pour le compte d'autrui*) facilitaria o acesso à paternidade dos homens homossexuais, o que iria de encontro ao entendimento do ordenamento pátrio que entende que mãe é aquela que gesta e que entra em trabalho de parto (RFI, 2020).

Antes dessa ampliação, o debate sobre o acesso das TRA's pela comunidade LGBTQIA+ sempre foi muito intenso no governo francês. Diante do conservadorismo sobre o tratamento da instituição familiar e sobre os seus novos desdobramentos, no ano de 2018, o instituto BVA divulgou um estudo que demonstrou uma mudança positiva no olhar da sociedade, já que 60% dos entrevistados defenderam a fertilização *in vitro* com doador de esperma para mulheres francesas solteiras heterossexuais e para casais de lésbicas e, além disso, 55% foram favoráveis ao uso da gestação por substituição pelos casais homossexuais masculinos (RFI, 2018). René Frydman, um dos ginecologistas mais conceituados da França, defende que o uso da técnica deve ser proibido, ao expor que:

Para um obstetra como eu, que já realizou milhares de partos, que viu e viveu aquele momento, a pessoa que dá à luz é a mãe e quando se entra num sistema comercial, trata-se de uma organização, com intermediários e exploração. (...) Não podemos sobrevalorizar a genética. Nem sempre temos a resposta. Nem podemos ir além de certos princípios para termos resposta para todos (MARQUES; GAURIAT, 2020).

¹⁴ No original: Chapitre II: Du respect du corps humain, 16-7 “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle” (FRANÇA, 1994).

Pela proibição da GPA, os interessados em utilizar a técnica acabam recorrendo às agências internacionais de procriação e entrando com o pedido de adoção nos casos em que não há coincidência de material genético entre a criança gestada e o contratante ou com pedido de reconhecimento de paternidade, nos casos da GPA homóloga. Sendo essa tática considerada uma espécie de fraude, por muitas vezes o governo francês relutou em conferir o registro de nascimento constando o nome dos contratantes, o que gerou a manifestação da Corte Europeia de Direitos Humanos obrigando o país a reconhecer o nome do contratante nos casos em que há o vínculo genético e possibilitar a adoção por parte de um possível companheiro homoafetivo (BORILLO, 2020).

Os casos *Menesson vs. France* e *Labassee vs. France* ressaltaram as dificuldades criadas pelas autoridades francesas na superação da máxima “*mater semper est*”, já que, em ambos os casos, os dois casais heterossexuais com problemas de infertilidade, recorreram às clínicas estadunidenses e conseguiram materializar seu planejamento familiar com o nascimento dos seus filhos biológicos advindos por meio da GPA; todavia, encontraram dificuldades burocráticas e legais no reconhecimento do vínculo de filiação e, por isso, tiveram que recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos que, por fim, entendeu que deveria ser acolhido o pedido dos pais de intenção, reconhecendo-se como mãe legal aquela que teve a intenção de ter a sua prole, mediante o seu planejamento familiar, ademais durante o julgamento, foi apontado na tese à nacionalidade pelo *ius sanguini* para definir a nacionalidade francesa das crianças gestadas no território norte-americano (BORILLO, 2020; SOUZA, 2018).

III) Alemanha

A Alemanha mantém a proibição sobre uso da gestação por substituição, proibindo-a de forma explícita no próprio Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), pelo § 1591 há a opção normativa por considerar como mãe àquela que dá a luz¹⁵. Ademais, segundo o § 13a da Lei de Procriação alemã *Adoptionsvermittlungsgesetz* “mãe de aluguel” é definida como sendo a mulher que, a partir de um acordo, submete-se ao processo de fertilização *in vitro* ou natural; ou tem um embrião não originado dela, ou seja, sem o seu material genético e fecundado e, após gestar e parir o recém-nascido, entrega-o para terceiros para que possam adotá-lo ou entrar com o pedido de reconhecimento de paternidade. No §13c e d, de forma

¹⁵ BGB, § 1591: “Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.”. Disponível em: < https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1591.html>. Acesso em: 08 fev. 2021.

explícita, ser mãe de aluguel é uma prática proibida, tal como toda forma de publicidade, ofertas e procura pública por meio de anúncios, propagandas e notícias em jornais.

Destinado a dispor sobre as penalidades para o descumprimento das proibições descritas, o § 14 prevê penas restritivas de liberdade para aqueles que atuarem como agenciadores do uso da técnica de reprodução humana assistida por substituição da gestação e desrespeitar a norma do §13c, podendo ter uma pena restritiva de liberdade por até um ano ou multa, punindo com uma pena mais grave de até dois anos ou multa àqueles que desrespeitarem a norma supramencionada e obtiverem vantagem pecuniária; além de punir com uma pena de reclusão de até três anos ou multa quem agir como infrator e atuar comercialmente como agenciador da prática, porém não prevê nenhuma pena para a mulher que gesta e para os pais contratantes (ALEMANHA, 2001).

Ainda, o ordenamento germânico possui a Lei de Proteção ao Embrião *Embryonenschutzgesetz* (ALEMANHA, 1990) que traz na norma nº7 algumas penas para o mau uso da TRHA e dos embriões a serem utilizados durante os procedimentos.

4.1.2. Países que permitem a gestação por substituição

I) Estados Unidos da América

As clínicas estadunidenses, por apresentarem um alto nível de sucesso na fertilização, vêm sendo um grande alvo de procura por parte dos nacionais e estrangeiros (SOUSA; MELLO, 2019). Pelos dados fornecidos pela *Society for Assisted Reproductive Technology* (SART), estima-se que no intervalo de 2004 a 2008, o número dos procedimentos clínicos, por meio da gestação por substituição nos Estados Unidos, subiu de 738 casos para 1.400 casos, ou seja, houve um aumento de 89,70% (RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012).

Sobre os procedimentos atinentes, temos que: alguns estados permitem a criação de um contrato entre o(s) futuro (s) genitor (es) e a mãe temporária, estipulando futuras responsabilidades e os acordos financeiros; há a possibilidade de uma ordem pré-natal, com a finalidade de conferir segurança jurídica ao acordo celebrado, visto que, no terceiro mês de gestação é encaminhado ao hospital uma ordem judicial exigindo a inscrição dos futuros pais na certidão de nascimento (sendo facultativo a inscrição na certidão da gestante substituta). Quando não ocorre a ordem pré-natal, existe a possibilidade de ocorrer após o nascimento,

com o objetivo de determinar judicialmente a filiação advinda da *surrogacy*. A título de ilustração, segue a lista de algumas localidades estadunidenses suscetíveis à técnica:

- Delaware:** Leis explícitas apoiam acordos de sub-rogação e pré-nascimento.
Arkansas: A legislação local declarou acordos de substituição válidos, e uma decisão judicial de 2017 aplica a lei tanto a casais heterossexuais, quanto a casais do mesmo sexo. Casais do mesmo sexo precisam se casar.
Califórnia: muito favorável. Múltiplos processos judiciais sustentaram tanto os acordos de sub-rogação quanto os pré-nascimentos
Washington: Os acordos comerciais de substituição são proibidos pela lei, mas a sub-rogação altruísta é apoiada.
Nova York: Os acordos de sub-rogação são ilegais e acarretam uma multa de até US \$ 10.000. Advogados e agências podem ser multados e / ou acusados de crime por organizar procedimentos substitutos. (SENSIBLESURROGACY, 2018 apud SOUSA; MELLO, 2019, p.131)

A diretriz seguida pelo estado de Washington está ancorada na ideia abstrata de respeito à ordem pública, tal como a legislação do estado de Louisiana que estabeleceu que “um contrato de gestação por substituição será absolutamente inválido, nulo e não exigível por ser contrário à ordem pública” (LOUISIANA CODE apud (RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012, p.69)¹⁶. Já no estado de Ohio, em contrapartida, a Suprema Corte considera que a gestação por substituição não fere a ordem pública e que, portanto, as obrigações e os direitos devem ser cumpridos, para que haja a preservação da segurança jurídica e da autonomia das partes contratantes:

[...] um contrato escrito que defina direitos e obrigações das partes parece uma forma apropriada de celebrar acordos de gestação por substituição. Se as partes entendem os seus direitos contratuais, a solicitar-lhe que honrem o contrato é claramente correto e justo (RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012, p.69)¹⁷.

No contexto estadunidense, o tratamento acerca da gestação por substituição, segundo Camilo Rodríguez-Yong e Karol Martínez-Munóz (2012), se guia sob quatro características: a) busca-se observar se no estado já existe alguma legislação ou jurisprudência específica sobre o uso da técnica; b) não há uma postura uniforme, diante da autonomia de cada estado para legislar; c) a noção de ordem pública e as normas oriundas do Direito de Família como

¹⁶ No original: “A contract for surrogate motherhood as defined herein shall be absolutely null and shall be void and unenforceable as contrary to public policy”, Louisiana Code, § 9:2713 (RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012, p.69).

¹⁷ No original: “A written contract defining the rights and obligations of the parties seems an appropriate way to enter into surrogacy agreement. If the parties understand their contract rights, requiring them to honor the contract they entered into is manifestly right and just” ((RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012, p.69).

fonte de interpretação dos casos concretos levados à justiça, para identificar a validade ou invalidade dos acordos criados pelas partes contratantes. Uma das normas utilizadas para proibir a prática está inserida na matéria que visa regular a adoção, para que esse instituto não esteja ao crivo de uma possível remuneração; e a regulação dessa forma contratual é justificada como meio de contornar possíveis efeitos negativos. De modo geral, os deveres e obrigações das partes que utilizam a gestação por substituição podem ser sintetizados da seguinte forma:

[...] para o caso da gestante substituta, as obrigações consistiram em: 1) permitir ser inseminada artificialmente com o esperma do pai biológico, 2) gestar o feto em seu ventre até o nascimento do bebê, e 3) renunciar os direitos de custódia sobre o recém-nascido em favor do pai biológico e sua esposa. Por outro lado, em contraprestação às obrigações assumidas pela gestante substituta, o pai biológico e sua esposa se obrigam a: 1) pagar os gastos médicos e legais gerados como consequência da fecundação, 2) assumir a responsabilidade de custódia sobre o recém-nascido, e 3) como regra geral, pagar a gestante substituta uma compensação (RODRÍGUEZ-YONG; MATÍNEZ-MUNÓZ, 2012, p. 65).

A título de ilustração, na década de 1980, o caso do “Baby M”, ocorrido nos Estados Unidos, ganhou notoriedade internacional, por ter sido o primeiro caso jugado pela justiça norte-americana a respeito da gestação por substituição. Como descreve Leite (1995), William e Elizabeth Stern - um casal heterossexual-, planejavam ter um filho biológico, porém, eram impedidos de progredir com uma gestação natural, visto que a Sr.^a Stern, mesmo não sendo infértil, tinha uma idade mais avançada e sofria de esclerose múltipla, o que poderia comprometer a sua saúde e pôr em risco a gestação de um possível filho. Após se depararem com a oportunidade do uso da TRA por substituição da gestação, procuraram uma clínica local que realizava o procedimento e, após algumas buscas, encontraram a Sr.^a Whitehead, mulher que, na época dos fatos, era casada com um enfermeiro, mãe de dois filhos biológicos e que aceitou figurar como geratriz.

O pacto firmado entre os pais de intenção com a família Whitehead ocorreu em caráter oneroso, sob a quantia de 10.000 dólares, e Mary passou pela inseminação artificial com o material genético de William. Transcorrido o período de gestação, no ano de 1986, a Sr.^a Whitehead se arrependeu do contrato, manifestou interesse em ficar com a criança gestada e propôs devolver o valor da quantia pactuada, inclusive chegou a fugir com ela para Flórida. Diante do impasse, o caso foi levado à justiça e, na primeira instância, o Juiz Harvey Sorkow considerou que o contrato era válido e que o uso da técnica não representava uma venda de bebês.

Inconformada com a decisão, Mary Whitehead recorreu à Suprema Corte de New Jersey que, no ano de 1988, entendeu que o contrato deveria ser considerado nulo, além de ter reconhecido a paternidade do Sr. Stern e a maternidade biológica da Sr.^a Whitehead. Embora a decisão de segundo grau tenha sido mais favorável à gestante substituta, a guarda foi conferida ao pai genético, sob a observância do melhor interesse da criança, sobretudo pela análise da condição socioeconômica e condições para educá-la. Foi resguardado, todavia, o direito de visitação à Elizabeth (HABERMAN, 2014).

II) Portugal

A Lei 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – LPMA) vem regulando a substituição da gestação em Portugal, definindo-a como uma “situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.”. No artigo 8º desse diploma legal, há uma proibição expressa sobre a criação de contratos onerosos, dessa forma será lícito quando ocorrer de forma altruística, sob pena de nulidade do negócio jurídico. Quanto ao material genético utilizado, só poderá ser concedida mediante “técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a doadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante” (PORTUGAL, 2018 apud SOUSA; MELLO, 2019).

Embora haja uma aparente ruptura com o conservadorismo na compreensão do tema, o direito lusitano foi marcado por um grande retrocesso no tocante ao vínculo de filiação entre a gestante substituta e o recém-nascido. Ao entender que o quadro jurídico era demasiadamente aberto, abrindo uma margem para uma alarmante mercantilização dessas crianças gestadas e também na impossibilidade de a gestante substituta revogar o contrato, a Lei da Procriação Medicamente Assistida sofreu algumas mudanças em seu artigo 8º pelo Ac. TC n.º 225/2018¹⁸; dos pontos alterados, houve a declaração de inconstitucionalidade da norma que

¹⁸ Ac. TC n.º 225/2018, de 7/5: Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho: dos n.os 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e, conseqüentemente, das normas dos n.os 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de **gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia**; do n.º 8 do artigo 8.º, **em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até ? entrega da criança aos beneficiários**; conseqüentemente, do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente ? s pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gametas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou ?

proibia a revogação do contrato pela gestante, conferindo-a um direito de arrependimento e a possibilidade de pleitear em juízo o reconhecimento do seu vínculo materno com a criança gestada (BOTELHO; MAIA, 2018).

Fica evidente que as novas alterações foram capazes de trazer uma maior insegurança jurídica aos negócios jurídicos celebrados. Entende Cláudia Vieira, presidente da Associação Portuguesa de Fertilidade, que a decisão do tribunal foi um grave retrocesso jurídico e social, como ficou demonstrado com a reação dos interessados que estão “em estado de choque, desesperadas e consideram que mais uma vez estão a ser empurradas para a clandestinidade e que lhes foi tirado o direito à família” e aponta o Magistrado Eurico Reis que a decisão demonstra uma projeção de concepções pessoais (BOTELHO; MAIA, 2018).

O artigo 39º continuou prevendo as seguintes penalizações advindas do descumprimento à atual positivação:

- 1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.
- 2 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias.
- 3 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.
- 4 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias.
- 5 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a celebração de contratos de gestação de substituição fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 2 anos.
- 6 - Quem, em qualquer circunstância, retirar benefício económico da celebração de contratos de gestação de substituição ou da sua promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, é punido com pena de prisão até 5 anos.
- 7 - A tentativa é punível (PORTUGAL, 2018 apud SOUSA; MELLO, 2019).

A partir da experiência extraída do contexto sociojurídico lusitano, Guilherme Oliveira (1993) diz que o argumento mais óbvio contrário à licitude do contrato oneroso ocorre pela

gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º; não declara a inconstitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido; determina que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

questão do pagamento à gestante e a entrega do recém-nascido representar um sistema de coisificação, o que implica na degradação da dignidade da pessoa humana. Apresentando um contra-argumento aos defensores da modalidade onerosa, o autor interpreta que um possível pagamento seria uma compensação para um serviço pessoal de gestação e uma forma de pagamento pela renúncia dos direitos de mãe da mulher geradora. Porém salienta que “não se passa a ser mãe ou deixa de ser mãe por força de um contrato” (OLIVEIRA, 1992, p. 27).

O autor ainda pontua, desse modo, que as principais críticas sobre a onerosidade pairam em enxergar a gestação e a entrega do recém-nascido, a troco de dinheiro, como algo que “afecta a dignidade da mulher que vende a sua capacidade reprodutora; e a dignidade do filho que é avaliado em dinheiro e trocado por uma certa quantia” (OLIVEIRA, 1992, p.45). Seguindo essa linha de raciocínio, segundo a ponderação de Oliveira (1992), a prática acaba sendo considerada nula e ilícita, por colocar em cheque a dignidade, valor basilar que guia a ordem pública.

III) Itália

Nessa mesma toada, a legislação italiana vem restringindo bastante “*la maternità surrogata*”. A prática onerosa foi proibida pelo legislador no artigo 12 co. 6º da Lei 40/2004, ao impor sanções criminais a qualquer pessoa, forma e organização de comercialização de material genético ou a prática da gestação por substituição. Ademais, TRA é regulamentada através da distinção de duas modalidades: a homóloga e a heteróloga. Na primeira hipótese, a gestante substituta irá gerar a prole através do (s) gameta(s) fornecidos pelos futuros genitores; já a heteróloga, terá a fecundação ocorrida pela junção de material genético fornecido por terceiros. Essa forma não será permitida pela previsão da lei 2004, por expressa manifestação do artigo 4º co.3 “*È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*” (LIGUORO, 2018).

Ao analisar a norma supramencionada, fica claro que a opção legislativa foi para beneficiar casais heterossexuais com algum tipo de limitação biológica para a procriação natural. Por previsão legal, no Capítulo V, Proibições e Sanções, são estipuladas as proibições gerais e as penalidades para as pessoas e instituições desviantes. Insta discriminar o art. 12 co. 6º e 7º pelo elevado peso social, já que em prevê penas restritivas de liberdade:

6. Quem, sob qualquer forma, realiza, organizar ou anunciar a comercialização de gametas ou embriões ou a gestação por substituição é

punido com a reclusão três meses a dois anos e multa entre 600.000 e um milhão de euros.

7. Quem realizar processo visando à obtenção de um ser humano descendente de uma única célula inicial, eventualmente idêntica, no que diz respeito ao patrimônio genético nuclear, a outro ser humano vivo ou morto, é punido com pena de prisão de dez a vinte anos e com multa de 600.000 a um milhão de euros. O médico também é punido com proibição perpétua de exercer sua profissão (ITÁLIA, 2004)¹⁹.

Em detrimento da previsão legal, muitas pessoas recorrem às clínicas estrangeiras para realizar o contrato de gestação. Dessa forma, a barreira a ser enfrentada dá-se em conseguir o reconhecimento de paternidade; sendo o instituto da adoção comumente usado para firmar esse vínculo familiar.

Pela ocorrência desse drible legal, no ano de 2018, o Ministro *della Famiglia* Lorenzo Fontana, asseverou que a gestação por substituição contratual é vedada e, assim, não haverá mais o reconhecimento da paternidade. Em seu discurso, após ver o cenário de demandas concernentes aos pedidos de reconhecimento de paternidade proposta pelos casais homossexuais, considerou-os incompatíveis com o ordenamento italiano, sob o seguinte pronunciamento: “*le famiglie arcobaleno, non esistono*” (as famílias arco-íris, não existem). Seguindo o mesmo entendimento, o ministro do interior, Matteo Salvini, disse que enquanto ele for ministro não existirá gametas à venda e útero alugado e completou dizendo que defenderá “*il diritto del bambino di avere una mamma ed un papà*”, ou seja, afirmando de forma explícita que o pleno desenvolvimento de uma criança ocorre quando ela é inserida em um ambiente familiar com a figura materna e paterna (LAREPUBBLICA.IT, 2018).

IV) Uruguai

No Uruguai a gestação por substituição é regulada pela Lei nº 19.167, de 2013, ao dispor, especificamente, sobre o uso da técnica em seu Capítulo IV. Como anuncia o artigo 25, serão absolutamente nulos os contratos onerosos e gratuitos criados pelos casais interessados ou mulheres que forneçam seus materiais genéticos para a fecundação em outra mulher, considerando-se nulo, portanto, a obrigatoriedade de entregar a criança gestada aos

¹⁹ No original: 6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. 7. Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione (ITÁLIA, 2004).

pais contratantes. No mesmo artigo, garante-se uma exceção à regra geral, ao permitir o uso nos casos em que haja uma situação que impossibilite a mulher interessada a se tornar mãe, por questões genéticas e por doenças adquiridas que comprometam a capacidade do útero.

Os interessados poderão utilizar a gestação por substituição, desde que a gestante substituta tenha uma relação de consanguinidade até o segundo grau com a mulher, ou do seu companheiro, se for o caso, a implantação e gestação do próprio embrião – segundo a legislação, por próprio embrião a ser utilizado, considera-se àquele formado com o material genético de pelo menos uma célula reprodutiva do casal ou, no caso de mulher solteira, pelo seu óvulo a ser fecundado *in vitro* por uma célula reprodutiva masculina advinda de um banco de doação. A infertilidade ora apontada pelos futuros genitores deverá ser diagnosticada pela equipe de atendimento e, após o relatório formulado sobre o estado clínico do paciente, esse documento deverá ser encaminhado para a Comissão Honorária de Reprodução Humana Assistida (Capítulo V) para avaliação de procedibilidade, perante a regra que permite a excepcionalidade da gestação por substituição.

Pelo artigo 26, o contrato criado entre os futuros pais e entre a gestante substituta deverá ser gratuito e assinado por todas as partes envolvidas. Neste caso, segundo o artigo 27, a filiação da criança nascida por meio dessa técnica se dará pelo reconhecimento de paternidade àqueles que tiverem solicitado, concordado pela gestação por substituição, em suma, serão pais aqueles que fizeram o projeto parental e que guardam uma ligação genética com a criança gestada pela terceira pessoa, determinando-se a filiação materna pelo nascimento ou cesariana da mãe biológica ou, diante do cumprimento das regras que geram a exceção, pela mulher cuja gravidez tenha sido substituída, como aponta o artigo 28 (URUGUAI, 2013).

Das normas gerais inseridas no Capítulo I, temos que a infertilidade é definida como a incapacidade de engravidar por via natural depois de 12 meses ou mais de relações sexuais entre o casal (artigo 6º). Dos requisitos para utilização das técnicas de reprodução, o artigo 7º coloca que essas serão aplicadas em toda pessoa capaz, maior de idade e menor que 60 (sessenta) anos, salvo nos casos em que a pessoa é considerada incapaz para exercer a capacidade de exercer a maternidade ou paternidade, podendo utilizá-las também quando houver possibilidades razoáveis de êxito, não implicando nenhum risco grave para a gestante e para a futura prole, devendo ser constatado por protocolo médico que a paciente não padece de problemas psicológicos e nem de enfermidades genéticas, hereditárias ou infecciosas que comprometam a saúde dos descendentes.

Conforme o exposto no artigo 3º o Estado fará com que TRA's fiquem incluídas dentro do Sistema Nacional Integrado de Saúde, promovendo a prevenção da infertilidade e auxiliando no tratamento de doenças que geram esses problemas. No tocante à cobertura dos procedimentos de alta e baixa complexidade, poderão ter pagamento total ou parcial promovido pelo Fundo Nacional de Recursos (CARLOS, 2018).

V) Ucrânia

A Ucrânia faz parte da nova rota de procura para o uso da gestação por substituição, desde 2015, quando a Índia, Nepal e Camboja começaram a impedir que estrangeiros acessassem as suas clínicas. De acordo com a Biotexcom - empresa local especializada- os valores do procedimento costumam variar de 250.000 a 410.000 reais e a busca ocorre por “casais heterossexuais, casados e que consigam comprovar que não podem ter filhos por razões médicas podem recorrer a uma “barriga de aluguel” ucraniana” (CASTRO, 2019).

De acordo com as informações fornecidas pela clínica GestLife, desde de 1997, a técnica é permitida no país e é regulada pelo artigo 123.2 do Código de Família e pelo Despacho 771 do Ministério da Saúde. Esse artigo deixa claro que, se um embrião se originar através do material genético fornecido pelos pais de intenção, sendo fecundado no útero de uma gestante substituta, os pais serão o casal e, mediante o consentimento da gestante, o registro será feito no nome dos doadores do material genético que traçaram o projeto parental (GESTLIFE, 2021).

4.1.3. Países que se abstêm de regular a gestação por substituição

I) Argentina

A Argentina representa um exemplo de país que, no tocante à regulamentação da gestação por substituição, se abstém. No entanto, apesar da técnica não ser mencionada em nenhum dispositivo normativo, o ordenamento argentino conta com uma lei geral para a reprodução humana assistida, sendo ela a Lei nº 26.862, de 2013, e com um Código Civil que traz uma brecha jurídica no seu artigo 562 para o registro e reconhecimento de paternidade da prole proveniente do uso de alguma TRHA, permitindo que a presunção de paternidade advinda pelos brocardos *mater sempter est e pater is est* seja flexibilizada em detrimento dos

pais que fizeram o seu projeto parental²⁰ (CARLOS, 2018), já que o artigo 558 CCCA aponta que a filiação pode acontecer por três formas: natural, por uso das técnicas de reprodução humana assistida ou por adoção.

Outro ponto trazido pelo CCCA que facilita o reconhecimento de paternidade pelas pessoas que utilizam essas técnicas, encontra-se ancorado no artigo 575²¹ que está inserido no Capítulo 5 “*Determinación de la filiación extramatrimonial*”. Com isso, quando a prole é gerada por meio do uso de tais técnicas, a determinação da filiação se derivará do consentimento prévio, informado e livre, ponto esse que é interpretado como uma flexibilização do critério genético perante o projeto parental, onde há a verdadeira intenção, *animus* de criar um vínculo parental socioafetivo (SILVA; SOUZA; MONTEIRO, 2016).

II) Colômbia

O sistema colombiano também se abstém de regular a gestação por substituição, embora a Corte Constitucional já tenha reconhecido a necessidade do tratamento dessa matéria, diante do aumento de casos no país (BEETAR BECHARA, 2019). Além disso, existem projetos de lei propostos como o Projeto de Lei nº 46 de 2003, proposto pelo Senado, o Projeto de Lei nº 196 de 2008, proposto pela Câmara de Representantes, o Projeto de Lei nº 37 de 2009 e o Projeto nº 70 de 2018 que busca criminalizar a gestação por substituição na modalidade onerosa (RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012; BEETAR BECHARA, 2019).

Por meio da sentença T-968 de 2009, a Corte Constitucional definiu que a gestação por substituição é “um ato reprodutor que gera o nascimento de uma criança gestada por outra mulher sujeita a um pacto ou compromisso, mediante o qual deve ceder todos os direitos sobre o recém-nascido a favor de outra mulher que figurará como mãe dele” e, a respeito do tópico atinente à licitude ou ilicitude do negócio jurídico, afirmou que essa apreciação deverá se guiar pela observância dos bens constitucionais que regem o exercício da autonomia privada, que norteiam o princípio da solidariedade entre os particulares e as normas de direito

²⁰ ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos (ARGENTINA, 2015).

²¹ ARTICULO 575.- Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial (ARGENTINA, 2015).

público, posto que o contrato “será o resultado do consentimento e capacidade do sujeito que atua no exercício de sua liberdade, dignidade humana e todos os valores constitucionais que daí se originam” (*Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2019* apud BEETAR BECHARA, 2019)²²

Pela lacuna legal e ausência de norma expressa que proíba ou estipule restrições, a Corte Constitucional reconheceu a validade dos contratos, valendo-se do artigo 42 da Constituição Política, que diz que “os filhos oriundos do matrimônio ou fora dele, adotados ou gerados naturalmente ou com a assistência científica, têm iguais direitos e deveres”. Todavia, existem correntes e interpretações contrárias ao uso. Uma delas é extraída da Lei nº 1.098 de 2006, que proíbe, de forma expressa, o pagamento de qualquer tipo de retribuição em procedimentos de adoção de alguma criança ou adolescente (RODRÍGUEZ-YONG; MARTÍNEZ-MUNÓZ, 2012, p.68).

Quadro Esquemático 2 - Gestação por Substituição no Direito Comparado

GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO – DIREITO NO COMPARADO				
Países	RA – Proibida	RA- Permitida	RA- Abstenção	Características dos sistemas
Espanha	X			Proibição Expressa: Lei 14 /2006, Código Penal;
França	X			Proibição Expressa: máxima mater semper est; Lei 94- 693; Código Civil artigo 16-7, 1.128.
Alemanha	X			Proibição expressa; Código Civil, § 1.591; Lei de Procriação Alemã; Lei de Proteção ao Embrião.
EUA	X	X		Sistema Misto, por causa do common law. Alguns proibindo expressamente, enquanto outros permitem, de forma mais ampla.
Portugal		X		Permissão restrita: só para mulheres; só na modalidade contratual gratuita; direito ao arrependimento Lei 32, de 2006

²² No original: “La licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho Público y el principio de solidaridad impreso por el Estado Social de Derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de ahí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios” (*Corte Constitucional, Sentencia T-629 de 2019* apud BEETAR BECHARA, 2019).

Itália		X		Permissão restrita: Lei 40, de 2004; prática onerosa proibida; previsão de sanções criminais; vedação da forma heteróloga; somente para mulheres.
Uruguai		X		Permissão restrita: Lei 19.167, de 2013; contratos de entrega do recém nascido são considerados nulos; exceção à regra trazida no artigo 25, criação de contratos gratuitos para mulheres interessadas e que tenham problemas genéticos ou doenças que impeçam de engravidar, relação de consanguinidade exigida.
Ucrânia		X		Permissão restrita, embora permita a modalidade onerosa, não permite que a comunidade LGBTQI+ tenha acesso e exige o matrimônio por parte dos casais heterossexuais.
Argentina			X	Abstenção: Técnica não mencionada em nenhuma dispositivo normativo; sistemas de analogias com o Código Civil Argentino e com a Lei geral de Reprodução Assistida
Colômbia			X	Abstenção: analogias; caso concreto; Artigo 42 Constituição Política; Lei nº 1.098 de 2006; projetos de lei.

Fonte: Coleta e sistematização dos dados realizados pelo autor (2021).

5. O USO DA TÉCNICA DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL PELO (S) MODELO (S) DE FAMÍLIA (S) DEMOCRÁTICA (S)

Da mesma forma que ocorre na maioria dos países, o tratamento do tema no Brasil ainda é bastante incipiente e lacunoso. Como será defendido, tanto os projetos de lei, quanto as resoluções do CFM, lançam posicionamentos bem receosos quanto à melhor forma de aplicação da técnica, adotando uma visão majoritária de permissibilidade somente para os pedidos altruístas e criminalizando as práticas realizadas de forma onerosa. Logo, ocorrendo manifestação de venda e algum nível de lucratividade, não haverá o reconhecimento da parentalidade aos pais de intenção, visto que o contrato oneroso será considerado nulo (MADALENO, 2018).

Pelo caráter de nulidade dos contratos onerosos relacionados à cessão temporária do útero, parte da doutrina entende que a prática será considerada um ilícito penal. Pela previsão constitucional extraída do artigo 199, §4 e pelas diretrizes contidas na Lei nº 9.434 em seus artigos 14 e 15, quem compra ou vende partes do corpo humano, órgãos e tecidos será punido com a pena de reclusão, de três a oito anos, e multa de 200 a 360 dias-multa. Em contraposição, Anison Paludo, ao trabalhar sobre os dilemas oriundos da procriação artificial, sustenta que:

(...) não bastasse às previsões legais, tomando como base os princípios da legalidade e da anterioridade, vigentes em nosso sistema jurídico, conclui-se que a procriação artificial é de fato uma atividade lícita, pois no nosso ordenamento jurídico, tudo que não é proibido a princípio é permitido, assim não havendo uma proibição legal expressa e específica nem uma tipificação de crime, são válidas as técnicas de procriação artificial na tentativa de solucionar a infertilidade humana (PALUDO, 2001).

Essa interpretação que busca criminalizar a conduta demonstra ser um grande equívoco, tendo em vista o brocardo *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, sinalizando que além do erro hermenêutico, há um forte dogmatismo jurídico no âmbito jurídico nacional, isto é, “uma valorização exasperada dos conceitos, dos dogmas, sem a averiguação oportuna dos interesses e dos valores que são objeto da investigação jurídica” (PERLINGIERI, 2019, p.2). Pelos princípios da anterioridade e legalidade, a livre decisão de fazer uso da gestação por substituição ou das outras técnicas de reprodução medicamente assistida representa uma decisão lícita, pois a proibição e as possíveis consequências jurídicas se darão após entrar em vigor uma lei específica que proíba o uso de forma expressa

(ABREU, 2008). Por esse motivo, o Juiz de Direito Newton Carvalho entende que o contrato celebrado entre as partes não é complacente com o enquadramento legal supra e que, por isso, o *Corpus* Constitucional e a legislação relacionada aos transplantes de órgão têm por escopo:

[...] proibir a comercialização “de qualquer órgão, tecido ou substância”, desde que em prejuízo às próprias partes ou também desde que macule o princípio da dignidade da pessoa humana. Na gestação por substituição nada disso ocorre. Tudo acontece com anuências das próprias partes, em benefício do casal e da futura criança. Assim, entendemos perfeitamente possível este contrato (de maternidade de substituição), independentemente de ser gratuita ou não a cessão do útero (CARVALHO, 2008, p.17).

Há, também, a tentativa de enquadramento da gestação por substituição no artigo 242 do Código Penal²³, posto que esse tipo penal considera como crime “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”, com a pena de reclusão de 2 (dois) anos a 6 (seis) anos e, caso seja praticado por motivo de reconhecida nobreza, com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar pena, segundo o parágrafo único (BRASIL, 1940).

Dito isso, quando o estudo relacionado à TRA por substituição da gestação é direcionado sobre o plano nacional, nota-se a inexistência de uma legislação específica tutelando o tema. Há, somente, regulamentações emanadas pelo Conselho Federal de Medicina, projetos de lei com uma grande carga punitivista e um emaranhado de construções doutrinárias e jurídicas que, em sua grande maioria, são incapazes de gerar um preenchimento das lacunas existentes e solucionar esse problema que assola os modelos de família da contemporaneidade (MELLO, 2021). Mesmo com o CFM lançando uma incipiente manifestação sobre esse objeto de análise desde 1992, a falta de uma legislação causa uma grande instabilidade aos sujeitos diretamente afetados por essa lacuna, quais sejam: os

²³ Sobre esse artigo, Luiz Regis Prado afirma que: “O delito de falsidade ideológica do art. 299, do CP é absorvido pelo delito de registro de filho alheio como próprio, conforme o critério de consunção. Esta segunda figura (referindo-se à conduta de registrar o filho de outrem como próprio) foi introduzida pela Lei 6.898/1981, que conferiu ao artigo 242 nova redação. De fato, anteriormente à edição da mencionada lei, muitos casais recorriam à denominada “adoção à brasileira”, isto é deixavam de adotar uma criança, preferindo registrá-la como sendo seu filho. Tal conduta configurava o delito inculcado no art. 299, parágrafo único (falsidade ideológica em assentamento do Registro Civil), do Código Penal. Todavia, a jurisprudência firmava-se pela ausência de tipicidade do fato quando praticada a conduta com motivo nobre, já que ausente o fim “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” (elemento subjetivo do injusto). Apesar do propósito inicial de beneficiar os autores daqueles registros, a alteração trazida pela Lei 6.898/1981 não mais permite o reconhecimento da atipicidade da conduta, mas sim a aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza” (PRADO, 2011. p.754- 755).

médicos, pacientes (futuros pais, doadores das células reprodutivas e a mulher que concederá o seu útero, temporariamente, para gestação) e os filhos, oriundos dessas práticas.

Além da insegurança jurídica gerada, o histórico das resoluções do CFM é marcado por uma série de restrições justificadas por uma visão paternalista que almeja gerar uma maior proteção aos usuários das TRA's, tais como a “utilização subsidiária e excepcional da técnica, somente diante da impossibilidade de reprodução natural, a imposição de limites etários, ainda que prevista a possibilidade de flexibilização em casos especiais, e a exigência de parentesco entre os participantes” (KONDER; KONDER, 2016, p.226).

Ainda, no atual contexto político²⁴ que o Brasil e outros países se encontram, são latentes as emanções discursivas que fomentam o banimento e perseguição dos membros da sociedade (in) civil²⁵ não detentores dos meios de orquestração da realidade social. O reflexo disso nas restrições sobre o uso da gestação por substituição encontra-se perante a análise das atuais normas e dos entendimentos doutrinários e dos discursos conservadores emanados por diversos veículos que nos possibilita extrair um indicativo de que está ocorrendo uma ingerência estatal indevida, ao priorizar um modelo de família em relação ao demais, já que as classes LGBTQIA+, por exemplo, possuem maiores dificuldades para ter acesso as TRA's, além das dificuldades fáticas encontradas nos processos de adoção.

Assim, fica discriminado que existe um modelo de família beneficiado pela permissibilidade de utilização da substituição da gestação. Esses pontos traçados pelas atuais normas reproduzem o ideal de que a célula nuclear da nossa sociedade é/ deve ser composta, prioritariamente, pela estrutura homem, mulher e criança, evidenciando uma reprodução ideológica construída pela moral dominante.

Mesmo que a nossa atual fase civilizatória nomeie a instituição “Estado” como Democrático de Direito, as fontes deliberativas do poder ainda representam uma *longa manus* das experiências vivenciadas em períodos de exceção. Ao invés da ampliação do discurso

²⁴ O atual Presidente Jair Bolsonaro, ao longo de seus discursos, sempre reproduziu a lógica reducionista sobre as diversas manifestações familiares. Ao ser indagado sobre essa instituição tida como a base da sociedade brasileira, disse: “Você vai no parágrafo segundo do artigo 226 da Constituição. Para efeito de proteção do Estado, é considerado família a união entre homem e mulher. Se alguém quiser achar que dois homens e duas mulheres são uma família, que proponha a mudança da Constituição.” (SOARES, 2018).

²⁵ Boaventura de Souza Santos, em seu artigo titulado como “Pode o Direito ser emancipatório?”, expõe que o fascismo social é orquestrado por quatro faces que comporá a sociedade civil. Tal, por sua vez, pode ser caracterizada por três subtipos, quais sejam: a sociedade civil íntima, estranha e a incivil. A primeira será aquela em que compõe o círculo interior do Estado, sujeitos ofertados com a hiper-inclusão social e com a plenitude de direitos e proteção. Por sociedade civil estranha, teremos um ciclo intermédio sendo um misto de inclusão e exclusão. Os integrantes desse ciclo poderão “exercer de maneira mais ou menos livre os seus direitos cívicos e políticos, mas tem um acesso escasso aos direitos sociais e econômicos, dentre outros. Já o grupo dos incivis serão caracterizados por estarem em um círculo exterior e, dessa forma, sendo os sujeitos completamente excluídos, sem quaisquer direitos (SANTOS, 2003, p.23-27).

emancipatório, tem-se a existência de um controle que atua como ferramenta de neutralização dos grupos não detentores do poder de fala, daqueles sem a prerrogativa vantajosa de dizer qual é o Direito que deve ser seguido e tutelado. Machado e Negri (2011), com base nos ensinamentos de Habermas, compreendem que a noção de justiça aclamada pelo Direito só conseguirá se mostrar realmente efetiva e apta a corrigir as ordens de violações à pessoa, quando a reflexão sobre o justo advir de uma perspectiva que valore e busque reconhecer o outro que é ocultado, banido e não representado pelas instâncias de poder, pois, a partir disso, será possível evidenciar a violência institucionalizada e normatizada na linguagem do Direito e fortalecer o caráter instrumental da Lei.

5.1. RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Seguindo o histórico das regulamentações lançadas pelo CFM, tal como colocado, a primeira manifestação sobre o tema ocorreu através da Resolução nº 1.358, de 1992. Dos princípios gerais apontados no documento, foi afirmado que as Técnicas de Reprodução Assistida (RA) teriam por finalidade auxiliar os casos de infertilidade humana, subsidiariamente, quando a conjunção carnal ou, após a utilização de outros meios terapêuticos, tivessem sido ineficazes ou ineficientes para solução da infertilidade, com a condição da técnica não gerar risco à gestante e à prole. Mediante a obrigatoriedade do termo de consentimento (documento em forma de formulário), foi exigido aos pacientes e doadores o fornecimento das informações que envolvessem todos os aspectos clínicos utilizados pela RA, além dos dados biológicos, jurídicos, éticos e econômicos. No que diz respeito ao consentimento verbalizado em termo, a manifestação de vontade livre por pessoas capazes busca:

[...] diminuir a vulnerabilidade do sujeito, ao mesmo tempo que garante a responsabilidade das pessoas envolvidas nas investigações (...) como assevera Bauchamp e Childrens, a pessoa autônoma, não somente delibera e elege seus planos, mas que é capaz de atuar nas suas deliberações (LEITE, 2002, p.266 – tradução nossa)²⁶.

Pelas experiências históricas dos ensaios clínicos sobre a eugenia, a resolução foi cristalina em vedar a RA na seleção do sexo e de características fenotípicas da futura prole,

²⁶ No original: “El consentimiento busca aminorar la vulnerabilidad del sujeto, al mismo tiempo que garantiza la responsabilidad de las personas implicadas en las investigaciones (...) como aseveran Bauchamp y Childrens, la persona autónoma es la que no solamente delibera y elige sus planes, sino que es capaz de actuar con base en esas deliberaciones” (LEITE, 2002, p.266).

salvo nos casos em que tiverem sido constatadas pré-disposições genéticas para doenças no material genético. Nos princípios gerais, foi estipulado que o limite ideal para oócitos e pré-embriões a serem fecundados na receptora deveria ser, no máximo, quatro para evitar os riscos da consanguinidade. Sendo vedado, também, quando ocorresse a utilização de procedimentos capazes de reduzir o número de embriões.

A respeito dos usuários da técnica, manifestou-se pela permissibilidade de utilização para todas as mulheres capazes que tiverem concordado de modo livre e consciente no termo de consentimento informado e, nos casos em que a futura mãe estivesse em união estável ou matrimonial, exigiu-se a mesma manifestação de vontade documental aos companheiros e cônjuges. Diante da possibilidade de utilização da RA de forma heteróloga, ou seja, com o material genético de terceiro, a redação foi clara em não permitir a doação de material genético de forma onerosa, com finalidade comercial, além de ter optado pela obrigatoriedade do sigilo da identidade civil dos doadores e dos receptores.

Agora, no que diz respeito à gestação por substituição ou doação temporária do útero, ambos os termos empregados na seção VII, orientou-se pela utilização da RA nos casos em que existem fatores que impeçam, contraindiquem a gestação na doadora genética – nesse trecho, aparentemente, a redação tangencia para a reprodução por substituição homóloga, ou seja, utilizando o material genético da futura genitora no útero da terceira receptora; tendo permitido também nos casos em que a mulher solteira, mediante a doação das células reprodutivas masculinas, utiliza o útero de terceira para gestar o embrião *in vitro*.

Outras duas regras inseridas na seção VII, deram-se ao apontar quem poderia ser a doadora temporária e sobre a forma de celebração dessa manifestação de vontade entre a doadora identificada como futura mãe e a receptora. Foi definido que as doadoras temporárias do útero devem ter um grau de parentesco até o segundo grau com a doadora do material genético ou casal, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM). Já na segunda regra, a redação foi clara em proibir a gestação por substituição a título oneroso, lucrativo, permitindo somente sobre a forma gratuita.

Transcorridos dezoito anos de vigência dessa primeira resolução, o Conselho Federal de Medicina revogou-a e pôs em vigor, a partir de sua data de publicação no D.O.U, ocorrida em 15 em dezembro de 2010, a Resolução nº 1.957. Dos princípios gerais elencados na seção I, a redação manteve-se similar ao primeiro documento, alterando, basicamente, a norma relacionada ao número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a gestante, já que ocorreu uma graduação do número por faixas etárias. Não sendo superior a quatro, foi escalonado da seguinte forma: a) “mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres

entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões” (BRASIL, 2010).

Sobre os pacientes das técnicas de Reprodução Assistida, ao contrário da resolução nº 1.358 de 1992, não houve uma menção expressa sobre o gênero do paciente interessado em se submeter ao procedimento, utilizou-se somente a expressão “pessoas capazes”, ao invés de “mulheres capazes”, o que pode ser lido como uma íntima tentativa de compatibilizar a utilização das técnicas com os outros modelos de família. Agora, sobre a gestação por substituição, a resolução manteve a mesma redação anterior, ao vedar o caráter lucrativo ou comercial e por ter limitado o grau máximo de parentesco até o segundo grau, deixando os demais casos sujeitos à aprovação do Conselho Regional de Medicina.

Um ponto interessante dessa resolução, quando comparada com a anterior, dá-se com a inserção da seção VIII destinada a disciplinar a reprodução assistida *post mortem*. Foi considerado que a RA, nessa circunstância, não constituiria ilícito ético, desde que houvesse autorização prévia e específica do *de cuius* sobre a utilização do seu material genético criopreservado.

Novamente, no uso das suas atribuições, o CFM revogou a Resolução nº 1.957 e colocou em vigor a Resolução nº 2.013, de 9 de maio de 2013. O documento visou harmonizar o uso das técnicas de reprodução assistida, os problemas de infertilidade, além das questões atinentes ao planejamento familiar, além de ter ampliado a compreensão sobre a entidade familiar, diante da ADI 4.277 e da ADPF 132, que reconheceu a união estável homoafetiva como um dos múltiplos arranjos socioafetivos caracterizados como família.

Das alterações iniciais trazidas nos princípios gerais, apontou-se que a RA teria por finalidade auxiliar nos problemas de reprodução humana, ao facilitar os processos de procriação dos pacientes interessados em se submeter, colocando como idade máxima das candidatas à gestação até os 50 anos. Destarte, em decorrência desse aumento da faixa etária, houve uma alteração na norma que regulava, anteriormente, o número máximo de oócitos e embriões a serem implantados, pela seguinte redação: “a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 35 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos” (BRASIL, 2013).

No tocante aos pacientes a serem submetidos às técnicas de RA, permitiu-se o uso para todas as pessoas capazes e tornou expressa a possibilidade de utilização para pessoas solteiras e para os relacionamentos homoafetivos, porém apontou-se para um direito de “objeção de consciência do médico”, ponto esse complexo quando contextualizamos o

profissional em uma sociedade conservadora e que, até a data da edição, ainda não reconhecia como família a união entre as pessoas do mesmo sexo. Na questão atinente à doação de gametas, novamente apontou-se pela gratuidade, pela orientação de sigilo sobre a identidade dos doadores e receptores, criou-se uma norma sobre a idade limite para doação de gametas, sendo de até 35 anos para mulheres e 50 anos para os homens.

Na seção VII, destinada a tratar sobre o assunto da gestação por substituição, houve uma tratamento mais preciso do tema e maiores flexibilizações. Apontou-se pela possibilidade da gestação por substituição nos casos em que os pacientes apresentassem problemas de saúde que impedissem ou contraindicassem a gestação na doadora genética e tornou possível para os casos de união homoafetiva. Diferente dos outros documentos, a regra relativa ao grau de parentesco foi alterada, de forma positiva, ao permitir que a doadora temporária do útero pertencesse à família dos interessados até o quarto grau, assim permitindo que as mães dos interessados, irmãs/ avós, tias e primas se colocassem como partícipes fundamentais nos projetos familiares por substituição do útero, ressaltando, porém a regra que limita a idade de até 50 anos.

Do mesmo modo, o CFM manteve a postura de proibir a doação temporária do útero de forma onerosa, sendo possível a forma altruística. Ademais, criou-se um tópico especial relacionado aos documentos que as clínicas deveriam constar no prontuário do paciente, sendo eles: 1) o termo de consentimento informado assinado pelos pacientes, no caso os pais genéticos, já que na resolução não houve menção a forma a gestação por substituição completamente heteróloga, assim, exigiu-se o material genético de, pelo menos, um dos futuros genitores e a assinatura da doadora temporária do útero; 2) o relatório médico do perfil psicológico da doadora que pudesse atestar um equilíbrio emocional e plena capacidade decisória para se submeter ao procedimento; 3) apontou-se para a necessidade de um contrato tratando sobre a questão da filiação da prole entre os pacientes e a doadora temporária do útero, além da garantia do registro civil da criança com o nome dos contratantes; 4) a descrição dos aspectos biopsicossociais durante o período gravídico-puerperal; 5) a necessidade de o prontuário esclarecer todos os riscos inerentes ao período da gestação à doadora, como também a impossibilidade da interrupção da gravidez, salvo nos casos de enquadramento nas exceções previstas em lei, sob a pena de se praticar o crime de aborto; 6) a garantia de tratamento e acompanhamento médico à doadora temporária do útero, até o estado puerpério, inclusive o acompanhamento de outros profissionais, caso necessário e, por fim, 7) a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro se a doadora estiver em união estável ou matrimonial.

Sobre a reprodução assistida *post mortem*, manteve-se a regra que permitiu a utilização do material genético do falecido, desde que houvesse uma prévia autorização do mesmo para utilização do seu material genético criopreservado.

No ano de 2014, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da I Primeira Jornada de Direito e saúde, aprovou alguns enunciados que tiveram como finalidade discutir algumas normas estabelecidas pelo CFM. Dentre eles, o enunciado nº39 asseverou que o estado de filiação não é caracterizado, tão somente, pelo vínculo genético, já que há a possibilidade de a RA utilizar o material de terceiro, de forma heteróloga; o enunciado nº 40 reforçou a admissibilidade dos casais homossexuais utilizarem as TRA's e de terem os seus nomes incluídos no registro de nascimento como pais; o enunciado nº41 apontou que o estabelecimento de uma idade máxima de 50 anos para a utilização da técnica representa uma afronta ao direito constitucional que prevê a liberdade para o planejamento familiar, e o enunciado nº45, adotou a posição de que, nos casos de utilização de gestação por substituição, o vínculo parental será determinado considerando como pai aquele que tiver sido autor do projeto parental. Na mesma jornada, ao discutir a adoção e a reprodução assistida heteróloga, segundo a redação do enunciado 111, a condição de filiação passou a ser garantida para toda criança resultante de técnica concepitiva heteróloga ou adotada. De acordo com esse enunciado, na adoção haverá o desligamento dos vínculos familiares consanguíneos e na TRA heteróloga sequer será estabelecido o vínculo com o doador do material genético (BRASIL, 2014).

Após a revogação da resolução supracitada, entrou em vigor a Resolução de nº 2.121, em 24 de setembro de 2015. O novo texto não trouxe grandes mudanças, mantendo em sua redação uma grande aproximação com a Resolução 2.013 de 2013. A alteração mais significativa trazida deu-se com a norma inserida nos princípios gerais relacionada à idade máxima dos pacientes, já que, mesmo tendo preservado a idade máxima de até 50 anos de idade para utilização dos procedimentos, o mesmo texto trouxe uma exceção à regra, permitindo que o médico autorize o (a) paciente em uma idade mais avançada a utilizá-las, após o devido acompanhamento clínico e apresentando os fundamentos técnicos e científicos sobre a possível utilização ou não, além dos esclarecimentos quantos aos riscos inerentes.

Dessa forma, na seção VII, destinada a regular a gestação por substituição, a única alteração deu-se nesse ponto, ao retirar o antigo trecho “respeitada a idade limite de até 50 anos” (BRASIL, 2013). Acertadamente, essa singela reformulação insere-se nos debates sobre a parentalidade tardia e também nos reflexos advindos sobre o aumento da expectativa de vida, evolução dos tratamentos sobre as enfermidades relacionadas à infertilidade. Ademais, a

antiga limitação perde seu sentido no momento em que há a possibilidade de utilização, por exemplo, do próprio material genético criopreservado em algum momento futuro que o interessado já tenha ultrapassado essa idade e nos casos de reprodução assistida heteróloga, em que é utilizado o material genético de terceiro, o que torna, portanto, a idade do paciente indiferente.

Sobre a doação de material genético, conforme Oliveira e Lima (2016, p. 453) o critério utilizado sobre a doação de gametas manteve-se como uma estratégia para:

[...] evitar que um doador (a) produza mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes, na região de localização da unidade, em área de um milhão de habitantes, para que não haja uma possibilidade considerável de duas pessoas consanguineamente irmãs, sem terem conhecimento, venham a se relacionar de maneira amorosa e constituir matrimônio.

Após a revogação da Resolução nº 2.121 de 2015, foi publicada a Resolução de número 2.168 de 2017, que foi modificada, posteriormente, pela Resolução nº 2.283, de outubro de 2020. Isto posto, antes de apontar as alterações sofridas por essa manifestação do CFM, cabe destacar os principais elementos inseridos na redação original.

Nos princípios gerais foi colocado que as técnicas de reprodução assistida visam facilitar a procriação, auxiliando os interessados a superar os possíveis problemas que obstem seu planejamento parental, podendo ser utilizadas “na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos” (BRASIL, 2017). Novamente, a idade máxima de 50 anos foi mantida, porém preservou-se a possibilidade de flexibilização baseada nos critérios médicos, técnicos e científicos, a partir dos casos particulares e concretos. Um caso concreto que demonstra a importância dessa flexibilização da faixa-etária ocorreu em Recife, no ano de 2007, quando uma mulher de 51 anos figurou como gestante substituta para a sua filha e gestou os seus netos gêmeos sem comprometer com a sua saúde (G1, 2007).

Na redação original, a RA tinha como objetivo atender os pacientes capazes que tivessem solicitado o procedimento, permitindo também a utilização das TRA's nos relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, permitindo a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina, definindo-a da seguinte forma: “considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do (s) oócito (s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira” (BRASIL, 2017). Como sintetiza Paulo Gallo, médico ginecologista e professor da UERJ, essa resolução:

[...] além da ampliação das opções de “barriga solidária”, a possibilidade de homens sem parceira terem filhos. Antes da resolução, não estava claro que homens solteiros poderiam ter uma produção independente. Para mulheres solteiras capazes de engravidar era simples: elas recebiam espermatozoides de um doador e realizavam a fertilização. Mas para homens sem companheira que querem ter filhos é necessária uma barriga solidária. Agora a resolução deixa claro que isso é permitido: eles podem pegar óvulos de uma doadora e utilizar o útero de uma barriga solidária (GALLO, 2018 apud GARCIA; OLIVEIRA, 2018, p.108).

Com a nova redação trazida pela Resolução nº 2.283/2020, a utilização das técnicas passou a ser permitida para “heterossexuais, homoafetivos e transgêneros”, tendo sido exposto que o motivo responsável por essa alteração ocorreu para aprimorar a redação do texto de 2017, já que a redação original poderia ensejar “interpretações divergentes” e restritivas da norma, não fazendo com que a mesma fosse compatível com as alterações do fato social relacionados às lutas pelo reconhecimento da comunidade LGBTQIA+, sobretudo sobre o corpo feminino trans. Entendeu-se que:

(...) ao indicar expressamente sua aplicação a determinados segmentos da população nomeadamente homoafetivos e pessoas solteiras, a norma poderia ensejar interpretações contraditórias, com a adoção literal do texto, excluindo (...) assim outras categorias ali não expressas (BRASIL, 2020).

No mesmo lume das resoluções anteriores, o consentimento livre e esclarecido foi considerado obrigatório para os pacientes submetidos aos procedimentos de RA. Houve a impossibilidade de seleção do sexo da futura prole ou outras características, salvo para evitar doenças transmitidas pelo material genético fornecido. Manteve-se o limite quanto ao número de embriões a serem transferidos, a mesma proporção etária anterior e a vedação da redução embrionária, nos casos em que a RA gerar uma gravidez múltipla. Sobre a doação dos gametas, vedou-se, novamente, a comercialização do material genético, o anonimato entre o doador e receptor foi preservado, o limite etário para doação de gametas de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem foi mantido.

A respeito da gestação por substituição, à cessão temporária do útero:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, **desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.**

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em **parentesco consanguíneo até o quarto grau** (primeiro grau -

mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1. **Termo de consentimento livre e esclarecido** assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando **aspectos biopsicossociais** e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, **dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina da jurisdição** e, em grau recursal, ao Conselho Federal de Medicina (grifo nosso).

Em comparação com o cenário internacional, o Brasil aparenta ser um dos países mais vanguardistas, já que os casais homoafetivos e o modelo familiar monoparental são contemplados com a prerrogativa de utilização da cessão do útero. Ademais, o procedimento poderá ser realizado no país de origem ou no exterior, só ficando restrita a importação de material genético.

O primeiro óbice percebido encontra-se contido na exigência de consanguinidade entre a futura mãe de substituição e o(s) futuro (s) genitor (es). Fica discriminado que o limite da linha de parentesco será até o 4º grau e que os demais casos ficam sujeitos à autorização do CRM - o que acaba implicando em uma incerteza no que diz respeito à permissibilidade do terceiro, sem laços de consanguinidade, ser aceito (STIGERT; MELLO, 2019). Para Berenice Dias (2021, p.228), a necessidade de autorização é algo absurdo e, apesar da norma ser omissa quanto à admissão dos parentes por afinidade, deve ser garantida a possibilidade desses parentes se sujeitarem ao procedimento, no caso a sogra e a cunhada (esse entendimento também foi manifestado no artigo 17 do Projeto de Lei 3.638).

Observa-se, também, que só será permitido em casos de impossibilidade total, parcial de gestação ou quando a gravidez puder gerar riscos de vida à futura genitora. Portanto, pela regulamentação, ficará impedida a prática intentada por mera comodidade e indisposição de gerar uma nova vida.

Retomando ao caso dos casais homossexuais, quando for um casal constituído por dois homens, eles terão que recorrer ao banco de doação de óvulos, que ofertará a célula germinativa de forma anônima e sigilosa, para que a gestação por substituição ocorra a título altruístico, com a participação de um familiar até o 4º grau ou terceiro autorizado pelo CRM que cederá o útero (FRASSON, 2018). Nessa hipótese, “mais de uma pessoa participa do processo procriativo, seja fornecendo material genético, seja cedendo o útero” (DIAS, 2021, p.230).

A respeito do reconhecimento da filiação, o Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil, ao estar em conformidade com o artigo 1.593 do Código Civil, reconheceu outras formas de parentesco civil, além da forma decorrente da adoção. Com o novo entendimento, foi reconhecido o vínculo parental proveniente do uso das técnicas de reprodução assistida homóloga, heteróloga, como também da paternidade socioafetiva fundada pela posse do filho.

Por fim, em maio de 2021, o CFM revogou a resolução anterior e publicou a Resolução CFM nº 2.294 /2021. Sobre os princípios gerais inseridos no primeiro capítulo, destaca-se o item 2, já que o princípio diz que “as técnicas de RA podem ser utilizadas para doação de oócitos e na preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e **não médicas**” (BRASIL, 2021 – grifo nosso). Novamente, foi colocado que a idade máxima das candidatas à gestação por RA é de 50, salvo nos casos em que a mulher com uma idade mais avançada não apresentar comorbidades e nenhuma restrição que comprometa a sua saúde e a dos futuros descendentes, de acordo com o item 3.

Ainda sobre os princípios gerais, no que diz respeito ao número de embriões a serem transferidos, o item 7 estipulou até dois embriões para as mulheres com até 37 anos (idade anterior 35 anos); até três embriões para mulheres com mais de 37 anos (idade anterior de 36-39 anos) e, em caso de embriões euploides ao diagnóstico genético, até dois embriões, independentemente da idade. Quanto à doação de gametas, a norma deontológica pontuou que não poderá ter caráter oneroso e que a idade para as mulheres doadoras será de até 37 anos e de 45 anos para os homens, ressalvada a hipótese de exceção, “ao limite da idade feminina poderão ser aceitas nos casos de doação de oócitos e embriões previamente congelados, desde que a receptora/receptores seja(m) devidamente esclarecida (os) dos riscos que envolvem a prole” (BRASIL, 2021, p. 4).

No Capítulo 3, item 4, manteve-se o anonimato dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Sobre a criopreservação, a redação trazida no item 2 inserido no Capítulo 5 é diferente da resolução anterior, já que foi definido que “o número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito)” e na resolução anterior não havia essa limitação (BRASIL, 2021).

Já no Capítulo 4, houve o acréscimo do item 10 que afirma que “a responsabilidade pela seleção dos doadores é exclusiva dos usuários quando da utilização de banco de gametas e embriões”, e do item 11, apontando que “na eventualidade de embriões formados de doadores distintos, a transferência embrionária deverá ser realizada com embriões de uma única origem para a segurança da prole e rastreabilidade” (BRASIL, 2021, p.5). Segundo a observação de Flávio Tartuce, os dois preceitos extrapolaram a finalidade deontológica da resolução, ao tentar afastar e atenuar uma possível responsabilização civil dos profissionais responsáveis pelos procedimentos de RA:

[...] especialmente se comprovadas as suas culpas, por violação de deveres legais ou contratuais” (...) as resoluções do CFM não têm a "carga" de norma jurídica, não podendo ser admitidas como excludentes, total ou parcialmente, da responsabilidade civil dos médicos ou das clínicas, tema restrito à lei federal, de iniciativa do Congresso Nacional, por força do art. 22, inc. I, da Constituição Federal de 1988 (TARTUCE, 2021).

Quantos aos pacientes beneficiados, a atual redação manteve a alteração trazida pela Resolução nº 2.283/2020, deixando explícito no Capítulo 2 que é permitido “o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros” (BRASIL, 2021, p.3).

Sobre a gestação de substituição, a redação trazida pelo Capítulo 7 foi a seguinte:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e

riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável (BRASIL, 2021 – grifo nosso).

Novamente, a gestação por substituição foi proibida na modalidade onerosa. O grau de parentesco manteve-se inalterado; até o quarto grau e os demais casos estando sujeitos à aprovação do CRM. Sobre o público-alvo, a redação apontou que pessoas com problemas de infertilidade, esterilidade e outras causas que impeçam ou contraindiquem a gestação, em união homoafetiva, nos casos de gestação compartilhada em união homoafetiva feminina e pessoas solteiras poderão se beneficiar.

A inovação trazida ocorreu no item 1. Diferente das resoluções anteriores, a gestante temporária deve ter um filho vivo e pertencer à família dos pais de intenção. Pela conjunção “e”, extrai-se que, em uma situação hipotética, alguma mulher pertencente à família, até o quarto grau no vínculo consanguíneo e sem prole viva concebida em seu próprio ventre, deverá se sujeitar à avaliação do CRM. Entende-se que a redação apropriada seria com o emprego da conjunção “ou”, de modo que ser “candidata à gestante substituta e membro da família até o quarto grau” ou ser “candidata à gestante substituta, membro da família até o quarto grau e mãe biológica de prole viva” fossem duas situações distintas e, no máximo, alternativas, sem passar pelo crivo discricionário do CRM. Aliás, a exigência da prole estar viva representa outro excesso; basta imaginarmos uma situação em que uma mulher passa pela experiência da gestação, da maternidade e, se por ventura, seu filho já é falecido.

Quadro Esquemático 3 - Resoluções do Conselho Federal de Medicina (gestação por substituição)

	Resoluçã o 1.358/199	Resoluçã o 1.957 /2010	Resolução 2.013/2013	Resolução 2.121 / 2015	Resolução 2.168/2017 e	Resolução 2.294/2021
--	----------------------------	------------------------------	-------------------------	---------------------------	------------------------------	-------------------------

	2				2.283/2020	
Termo de Consentimento	Obrigatório	Obrigatório	Obrigatório	Obrigatório	Obrigatório	Obrigatório
Público Alvo	Mulheres capazes casadas, em união estável e pessoas solteiras	“Pessoas Capazes”	Pessoas capazes, solteiras, relacionamentos homoafetivos	Pessoas capazes, solteiras, relacionamentos homoafetivos e por gestação compartilhada	Pacientes heterossexuais, homoafetivos, transgêneros, gestação compartilhada	Pacientes heterossexuais, homoafetivos, transgêneros, gestação compartilhada
Faixa Etária	Não mencionado	Não mencionado	Até 50 anos para pacientes. Para doação de gametas 35 anos mulheres e 50 anos homens	Até 50 anos, reservado a possibilidade de autorização para pessoas com idades mais avançadas. Para doação de gametas 35 anos mulheres e 50 anos homens	Até 50 anos, reservado a possibilidade de autorização para pessoas com idades mais avançadas. Para doação de gametas 35 anos mulheres e 50 anos homens	Até 50 anos, reservado a possibilidade de autorização para pessoas com idades mais avançada. Para doação de gametas 37 anos mulheres e 45 anos homens
Grau de Parentesco	Até o segundo grau; ou aprovação do CRM	Até o segundo grau; ou aprovação do CRM	Até o quarto grau; ou aprovação do CRM	Até o quarto grau; ou aprovação do CRM	Até o quarto grau; ou aprovação do CRM	Até o quarto grau e que seja mãe de um filho vivo; ou aprovação do CRM
Cessão do útero	Permitido de forma gratuita	Permitido de forma gratuita	Permitido de forma gratuita	Permitido de forma gratuita	Permitido de forma gratuita	Permitido de forma gratuita

Fonte: Coleta e sistematização dos dados realizados pelo autor, a partir dos documentos públicos disponibilizados pelo Conselho Federal de Medicina (2021).

Cabe destacar que, segundo o enunciado 129 da I Jornada de Direito Civil, a maternidade e paternidade serão reconhecidas em observância de quem forneceu o material genético e /ou planejou a gestação, através das técnicas de reprodução assistida. Assim, no ato de registrar o recém-nascido, o Provimento 63 do CNJ emana, em seu artigo 17, III, § 1º que, quando ocorrer a gestação por substituição, "não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de

compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação" (BRASIL, 2017b). Pelo atual posicionamento do CNJ, o registro dessas crianças geradas por meio das TRA's será realizado diretamente no Cartório do Registro Civil, sem a necessidade de ser proposta a ação judicial (DIAS, 2021).

Tendo em vista as peculiaridades trazidas pelas resoluções e as restrições sem força de lei impostas, cabe destacar algumas normas do Código de Ética Médica que se contrapõem ao que vem sendo aplicado. “Dos princípios fundamentais” inseridos no Capítulo 1, o inciso I considera que a medicina é uma profissão a serviço do ser humano e da coletividade e, justamente por isso, deverá ser exercida sem discriminações. Dessa forma, no momento em que uma resolução considera como beneficiária ideal o modelo de família heterossexual ou permite que somente as mulheres possam utilizar os tratamentos, há um nítido banimento dos outros grupos estigmatizados que não compõem essa seleta parcela.

Já no inciso XXI, “no processo de tomada de decisões dos profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais”, o médico deverá aceitar as escolhas de seus pacientes relacionadas aos procedimentos, diagnósticos e tratamentos terapêuticos, desde que sejam adequadas ao caso e tenham respaldo científico e legal. No Capítulo IV “Dos direitos humanos”, o artigo 24 veda ao profissional da área de saúde “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. Essas duas normas revelam que não cabe aos médicos, por exemplo, impedir ou colocar óbices aos pacientes que queiram utilizar uma determinada técnica, tais como quando consideram o caráter de subsidiariedade de determinadas escolhas, tendo essas que passar por aprovações de outros órgãos, mesmo quando não contrariam a lei e não geram riscos aos interessados.

5.2. Dos projetos de lei

Pela inexistência de um aparato legal regulando a temática concernente à aplicação das técnicas de reprodução assistida, havendo somente uma ampla discussão política, doutrinária, diretrizes emanadas pela comunidade científica e médica, sobretudo com as resoluções do Conselho Federal de Medicina, no ano de 1993, o Deputado Luiz Moreira do PFL /BA criou Projeto de Lei nº 3.638. Já no artigo primeiro, foi apontado que essas técnicas têm por finalidade auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, ao facilitar o processo

de procriação que não obteve êxito e após os outros métodos terapêuticos mostrarem-se ineficazes e ineficientes.

Outros pontos importantes que foram elencados nos princípios gerais dão-se nas questões atinentes à vedação da eugenia, ou seja, o controle das características de fenotípicas e de gênero, sendo permitida a aplicação da técnica apenas para evitar doenças hereditárias da futura prole. No que diz respeito ao controle sobre os casos de gravidez múltipla decorrente das TRA's, foi proposta a proibição da redução embrionária, conforme o artigo 7º; e sobre a doação de gametas e pré-embriões, segundo o artigo 10º, inserido no Título IV, sendo vedado o caráter lucrativo e comercial da doação, resguardando-se sempre o sigilo sobre a identidade dos doadores (BRASIL, 1993).

No tocante à utilização desses procedimentos, ficou apontado no Título II, “Dos usuários da Técnica de RA”, no artigo 8º, que é permitido para “toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não afaste dos limites desta lei (...) desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado” e, conforme o parágrafo único desse artigo, nos casos em que a mulher esteja casada ou em união estável, exigiu-se a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Após essas normas gerais, foram introduzidas no Título VII algumas normas para aplicação da “gestação por substituição”, onde há a “doação temporária do útero”. Em seu artigo 13, ficou apontado que as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem conduzir a aplicação da técnica, caso haja algum problema médico que impeça ou que gere alguma contraindicação na doadora genética. Nesse ponto, ficou evidente duas formas de controle sobre a técnica, quais sejam: o caráter de excepcionalidade da técnica, sendo permitida após a tentativa de procriação pela conjunção carnal ter sido infrutífera, tal como pela utilização de outras TRA'S e outros tratamentos terapêuticos; ainda, sendo permitida nos casos que há a aplicação da técnica de forma homóloga, sendo exigido, portanto, que parte do material genético seja dos futuros genitores.

Na sequência dessas restrições, o parágrafo primeiro exigiu que as futuras doadoras temporárias do útero pertencessem à família até o segundo grau de parentesco, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM). Já no parágrafo segundo, apontou-se, novamente, a vedação do caráter lucrativo das TRA'S, não tendo sido permitida a doação temporária do útero por meio dos contratos onerosos.

No ano de 1995, a Comissão de Seguridade Social e Família, sob relatoria da Deputada Ceci Cunha, deu um parecer favorável ao projeto. Apontou-se que o Deputado Luiz Moreira, após se basear na Resolução nº 1.358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina,

obteve sucesso na redação proposta e que a aprovação se faz necessária para que haja a devida regulação dessas relações privadas inseridas no contexto de grandes avanços tecnológicos, pois a sociedade brasileira é marcada por uma forte estratificação social e a ausência de um aparato legal nessa seara poderia representar a anuência para a manutenção de relações de dominação. Para Ceci Cunha, as inovações técnicas devem estar dentro do limite da dignidade da pessoa humana, respeitando-se os valores éticos da coletividade, pois essas inovações introduzem elementos novos que questionam e, de certa forma, abalam as bases culturais, religiosas, os valores morais e éticos.

Em 1998, por unanimidade, a Comissão de Seguridade Social, após uma reunião ordinária, aprovou-o nos termos do parecer da Deputada Ceci Cunha. Em fevereiro de 1999, nos termos do artigo 105 do Regimento interno da Câmara dos Deputados²⁷, o projeto foi arquivado, tendo sido desarquivado nos termos do parágrafo único desse artigo, no mesmo ano. Em 2001, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, sob relatoria do Deputado Fernando Coruja, votou apontando que a matéria é de competência da União, inserindo-se nas competências do Congresso Nacional.

De forma preliminar, foi apontado que o texto proposto por Moreira era respaldado pela constitucionalidade e boa técnica legislativa, sugerindo somente pela revogação do artigo 15 que propunha a “revogação das disposições em contrário” (BRASIL, 1993), ante a presença de cláusula revogatória genérica. No ano de 2002, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação revogou o artigo 15 da redação original, sobre a relatoria do Deputado Aldir Cabral. Atualmente, esse projeto encontra-se arquivado.

Ainda sendo incipiente o debate acerca das técnicas de reprodução assistida no Brasil na década de 1990, Confúcio Moura, deputado do PMDB, na condição de autor, propôs o Projeto de Lei 2.855/1997. Na redação, as principais justificativas apontadas para a proposta de regulamentação legal se deu pelo contexto de constantes avanços tecnológicos e científicos da biomedicina e biotecnologia e poucas fontes normativas regulando o assunto, na época. Moura destaca que o legislador deve sempre buscar disciplinar matérias que rompem o eticamente aceitável pela sociedade, ao mesmo tempo em que possibilitamos os avanços da pesquisa no campo da RHA, sob pena de o ordenamento jurídico tornar-se lacunoso, omissos e, no governo das leis, vigorar a “lei do neoliberalismo biológico” (BRASIL, 1997, p.77).

²⁷ Para maiores informações sobre o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, vide a Resolução nº17, de 1989 disponível em:< <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>>. Acesso em:12 set. 2021.

Torna-se importante constatar que, quando o deputado utiliza a expressão “neoliberalismo biológico”, aparentemente, há uma crítica à onda neoliberal consolidada no contexto internacional, após o Consenso de Washington em 1989 e, no âmbito interno, na década de 1990 nos governos do Collor de Melo e do Fernando Henrique Cardoso. No Brasil, esse momento histórico foi marcado por uma forte defesa pela desarticulação da atuação estatal nas políticas públicas e outras políticas prestacionais, sob as vestes ideológicas resgatadas da ideologia liberal que propunha a livre iniciativa do mercado, a abstenção estatal para regular as relações privadas, sobretudo, as de cunho contratual e patrimonialistas. Nessa ótica, ainda nas fundamentações, é asseverado que “não podemos cair, jamais, na extrema positividade de tudo permitir, em nome da liberdade de iniciativa no campo científico”, devendo esse direito ser sempre “batizado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1997, p77).

Sobre a Reprodução Humana Assistida (RHA), tal como foi proposto no PL nº 3.638/93, foi apontado no artigo 2º que as novas técnicas têm por finalidade conferir uma orientação médica para os casos de infertilidade ou esterilidade, após as outras técnicas terapêuticas mostrarem-se ineficazes na procriação humana. Isso demonstra, um aparente controle sobre a livre escolha do paciente na utilização desses mecanismos como primeira alternativa. Novamente, as utilizações desses procedimentos foram permitidas para as mulheres consideradas capazes, independentemente do seu estado civil, conforme o artigo 4º. Nesse ponto, quando comparamos com o artigo 8º do projeto elaborado por Moreira (1993), percebe-se uma maior autonomia conferida à mulher, por não exigir, explicitamente, a aprovação do cônjuge ou companheiro, nos casos em que há um matrimônio e união estável.

Sobre a doação de gametas ou pré-embriões para que haja a fecundação heteróloga, o artigo 9º, inserido no Título II, aponta que deverá ocorrer mediante contrato altruístico, formal e sigiloso, sendo vedada a comercialização e estímulos financeiros. Sobre o doador, foi proposto no artigo 12 que ele também deve ser civilmente capaz e que o interessado deve comprovar a incapacidade de transmitir doenças, principalmente, as hereditárias.

“Da gestação por substituição” inserida no Título III, o artigo 15 torna a prática permitida nos casos em que a futura mãe legal não consiga desenvolver a gravidez, por motivos congênitos ou por enfermidade, algum problema de saúde adquirido que gere a infertilidade ou risco de gestação. Novamente, nessa proposta, houve a vedação da doação temporária do útero na modalidade onerosa, sendo permitida somente a altruística, sem caráter comercial ou lucrativo.

Agora, sobre quem poderá figurar como gestante por substituição houve uma ampliação do grau de parentesco, já que no artigo 17 permitiu que a doadora tenha o grau de parentesco até o 4º grau, consanguíneo ou afim, apesar de ter mantido a aprovação por parte do Conselho Nacional de RHA nos casos em que essa terceira não apresente o grau de parentesco exigido.

Nesse projeto, ao contrário do anterior, redigiu-se um título com quatorze artigos especificando as penas para as infrações e sanções praticadas. Desses, destaca-se o artigo 38, que imputa a pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa nos casos em que há a fecundação de óvulos com finalidade distinta da procriação humana e o artigo 41, que imputa a mesma pena para os casos de comercialização ou industrialização de pré-embriões ou células germinativas. Esses dois dispositivos normativos, salvo melhor juízo, poderiam ser utilizados para penalizar a gestação por substituição onerosa, quando houvesse algum contrato comercial que promovesse lucro à gestante ou nos casos de venda do próprio material genético, na gestação por substituição heteróloga.

No mesmo ano da proposição, a Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) não apresentou nenhuma emenda ao texto. Na data de 02 de fevereiro de 1999, o projeto foi arquivado pelos termos do artigo 115 do Regimento Interno, tendo sido desarquivado em outubro desse mesmo ano. Em 2000, a CSSF, sob relatoria do Deputado Jorge Costa, deu parecer favorável ao pedido de modificação feito pelo Deputado Sérgio Carvalho sobre a redação do artigo 13. Assim, aprovou-se a emenda relacionada à regulação da quantidade de filhos do doador do material genético, cortando a expressão “2 filhos no mesmo Estado” e reescrevendo-o com a regra “mais de 1 filho numa unidade da federação”. Nesse mesmo ano, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, não apresentou nenhuma emenda ao PL.

Sobre o processo de tramitação desse projeto, em 2001 foi apensado ao projeto em tela o PL 4.665/2001. No ano de 2003 houve, novamente, o arquivamento e o desarquivamento por força do artigo 115 do Regimento Interno. Ainda nesse ano, também foi apensado o PL 1.135/2003 de autoria do Deputado Pinotti - PMDB/SP, quando houve a última seção legislativa. Desde 2007, tal documento encontra-se arquivado, após o pedido de desarquivamento efetuado pelo Deputado Neucimar Fraga ter sido indeferido, por não cumprir os requisitos do artigo 105 do RICD.

Sobre o PL 1.135 de 2003, a redação do seu artigo terceiro define a reprodução assistida como sendo a “intervenção médica no processo de procriação, com o objetivo de resolução de problemas de infertilidade humana ou esterilidade, considerando riscos mínimos à paciente ou o possível descendente”, apontando em seu artigo 9º que as TRA’s serão

permitidas, novamente, para as mulheres capazes no termo da Lei e que, estando casadas ou em união estável, será necessário a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Sobre a Gestação por Substituição, o artigo 16 inserido no Capítulo VIII apontou que a técnica são pode ser aplicada caso exista algum “problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética”. Propôs o grau de parentesco entre a mãe de interesse e a gestante por substituição at o segundo grau, deixando os demais casos sujeitos   autorização do CRM e vedou o caráter lucrativo da técnica.

Isso indica que o modelo de família privilegiado pelo direito   procriação através da reprodução assistida está nos moldes da união heterossexual, que se torna aplicável e mais favorável na condição da reprodução homóloga e não heteróloga, que houve um excesso de paternalismo e controle sobre os direitos reprodutivos e a autonomia sobre o próprio corpo, ao reduzir o grau de parentesco e deixar as demais hipóteses ao crivo do CRM. No capítulo destinado à imputação das penas e restrições para a utilização dessas ferramentas, houve a criação de 6 artigos, indo do artigo 20 ao artigo 26. Por exemplo, no artigo 23 foi previsto a pena de reclusão de 3 a 6 anos, e multa para os casos de comercialização ou industrialização de material genético e no artigo 24, houve a criação de uma pena de reclusão de 2 a 4 anos, e multa para os casos de utilização das técnicas de reprodução assistida sem a obtenção do consentimento livre e esclarecido “dos beneficiários, dos doadores, dos depositantes e de seus cônjuges ou companheiros” (BRASIL, 2003). Embora o Direito Penal tenha sido invocado nesse projeto, a redação deixou claro que:

[...] seguindo a tendência mundial de utilizar o Direito Penal tão somente em último caso, para não haver uma banalização e assim, conseguir uma real eficácia exclusivamente nos casos em que necessário (*ultima ratio*), foram criminalizadas apenas quatro condutas, **deixando-se a punição das demais infrações para os Direitos Civil e Administrativo** (BRASIL, 2003, p.17 – grifo nosso).

Sob autoria do Senador L cio Alcântara - PSDB/CE, o Capítulo I do PL 1.184 de 2003 aponta que o objetivo central da proposta é trazer a regulação das TRA’s no que tange a implantação dos gametas ou embriões, fertilizados *in vitro*, no organismo das mulheres receptoras. Já o artigo primeiro, inciso I, define que os beneficiários dessas técnicas serão às mulheres ou os casais que almejam utilizá-las, mediante o consentimento livre e esclarecido.

Ainda na parte geral, o artigo 2  delimita as hipóteses de utilização, ao dizer que esses tratamentos serão empregados somente para os casos de infertilidade e para prevenção de doenç as genéticas relacionadas ao sexo, devendo haver indicação médica para a sua utilização

e exigindo que a receptora seja uma mulher civilmente capaz, apta física e psicologicamente, após avaliação médica e que o doador também comprove ter aptidão psicofísica. Já no artigo terceiro é asseverado que a gestação por substituição deve ser proibida (BRASIL, 2003b).

No que diz respeito às infrações e penalidades elencadas no Capítulo VII, dos três artigos e seus os dezoito incisos, cabe destacar o artigo 19, inciso I que prevê como crime a prática da gestação por substituição, seja na condição de beneficiário, intermediário ou executor, com uma pena de reclusão de 1 a 3 anos, e multa; o seu inciso VII, que visa controlar a quantidade de embriões implantados na futura genitora com a limitação de 2, sob o risco de incorrer na prática de crime com a pena de reclusão de 1 a 3 anos, e multa. Ainda sobre esse PL, foram pensados 20 projetos de lei, ao longo da ação legislativa, sendo a última ação datada 02 de julho de 2019, momento em que se aguarda o parecer do relator Dep. Diego Garcia do PODE / PR na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Apesar da proibição expressa do uso da gestação por substituição, esse projeto teve uma redação bem estruturada, ao elencar de forma precisa as normas gerais, as questões éticas e jurídicas. Cita-se como exemplo o artigo 4º inserido no Capítulo II “Do Consentimento Livre e Esclarecido”:

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterà necessariamente os seguintes esclarecimentos: I – a indicação médica para o emprego de Reprodução Assistida, no caso específico, com manifestação expressa dos beneficiários da falta de interesse na adoção de criança ou adolescente; II – os aspectos técnicos, as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Reprodução Assistida disponíveis e os custos envolvidos em cada uma delas; III – os dados estatísticos referentes à efetividade dos resultados obtidos no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de Reprodução Assistida; IV – os resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos efeitos indesejados nas técnicas de Reprodução Assistida, em geral e no serviço de saúde onde esta será realizada; V – as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida; VI – os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 13 desta Lei; VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente; VIII – demais requisitos estabelecidos em regulamento. § 1º O consentimento mencionado neste artigo será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável e será firmado conforme as normas regulamentadoras, as quais especificarão as informações mínimas que lhes serão transmitidas. § 2º No caso do § 1º, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida (BRASIL, 2003).

Ainda sobre esse projeto, em uma recente matéria trazida pela Veja, Rodrigo Rosa, Diretor da Clínica Mater Prime localizada em São Paulo, afirmou que as propostas trazidas pelo deputado tornarão os tratamentos por RHA impraticáveis (VIDALE, 2021). Dos pontos elencados, criticou-se a limitação da fertilização de apenas dois óvulos; a proibição da biópsia embrionária – procedimento importante para diagnosticar alguns problemas que comprometem o tratamento; a proibição de congelamento dos embriões e exigência da transferência a fresco; a retirada da doação anônima das células germinativas – em termos práticos, sendo uma forma para desestimular os doadores e dificultar os projetos parentais dos interessados (VIDALE, 2021).

Quadro Esquemático 4- Projetos de Lei para o tratamento da Gestação por Substituição no Brasil

Projetos de Lei TRA's – Gestação por Substituição				
	PL 3.638/1993	PL 2.855/1997	PL 1.135/2003	PL 1184/2003
Termo de Consentimento	Obrigatório	Obrigatório	Obrigatório	Obrigatório
Público Alvo	Mulheres capazes; quando casadas ou em união estável, sendo necessário aprovação do parceiro	Mulheres capazes, independentemente do estado civil. Nos casos em que a futura mãe legal, por defeito congênito ou adquirido, não possa desenvolvê-la.	Mulheres capazes; quando casadas ou em união estável, sendo necessário aprovação do parceiro	Mulheres ou casais que almejam utilizar
Faixa Etária	Não mencionado	Não mencionado	Não mencionado	Não mencionado
Grau de Parentesco	Até o segundo grau	Até o quarto grau, consanguíneo ou afim, com autorização do CRM	Até o segundo grau, os demais casos sujeitos à autorização do CRM	Proibido
Cessão do útero	Permitido de forma gratuita	Permitido de forma gratuita	Permitido de forma gratuita	Proibido, seja de forma gratuita, seja na modalidade onerosa
Crime e penalidades	Não mencionado	Art.41. 1 a 3 anos de reclusão, e multa para comercialização ou industrialização de pré-embriões ou células	Art.23. 3 anos a 6 anos de reclusão, e multa para comercialização ou industrialização de	Art.19, inc.I, 1 a 3 anos de reclusão, e multa

		germinativas	pré-embriões ou células germinativas	
--	--	--------------	--------------------------------------	--

Fonte: Coleta e sistematização dos dados realizados pelo autor, a partir dos documentos públicos (2021).

Em virtude do vácuo normativo, dos distintos projetos de lei criados para regular esse fenômeno da vida, da dificuldade do judiciário para ponderar os casos levados à justiça, Oliveira e Lima (2016) concluem que a falta de legislação específica tem uma ligação direta com a dificuldade de compreensão das técnicas de reprodução assistida em caráter ético e social. As autoras (OLIVEIRA; LIMA, 2016, p 468), com base nos entendimentos de Hryniewicz e Sauwen (2000, p. 99), afirmam que “estes vácuos normativos originam-se da dificuldade em se reproduzirem normas de alta complexidade subjetiva, que atingem valores fundamentais na sociedade, principalmente os imbuídos à família”.

6. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA (IM) POSSIBILIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO PELA TEORIA CONTRATUAL NO BRASIL

Rolf Madaleno (2018, p.716), com base na anotação de Belmiro Pedro Welter, afirma que na maioria dos ordenamentos jurídicos prevalece o entendimento de que mãe é aquela que dá à luz e que, por isso, os contratos de gestação por substituição são despidos de efeitos jurídicos, sendo inclusive um ilícito penal.

Além das críticas já destacadas no capítulo 4, há uma grande cautela em tratar sobre esse nicho de discussão, já que o consentimento jurídico, por meio contratual ou pelo instrumento particular proposto pelas resoluções do CFM, pode representar, em alguns momentos, uma mera ficção jurídica que, por meio da abstração e formalidade, reproduzem situações de dominação e de assimetrias entre as partes, sendo uma armadilha na tutela dessas manifestações de vontade. Seja por meio do Termo de Compromisso estabelecido pelos pais de intenção e a gestante substituta sobre o uso da técnica, estabelecendo as questões referentes ao reconhecimento do vínculo de filiação, da parentalidade, as obrigações e os deveres basilares para a boa consecução do procedimento, seja por meio da criação de contratos onerosos, gratuitos, *sui generis*, dentre as outras propostas de enquadramentos na teoria contratual, parte da doutrina ainda é contrária à tentativa de formalização expressa da gestação por substituição.

Buscando destacar alguns pontos levantados pela doutrina sobre um possível enquadramento da técnica de reprodução assistida através da gestação por substituição na teoria geral dos contratos, temos que: os negócios jurídicos podem ser considerados como “manifestações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente” e que estejam em consonância com o ordenamento jurídico (PEREIRA, 2014, p.400). Das classificações propostas pelo autor, o negócio jurídico pode se dar a título oneroso quando há a criação de consequências jurídicas que geram benefícios, vantagens e encargos para as partes, enquanto, por título gratuito, quando o benefício propriamente dito ocorre somente para uma das partes à custa da diminuição patrimonial e de esforços da outra que terá, tão somente, uma atitude, geralmente considerada altruística, para que haja o benefício de outrem (PEREIRA, 2014, p.418).

Sendo o contrato um ato jurídico *lato sensu*, ou seja, tendo uma manifestação volitiva humana como elemento norteador que pretende atingir como objetivo a criação, alteração e a extinção de direitos e deveres, será um negócio jurídico por excelência que, tradicionalmente,

é associado aos efeitos patrimoniais oriundos da manifestação de vontade bilateral ou plurilateral que gerarão efeitos *ex voluntate*, de acordo com a vontade das partes envolvidas (PEREIRA, 2014; TARTUCE, 2017). Apesar dos negócios jurídicos contratuais buscarem resguardar os efeitos trazidos pelas relações de onerosidade que envolvam os interesses patrimoniais, Caio Mario Pereira (2006, p.7) aponta que os contratos devem ser definidos como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”, ou seja, o contrato pode envolver os aspectos patrimoniais, como direitos não patrimoniais, diante dos contratos que envolvam os direitos de personalidade (LIMA; SÁ, 2018, p.23).

No tocante à personalidade, segundo os dizeres de Perlingieri (2007), essa não será propriamente um direito subjetivo²⁸, mas um valor fundamental do ordenamento jurídico que abarcará uma série aberta de situações existenciais mutáveis e, portanto, não sendo possível estabelecer todas as hipóteses e situações que carecerão de tutela. Assim, o bem da vida tutelado será o valor da pessoa, “sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre-exercício da vida de relações” (PERLINGIERI, 2007, p.155-156). Como reflete Sergio Negri (2016, p.7), pelo fato da personalidade humana, da autodeterminação serem construídas dentro de contextos coletivos é que a proteção à pessoa humana deve sempre levar em conta que “a compreensão da personalidade como valor mostra-se também fundamental em contextos coletivos, para que o ser humano receba tratamento jurídico adequado, que prestigie tanto a autonomia individual como a sua pertença ao coletivo”.

Quando se aborda a temática relacionada à gestação por substituição, vê-se que essa possibilidade pode ser definida como um negócio jurídico contratual. Essa técnica pressupõe duas (ou mais) manifestações de vontade, sendo que nessa relação bilateral há emissões

²⁸ De acordo com PIETRO PERLINGIERI (2005, p.13 apud TEPEDINO; OLIVA, 2016, p. 232): “Soggetto non è personalità; quando ci si limita al solo profilo della soggettività, del attitudine cioè ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive non s’è ancora detto che si discorre di personalità. La personalità è valore obiettivo, interesse, bene giuridicamente rilevante. Valore e bene che si attuano in forma dinamica dalla nascita alla morte della persona, la quale, a sua volta, si sviluppa con una propria formazione, con una propria educazione, con proprie scelte. Tutto questo attiene alla dinamica della personalità, alla personalità come valore e non come capacità giuridica o soggettività. Una tale concezione consente anche di superare l’equivoco della dottrina, dovuto al seguente sillogismo: capacità giuridica, quindi soggettività, significa personalità; e poichè anche la persona giuridica è soggettività, essa avrebbe capacità giuridica, la tutela della personalità non si limiterebbe alla persona fisica ma s’estenderebbe alla persona giuridica. Si vuole, cioè, prospettare la tutela della personalità in forma unitaria, mettendo sullo stesso piano, per lo meno tendenzialmente, la persona fisica e la persona giuridica. È un grosso equivoco, molte volte non inconsapevole, dovuto ad una scelta che non è rispondente ai principi della Costituzione” (La persona e i suoi diritti, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 13).

volitivas com mútuo consentimento, com uma coincidência sobre o objeto, além da possibilidade de se gerar efeitos patrimoniais (PEREIRA, 2014). Diante dos desafios enfrentados no reconhecimento e aceitabilidade da prática, resta o grande debate sobre qual classificação essa manifestação volitiva deveria se encaixar, se haveria respaldo somente para contratos gratuitos por gestação por substituição ou se, sobretudo pela autonomia das partes, se há a possibilidade para contratos onerosos.

Cardin, Guerra e Santos (2015), ao refletirem sobre os limites da disposição do próprio corpo no tocante aos contratos onerosos oriundos da gestação por substituição, afirmam que, por mais que haja uma manifestação de vontade por pessoas plenamente capazes, os objetos mediato e imediato sempre recairiam sobre a pessoa humana:

[...] a cessão do útero consistiria em uma obrigação de fazer, contudo, a partir do nascimento do bebê, a próxima prestação contratual seria uma obrigação de dar, em relação à entrega da criança, e o objeto mediato deste contrato recairia sobre o próprio recém-nascido, havendo claramente a coisificação da pessoa humana (CARDIN, GUERRA; SANTOS, 2015, p. 87).

Contudo, como ensina Miguel Reale (2001), o objeto de uma relação jurídica pode ser uma pessoa, coisa ou uma prestação, já que objeto será aquilo que incide o vínculo de atributividade. Em conformidade com a teoria intersubjetiva da relação jurídica, uma pessoa humana pode figurar como objeto de direito em uma relação jurídica, posto que o sentido da palavra “objeto” deve ser interpretado como “em virtude da qual o vínculo se estabelece”, todavia, “não se pode admitir é que a relação jurídica se estabeleça entre uma pessoa e uma coisa: só pessoas podem ser sujeitos de uma relação jurídica, e sem duas ou mais pessoas ela não se constitui” (REALE, 2001, p. 204; TEXEIRA, 2005). Guilherme Oliveira exemplifica essa questão citando o fato de uma criança ser objeto jurídico dos seus pais, desde que o poder parental seja exercido em favor do melhor interesse da criança ou adolescente (OLIVEIRA, 1992, p.43 apud ABREU, 2008, p.88).

Como bem observado por Cavalcanti e Schwartz (2018), a Resolução do CFM de 2015 optou por deixar de utilizar o termo “contrato de gestação por substituição” e passou a usar o “termo de compromisso”. Apesar disso não ter resolvido o debate, os pesquisadores salientam que o “contrato de gestação por substituição” não seria uma simples relação obrigacional entre as partes, com a simples criação de obrigações recíprocas e responsabilidades em casos de descumprimento, mas que essa forma contratual estaria representando um contrato *sui generis*, não sendo um contrato com a finalidade de estabelecer

obrigações de dar, fazer ou não fazer, mas seria, no entanto, um pacto “que permitiria às partes apenas e tão somente reconhecer e estabelecer intenções de filiação” (CAVALCANTI; SCHWATZ, 2018, p.15).

Ainda, tal como foi apontado anteriormente, apesar das tentativas infrutíferas de analogias e enquadramento legal com a Lei de Transplante de Órgãos e suas normas que incriminam a venda de tecidos, o próprio fato de não existir uma legislação específica regulamentando o assunto, delimitando o seu gozo e traçando ponderadas limitações, demonstra que a liberdade dos contratantes deve ser respeitada, inclusive pela emanção constitucional trazida pelo art. 5º, inciso II, que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Daí que, para o civilista Orlando Gomes, temos que a liberdade de contratar conferida aos contratantes representa o poder de suscitar os feitos jurídicos que almejam perquirir, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente (GOMES, 2007 apud PRESGRAVE; ARAÚJO, 2018). Por essa definição, Presgrave e Araújo (2018, p.14) consideram que esse conceito carrega três aspectos, quais sejam: a liberdade de contratar como sendo uma autorregência de interesses entre as partes, a liberdade para estipular o tipo de contrato que será mais conveniente para as partes e a liberdade de estabelecer o seu conteúdo.

Visando demonstrar que o negócio jurídico proveniente do contrato de gestação por substituição não deve ser considerado nulo, torna-se necessário fazer um enquadramento sobre o seu uso e os planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos. No plano da existência, a doutrina costuma analisar os elementos essenciais do negócio jurídico, quais sejam: a declaração de vontade, o objeto e a forma, porém, analisa-se que a mera declaração de vontade externalizada e dirigida para obtenção de um fim específico, para um resultado desejável, já tornaria o negócio existente no mundo dos fatos. Ancorado nos ensinamentos de Saleilles, Caio Mário pontua que a vontade, enquanto pressuposto do negócio jurídico, deve ser exteriorizada, pois apesar da vontade interna trazer a força jurígena, será a sua declaração que a tornará conhecida para a produção dos efeitos pretendidos (PEREIRA, 2014).

Em paralelo com esses elementos, poderão existir os elementos naturais que são inseridos pelo próprio ordenamento através das normas supletivas, caso não sejam retiradas pela manifestação de vontade das partes e os elementos acidentais, responsáveis pela modificação da eficácia do negócio jurídico (AMARAL, 2002, p.398). Como aponta o artigo 104 do Código Civil, para que o negócio jurídico seja válido, será necessário que os sujeitos inseridos nessa relação sejam capazes, para que haja a manifestação de vontade;

que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que haja forma prescrita ou não defesa em lei. E, por fim, o plano da eficácia sendo destinado a analisar se o negócio jurídico terá aptidão para produzir os efeitos jurídicos em consonância com a legislação e com a vontade das partes.

Pelo plano da validade, conforme a norma retromencionada, a manifestação da vontade dar-se-á, tal como vem sendo proposto pelas resoluções do CFM e dos projetos de lei, pelo termo de consentimento, onde as partes deverão assiná-lo, após o devido conhecimento da técnica, suas implicações físicas e psicológicas, sobre os riscos inerentes à própria gestação, pela própria compreensão da ressignificação do sentido atribuído à maternidade transcrito à luz do projeto parental. Ana Teixeira (2005) compreende que a concordância da gestante temporária em se submeter à técnica, levando a gestação até o final, entregando a criança aos pais de intenção, representa um requisito relevante para a configuração da validade.

É de se destacar que nem todas as pessoas possuem a capacidade de fato e, justamente por isso, o sistema jurídico fornece mecanismos para tutelar os níveis de incapacidade civil, além do Código Civil em seu artigo 166, I dizer que o negócio jurídico será nulo, quando celebrado por uma pessoa absolutamente incapaz e que será anulável, nos casos de incapacidade relativa do agente, conforme a regra do artigo 171, I (PEREIRA, 2014; TEPEDINO; OLIVA, 2016). Porém, com as modificações trazidas pela Lei N° 13.146 de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que fora responsável por alterar a compreensão da capacidade, a capacidade para exercer os atos da vida civil tornou-se a regra e a incapacidade uma exceção. Para Gustavo Tepedino e Milena Oliva²⁹ (2016, p.235-236), o antigo modelo de proteção abstrato à pessoa humana, tolhia a autonomia do incapaz na sua esfera existencial como na escolha de “constituir família, procriar, registrar filhos, interferir na educação destes”, aprisionando-os em esquemas abstratos e formais. Por isso, Perlingieri diz que:

O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em conta o grau e a qualidade do déficit psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas de força totalmente desproporcionadas e, principalmente, em contraste com a realização do

²⁹ Sobre as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil de 2002, recomenda-se a leitura do texto “Personalidade e Capacidade na Legalidade Constitucional” escrito por Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/30890584/Personalidade_e_capacidade_na_legalidade_constitucional>.

pleno desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 2008, p.781 apud TEPEDINO; OLIVA, 2016, p.235)

Ao considerar como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos e ter trazido o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, o artigo 1.783-A do Código Civil disciplinou o conteúdo normativo responsável por auxiliar a pessoa com deficiência a se inserir nos contextos sócio-jurídicos - no caso em tela, de materializar o seu direito humano à procriação mediante o uso das TRA's. Somente em casos excepcionais, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, sendo que o instituto será empregado para situações protetivas extraordinárias envolvendo atos de natureza patrimonial e negocial e, dessa forma, não alcançando o “direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (TEPEDINO; OLIVA, 2016, p. 240).

No tocante à (i) licitude, será analisado se a prática está em consonância ou não com a lei, com a praxe e se atente aos padrões de aceitabilidade traçados pela moralidade pública e pelos bons costumes, além da exigência do objeto inserido no negócio jurídico ser determinável ou determinado.

Não obstante, os maiores argumentos utilizados para justificar a ilicitude ocorram pela expressa vedação sobre a venda de órgão e tecidos pela Constituição, juntamente com o artigo 13 do Código Civil que proíbe o livre uso do corpo quando implicar em sua diminuição permanente sem o aval médico, o tema merece um tratamento com maior acuidade, já que a argumentação mostra-se falha e incoerente, porque a técnica gera, somente, uma cessão do útero e não a sua doação ou venda e a placenta onde a criança será gestada não é um órgão e, dessa forma, não implicará na diminuição corpórea de forma permanente, após o nascimento, já que a placenta nada mais é do que um anexo embrionário proveniente do folheto germinativo do embrião (CARDIN, GUERRA, SANTOS, 2015). Nesse aspecto, para considerar essa modalidade inválida e contrária à ordem legal, dever-se-ia comprovar que o uso da técnica traz como consequência alguma afronta à incolumidade física da paciente capaz de comprometer de forma danosa a sua saúde.

Quanto à questão dos bons costumes, segundo Anderson Schreiber (2013, p.38), “os bons costumes são, antes de tudo, costumes. E o direito não deve se prestar a proibir tudo aquilo que não seja costumeiro, sob pena de abandonar sua tarefa mais elevada: a de ser um instrumento de transformação social”. Retomando o debate introdutório abordado no segundo capítulo sobre o biopoder e o controle sobre a reprodução dos corpos dóceis, temos que o campo do Direito é binário, ou seja, marcado pelo banimento, pela valorização e

desvalorização de determinados corpos para atender aos desígnios da biopolítica (SANTOS 2007), onde o controle parte pela articulação de juízos práticos, jurídicos, que têm como base uma moral pré-constituída em relação a determinadas práticas, instituições e corpos sociais que serão desvalorizados e sofrerão uma repreensão (SILVA, 2014).

Assim, o juízo apriorístico de que toda cessão temporária do útero representa uma forma contemporânea de instrumentalização do corpo feminino inserido em um contexto de vulnerabilidade socioeconômica, que a técnica mostra-se como uma aberração à sacralidade do corpo e da maternidade e que a mesma estaria afetando diretamente a dignidade da pessoa humana em sua dimensão objetiva e subjetiva, tem como fonte uma análise que não parte de um juízo sobre a “exploração do corpo em si ou das relações corpo-pessoa”, mas de juízos que visam impedir a “publicidade de um corpo ou um comportamento socialmente desvalorizado” (SILVA, 2014, p. 59). Valéria Cardin e Andryelle Camilo (2009), por enxergarem que a maternidade não gera uma diminuição permanente no corpo da mulher geratriz, apontam que os contratos onerosos não devem ser vistos como imorais e contrários aos bons costumes, pois apesar de terem um caráter pecuniário, possuem um forte teor humanitário e altruístico, diante da participação dessa mulher no projeto parental dos interessados.

Portanto, dizer que o uso da técnica é uma prática imoral e contrária aos bons costumes, implica decifrar um mundo edificado por valores conservadores que, através dos seus juízos apriorísticos e dos condicionamentos sociais para a perpetuação dos padrões comportamentais desejáveis no projeto de governabilidade (CASTRO-GÓMEZ, 2005), cria-se um modelo de instituição familiar heterossexual marcado por maiores privilégios, onde a mulher é colocada em posição vulnerável e carecedora de proteção, de controle e sujeitada a sofrer punições em caráter pedagógico nas suas microrrelações pelo pátrio-poder, que tem em sua gênese uma relação machista de abusos, e pelo macropoder, já que o próprio Estado paternalista mune-se das repreensões trazidas pelo Direito Penal para impor os desígnios “naturais” do corpo sacro feminino que deve engravidar, gestar e nutrir com afeto a prole que sai do seu ventre, sob o risco de sofrer com as penas que vão do cerceamento das liberdades ao pleno ostracismo. Como elucidada Elizabeth Vieira (2002, p.38), quando a natureza feminina age de forma diametralmente oposta à essência maternal, afetiva e reprodutiva, desviando-se das normas impostas sobre o seu corpo, a leitura social de mulher “degenerada” e de mãe “desnaturada” surgirá. Schreiber (2013), ao refletir sobre o termo “bons costumes” inserido no artigo 13 do Código Civil e sobre o seu escopo proibitivo, enxerga que a expressão foi

essencial para dar suporte jurídico ao biopoder, por auxiliar a manutenção do *status quo* que favorecia a agenda política da classe dominante.

Inexoravelmente, essa leitura social conservadora é incompatível com as novas correntes que buscam considerar a pessoa humana, em sua singularidade e vivências, como um ser capaz de manifestar os seus interesses existenciais, além do fato da desbiologização das relações intersubjetivas implicar em uma releitura das intersubjetividades pelo norte afetivo que torna mãe e/ou pai uma pessoa que ama o seu filho, fornecendo-o condições necessárias para o seu crescimento, desenvolvimento psicofísico, acolhendo-o em suas necessidades para que a sua vida seja digna. As questões atinentes ao gênero, à sexualidade, à união matrimonial ou não, tornam-se elementos acidentais e não principais sobre o que é figurar na posição de parentalidade e de filiação, diante dos vínculos afetivos e sociais que ultrapassam o simples vínculo familiar identificado pela ligação genética.

Quanto ao objeto ser possível, tal será pelo próprio aprimoramento da biotecnologia que tem o poder de transformar o estado das coisas e reverter a infertilidade e outros problemas estruturais, biológicos dos sujeitos interessados em se tornarem pais, através de seu planejamento parental. Será determinado ou determinável, pois a incerteza não é caracterizada, já que os contratantes podem escolher a técnica mais compatível com as suas necessidades e há a possibilidade desses adultos capazes e autônomos manifestarem o seu pleno consentimento para figurarem nos polos de contratante e de contratado.

Sobre a forma não prescrita ou não defesa em lei, apesar de não existir lei específica regulando a gestação por substituição como mencionado, os princípios da autonomia privada, as normas sobre o planejamento familiar, por exemplo, dão respaldo para licitude da prática, diante da previsão do artigo 4º da LINDB que prevê a utilização dos princípios gerais, dos costumes para analogia em casos de lacuna legal. Ainda, o fato de não existir lei faz com que a prática não possa ser proibida, fazendo com que o princípio da liberdade das formas contratuais seja preservado para atender ao melhor interesse das partes, como aduz o artigo 107 do CC. Porém, na tentativa de se buscar um enquadramento do contrato advindo pela gestação por substituição nas formas contratuais codificadas, verifica-se um possível enquadramento com o contrato em espécie por prestação de serviços, em razão de esse representar um negócio jurídico onde o prestador compromete-se a realizar uma determinada atividade lícita para satisfazer o interesse do tomador, mediante certa e determinada remuneração (TARTUCE, 2017).

Nessa esteira, Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 108), por considerarem a possibilidade do enquadramento profissional da “locadora do útero”, essa teria um direito a ser

recompensada pelos serviços gestacionais prestados e que, apesar da remuneração ser adquirida após a entrega da criança, o recém-nascido não deve ser visto sob um prisma que instrumentaliza a sua existência ao negócio jurídico oneroso gerado pelos pais contratantes e pela gestante, pois nessa relação não se está comprando uma criança, mas sim pagando por um serviço prestado com certas especificidades.

Aliás, a crítica quanto à instrumentalização do nascituro mostra-se infundada, posto que no direito pátrio adota-se a teoria natalista, ou seja, a atribuição de personalidade jurídica à pessoa humana só ocorre com o nascimento com vida. Logo, o nascituro que será gestado por meio dessa técnica não tem a sua dignidade afetada, justamente por não ser pessoa e sim um ser humano em potencial. A proteção que lhe é conferida encontra-se na Lei n. 11. 804 de 2008 que “assegurou ao nascituro os alimentos gravídicos, compreendendo valores suficientes para cobrir despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto” (MADALENO, 2018, p.706).

Defendendo esse enquadramento contratual, Rizzardo (2007) opina que a gestante por substituição terá um série de compromissos, deveres e posturas com os pais contratantes e que, a remuneração se faz pertinente devido à série de cuidados e de privações que essa mulher terá sobre próprio corpo para que haja o desenvolvimento sadio do nascituro. A forma onerosa será lícita não por visar somente ao custeio da alimentação da mulher, ou para que ela respire ou desempenhe alguma outra função biológica e vital, mas por buscar retribuí-la onerosamente por um serviço prestado e que implica uma série de sacrifícios em sua esfera social (RIZZARDO, 2007, p. 515).

Já no plano da eficácia, verifica-se se o contrato por gestação terá aptidão para produzir os efeitos jurídicos pretendidos, no caso, o reconhecimento jurídico da filiação proveniente do uso da TRA. Embora haja doutrina que alegue a ineficácia desses contratos pela justificativa que o *status* de parentalidade e de filiação pairam sobre direitos existenciais e que, portanto, são indisponíveis para negociações, sobretudo, as de natureza onerosa (BARBOZA, 1993), considera-se que a eficácia se dará mediante a lavratura da certidão de nascimento da criança reconhecendo o projeto parental manifestado por meio do termo de consentimento entre a gestante por substituição e os pais contratantes. Com isso, o negócio jurídico que se tornou existente pela externalização das vontades livres e conscientes do procedimento, válido pelos aspectos supracitados, também será eficaz.

O Código Civil, em seu artigo 1.593, ao dizer que as relações de parentesco podem ocorrer pela via natural ou civil, conforme a consanguinidade ou outra origem, demonstra a tentativa do legislador de compatibilizar a relação pai e filho às mudanças da biotecnologia,

especialmente, quando traz a norma que possibilita a fertilização artificial homóloga, incluindo a *post mortem* e a possibilidade da sua modalidade heteróloga como hipóteses de presunção de filiação, no seu artigo 1.597. De acordo com Maria Helena Diniz:

O vínculo jurídico existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial (DINIZ, 2009, p.452).

Ainda sobre a presunção de filiação tratada nesse artigo, o Enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil considera que, quando o uso das TRA's envolver material genético de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada e, como consequência, gera-se uma “presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”.

As restrições relacionadas à gratuidade ou não dos contratos de gestação por substituição e o grau de parentesco, apesar de serem normas deontológicas e não jurídicas, acabam por limitar o uso desses procedimentos para determinados grupos o que, sob o prisma jurídico, implica uma “intolerável violação ao livre planejamento familiar dos candidatos a pais e ao direito sobre o próprio corpo das candidatas a gestantes substitutas” (LIMA, SÁ, 2018, p.27). Desse modo, a proibição da criação dos contratos onerosos sobre o próprio corpo está atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, está ligado a uma ideia de sacralidade e inviolabilidade (SILVA, 2014). Por esse raciocínio, a doutrina majoritária considera que o titular do direito ao corpo terá uma limitação do seu poder de disposição e deverá observar as restrições estabelecidas em lei, costume, não podendo ocorrer de forma permanente ou ocasionar uma perda da função de determinada parte corpórea - sendo a vida e a integridade física os limites naturais de disposição do corpo vivo (CATÃO, 2004).

Dito isso, definição traçada por Denis Franco Silva sobre os atos de disposição do próprio corpo é de suma importância para levantar o questionamento de que, um indivíduo plenamente racional, no gozo de capacidade decisória, pode sim querer se valer da sua prerrogativa de se autogovernar e dispor do seu corpo em partes ou inseri-lo em contextos “patrimonializáveis”, sem que isso implique, necessariamente, uma conduta indigna, imoral ou ilícita:

[...] os atos de disposição acerca do próprio corpo devem ser analisados quanto ao seu enquadramento a norma em três hipóteses distintas, quais sejam: i) ato de disposição não transcende os limites de exercício do poder soberano da pessoa; ii) o ato de disposição transcende os limites de exercício do poder soberano da pessoa e invade a esfera de soberania pessoal da outra; iii) o ato de disposição transcende os limites de exercício do poder soberano da pessoa, inserindo-se, ainda que mediante autorização, na esfera de soberania de outro e produz consequências relevantes na esfera pública relacional (SILVA, 2014, p.66).

Nesse ínterim, no que tange ao ato de disposição do próprio corpo, mesmo havendo a vedação de tais atos quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, como elucida o Código Civil em seu artigo 13 e, inobstante o legislador tenha se valido dessas expressões abstratas e demasiadamente amplas para buscar tutelar objetivamente a dignidade da pessoa humana, dever-se-ia utilizar o aparato normativo para proteger subjetivamente o indivíduo e não a coletividade humana, evitando-se a “sujeição de um conjunto de identidades minoritárias aos desígnios de uma maioria”, diante da dignidade subjetiva de cada pessoa (SILVA, 2014, p.61).

Maria Berenice Dias (2021), além de defender a possibilidade da gestação por substituição em sua modalidade onerosa, sintetiza o seu pensamento dizendo que não devemos falar em nulidade por ilicitude do objeto, pela alegação de que ocorre a comercialização da criança gestada, muito menos que seria um ilícito penal na hipótese do artigo 242 do CP. Para a autora, “trata-se nada mais do que um negócio jurídico de comportamento, assumindo a gestante um obrigação de fazer que culmina com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho” (DIAS, 2021, p.228).

Conforme preceitua Alerta Acosta Cindy (2011, p.94), a gestação por substituição é uma técnica baseada na livre decisão de adultos que exercem os seus direitos e prerrogativas, sem prejudicarem a si ou a terceiros. Aliás, por tal técnica, todos os participantes envolvidos se beneficiam: a criança recém-nascida, em tese, não teria nascido sem o uso de TRA, já que ela é utilizada, na maioria dos casos, para auxiliar no planejamento familiar quando os pais de intenção têm problemas de infertilidade, quando são solteiros, etc. Ainda, tal criança será acolhida por um núcleo familiar fortemente marcado pelos laços socioafetivos; os pais de intenção terão a oportunidade de realizar o seu sonho e ter seu próprio filho com o êxito do seu planejamento familiar; e a gestante substituta, além de ajudar os interessados no uso da técnica, de gestar uma nova vida, também poderá ter alguma compensação financeira, caso haja a possibilidade de contratos onerosos, que servirá para o seu sustento ou para ajudar terceiros que, geralmente, são seus familiares (CINDY, 2011).

Pelas questões controversas envolvendo a autonomia dos indivíduos, Stefano Rodotà (2011), ao tratar sobre as dificuldades de compatibilização dignidade da pessoa humana e a autodeterminação das pessoas, indaga: o ideal de uma vida digna pode ser imposto a alguém, mesmo que essa cláusula geral de tutela vá de encontro à essência humana no tocante à individualidade, contrastando com os ideais de vida da pessoa a ser tutelada e, assim, com a compreensão particular existencial? A dignidade poderia limitar a capacidade de governar a existência desse sujeito? Diante dessas indagações, Rodotà defende que a dignidade deve ser encarada com “o reconhecimento da humanidade profunda das pessoas, da sua liberdade de determinar-se, protegida de qualquer forma de imposição externa, mesmo que seja justificada com o argumento ‘vamos fazer o seu bem’” (2011, p.11)³⁰.

Portanto, para que haja um tratamento adequado do tema, além de fazer essas indagações profundas sobre a compatibilização da autonomia dos indivíduos com proteção à dignidade humana, devemos sempre buscar “evidenciar a vida individual e a sua imersão nas relações sociais” (RODOTÀ, 2017, p.5). Tal como foi colocado no segundo capítulo, o estudo sobre o corpo e a sua inserção no mundo jurídico e institucional é o primeiro passo para traçar a solução para esse problema e outros que envolvam, diretamente, a vida humana, as suas vivências e escolhas. Rodrigo da Cunha Pereira, ao tentar enfrentar a discussão sobre a possibilidade dos contratos onerosos na gestação por substituição, lança uma afirmação bem precisa e que sintetiza a posição traçada ao longo do trabalho, qual seja:

[...] o corpo é um capital físico, simbólico e econômico. Os valores atribuídos a ele são ligados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas. (...) Não seria a mesma lógica a que permite remunerar o empregado do mês pela a sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas, e considerada moral? O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço (útero) para que ele seja gerado. Portanto, não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito (PEREIRA, 2016).

6.1.ASPECTOS FÁTICOS DA TRHA POR SUBSTITUIÇÃO DA GESTAÇÃO

Apesar da técnica não possuir uma legislação específica e das normas deontológicas trazidas pelo CFM proporem somente a gratuidade da gestação por substituição, limitarem a faixa etária dos doadores do material genético, das receptoras da técnica, além de trazer

³⁰ No original: “[...] la dignità è il riconoscimento dell’umanità profonda delle persone, della loro libertà di determinarsi, al riparo da qualsiasi forma di imposizione esterna, anche giustificata con l’argomento ‘facciamo il tuo bene’” (RODOTÀ, 2011, p.11).

limites sobre o grau de parentesco entre a doadora temporária do útero e a dos terceiros interessados em estabelecer um projeto parental, dos diversos PL's criminalizarem a RHA com fins comerciais, no mundo fático existe uma grande procura pela sua utilização, inclusive, uma grande demanda e oferta para a criação de contratos onerosos.

Em uma matéria jornalística trazida pela BBC intitulada como “Carrego o seu filho por 100 mil: o mercado online da barriga de aluguel” (LEMOS, 2018), foi averiguado que existe uma grande demanda e inúmeras propostas para utilização da gestação por substituição com a finalidade lucrativa em diversos grupos da plataforma Facebook, mediante ofertas que orbitaram de “R\$ 15 mil a mais de R\$ 100 mil, além de despesas com a gravidez e estada quando necessário” (LEMOS, 2018).

Em um dos relatos trazidos, Isabel, jovem professora de 22 anos do estado de São Paulo, afirmou ter aceitado a proposta feita por um casal para gestar seu futuro filho, por uma quantia de R\$ 40 mil reais e do comprometimento dos pais de intenção no custeio das despesas advindas durante a gestação, dos alimentos gravídicos (LEMOS, 2018). Para a doutrina, o valor atribuído aos alimentos gravídicos toma como base a possibilidade do alimentante e não uma relação direta com a proporcionalidade dos seus ganhos, tendo como limite as despesas decorrentes da gravidez e sendo possível impor o auxílio para os exames médicos necessários (DIAS, 2021, p.818).

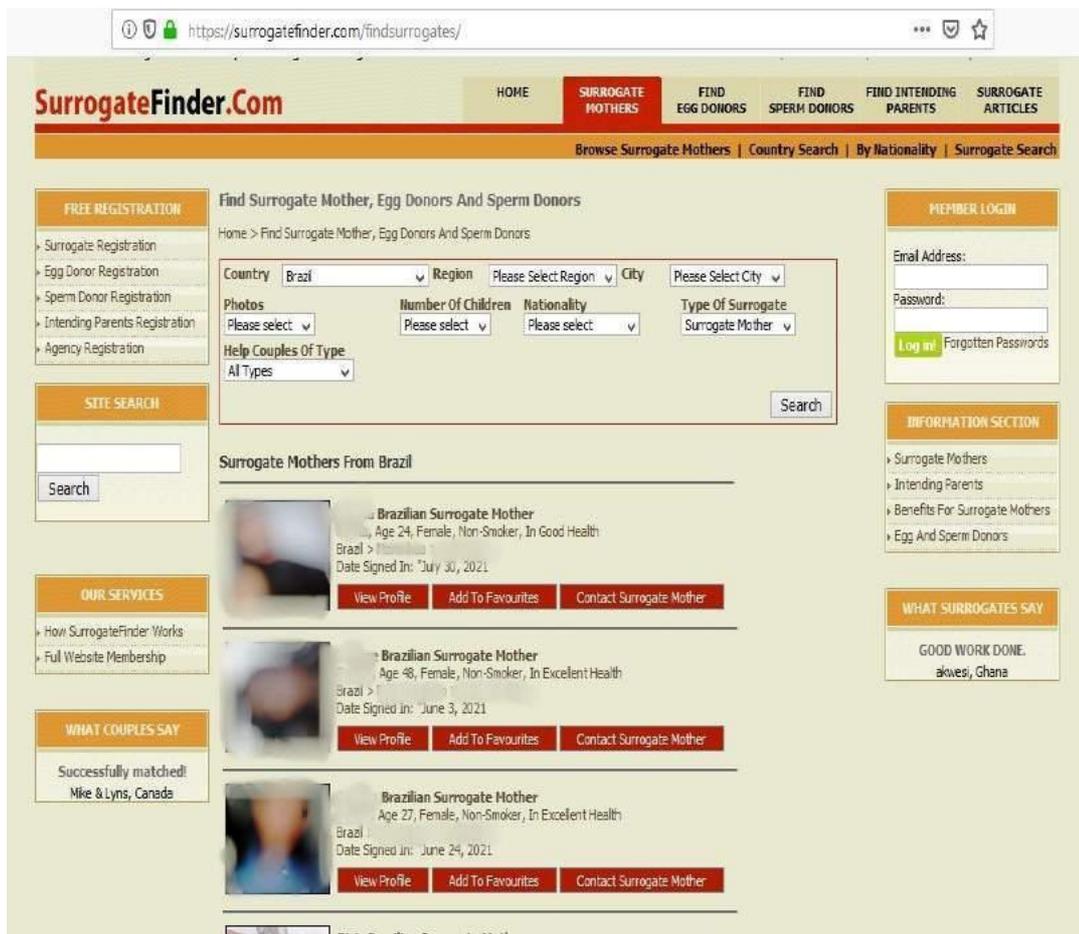
Diante dessa reportagem, buscou-se verificar se e como essas propostas estão ocorrendo no ambiente virtual. Assim, fazendo uma simples busca na plataforma Google com as expressões “barriga de aluguel”; “gestação por substituição onerosa”; “ser mãe de aluguel” identificou-se diversos grupos no *Facebook* no Brasil e websites com a possibilidade de cadastro para que as mulheres interessadas a se tornarem gestantes substitutas.

Nos dias dois e três de agosto de dois mil e vinte um, foi identificado um sítio eletrônico bastante intrigante chamado “*Surrogate Finder*”. Em tal site há a possibilidade das candidatas ao procedimento fornecerem os seus dados sensíveis³¹ como o tipo de modelo familiar que eles teriam interesse de auxiliar, sua idade, etnia, peso, anexar fotos, estipular os valores para o custeio do tratamento, de modo a facilitar a sua intermediação com os futuros

³¹ Segundo a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 5º, considera-se: I - **dado pessoal**: informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável; II - **dado pessoal sensível**: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III - **dado anonimizado**: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico (BRASIL, 2018, grifo nosso).

pais de intenção. A Figura 1 é uma captura de tela dessa plataforma, para ilustrar as facilidades para a realização desse acordo e de outros como a doação do material genético.

Figura 1 – Sítio eletrônico para o cadastro das mulheres interessadas em cederem seu útero temporariamente

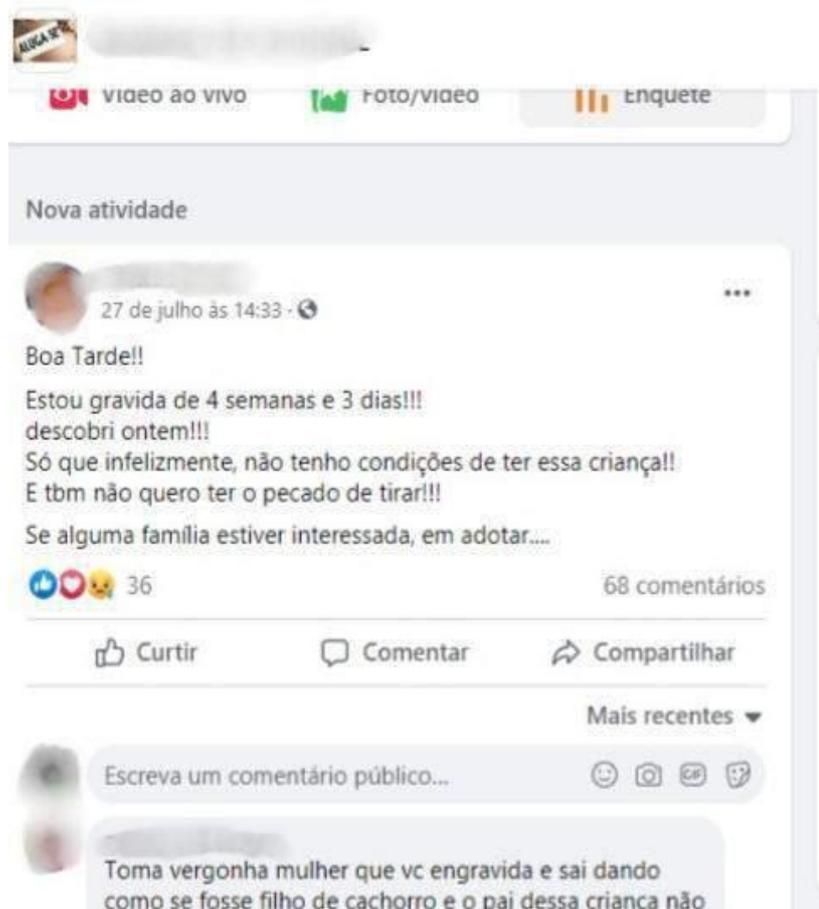


Fonte: Captura de tela pelo autor (2021). Disponível em < <https://www.surrogatefinder.com/> >. Acesso em: 03 ago. 2021.

As próximas figuras foram extraídas de um grupo aberto inserido na rede social *Facebook* (2021) com a mesma destinação do sítio eletrônico supracitado. Embora o cerne seja a intermediação de pessoas para o uso da gestação por substituição, foi observado que o termo utilizado na descrição do grupo, nas postagens e nos comentários foi a expressão coloquial “Barriga de Aluguel” ou a sua abreviação “BA”. Outro ponto observado ocorreu com a confusão mencionada no trabalho existente no âmbito doutrinário e jurisprudencial, qual seja: a confusão da gestação por substituição com o crime apelidado de “adoção à brasileira” tipificado no artigo 242 do Código Penal Brasileiro.

Na Figura 2, encontra-se uma postagem sobre uma possível oferta de adoção, antes mesmo do nascimento com vida da criança gestada. No comentário inserido na postagem, uma terceira pessoa demonstrou aversão à oferta, demonstrando ter ciência de que a postagem contrariava os interesses do grupo.

Figura 2- Exemplo da adoção à brasileira no ambiente virtual



Fonte: Captura de tela pelo autor de um grupo inserido na rede social *Facebook* (2021).

A Figura 3 representa um questionamento de uma usuária se as publicações para “doações de bebês” são legais e os comentários de outras usuárias. Baseadas no *sensu* comum e em uma concepção midiática e virtual de “justiça”, de que crime é matar, torturar, afogar crianças e que as propostas de adoção teriam um aspecto altruístico, humanitário, ao acolher os filhos indesejados, independentemente de negociações onerosas.

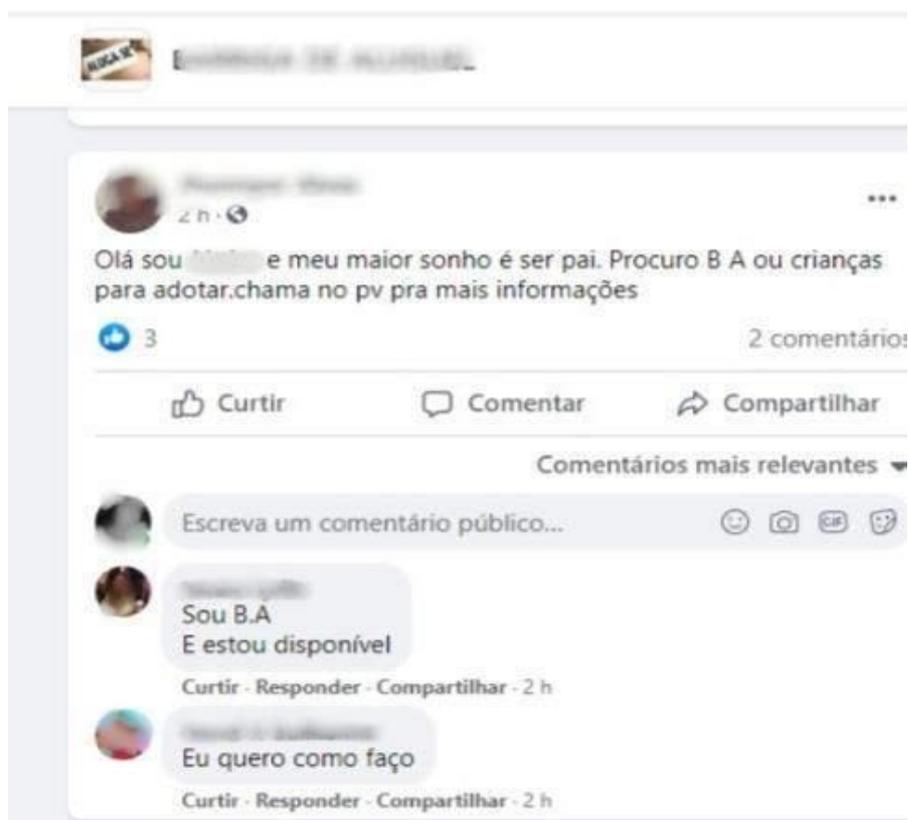
Figura 3 - Postagem de uma usuária indagando sobre a postura de negociação da adoção



Fonte: Captura de tela pelo autor de um grupo inserido na rede social *Facebook* (2021).

Como pode ser verificado na Figura 4, um homem expõe o seu interesse em se tornar pai e disse que está procurando alguma candidata a “BA” ou alguma criança para adotar (fato tipificado no artigo 242 CP). No mesmo momento da publicação, como pode ser observado duas mulheres tiveram interesse em tentar negociar.

Figura 4 - Exemplo da adoção à brasileira e Gestação por Substituição no ambiente virtual



Fonte: Captura de tela pelo autor de um grupo inserido na rede social *Facebook* (2021).

Já a Figura 5 envolve um acordo mal finalizado para a consecução da gestação por substituição. De acordo com a descrição do fato trazido pela usuária, um casal heterossexual a procurou e propôs que o procedimento fosse iniciado na modalidade onerosa. Além da quantia acertada para que a mulher pudesse gestar a criança, os pais de intenção se comprometeram a custear a inseminação artificial homóloga, além dos gastos médicos, alimentos gravídicos, por exemplo.

Após o sucesso da inseminação, o casal desistiu do procedimento em decorrência de uma briga que pôs fim à relação e, em decorrência disso, a gestante foi colocada em uma posição de incertezas. Sem ser mãe do filho que gesta, ou seja, sem ter o vínculo afetivo, ou mesmo, o interesse para prosseguir com esse projeto parental desejado pelos terceiros contratantes, a mulher fez uma proposta no grupo em questão para que alguém pudesse assumir os gastos restantes, pagá-la mais 5 mil reais e, assim, ficar com a criança.

Esse caso demonstra os principais problemas gerados pela ausência de uma legislação específica e do debate público esclarecendo como a técnica é realizada, quais os limites e deveres que as partes interessadas deverão se comprometer. Dito isso, cabe retomar a posição

de Biroli sobre a necessidade de ouvir as mulheres, pois isso representa um requisito necessário para romper com a “falsa universalidade dos critérios que se definem a partir das experiências dos homens. A voz das mulheres não levaria a uma essência ou autenticidade feminina, mas permitiria acesso ao que singulariza sua posição como indivíduo” (BIROLI, 2014, p.55).

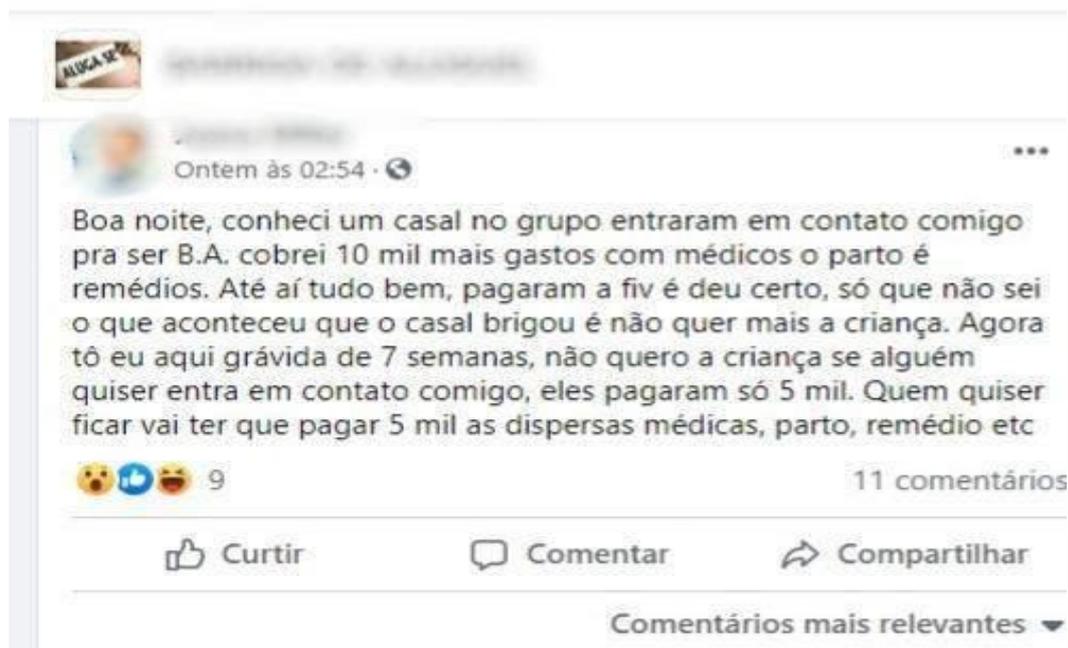
Novamente, após a desistência dos pais de intenção, houve a confusão dessa técnica com o crime previsto no artigo 242 do CP, no momento em que a gestante fez essa proposta na internet, praticamente, vendendo a criança para os terceiros que pudessem ofertar a quantia estipulada.

Esse efeito em cadeia de situações fez com que a gestante deixasse de ser apenas uma vítima do sistema “clandestino de barrigas de aluguel” suscitado pelos juristas e doutrinadores que tentam criminalizar a TRA, por analogias em *malam partem* e passasse a incorrer no crime supracitado. Por isso, cabe pôr em destaque a crítica traçada por Perlingieri sobre a aplicação cega do Direito, dos seus institutos e das suas normas, sem antes enfrentar situações paradigmáticas que colocam em cheque algumas compreensões prévias que arquitetam a construção social da realidade e, em paralelo, toda a agenda de biopoder preexistente:

[...] o Estado de Direito não pode se limitar ao estado das leis. Os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as decisões, os conceitos não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos para o conhecimento desta realidade. Por isto, devem ser instrumentos adequados à realidade”, para que a finalidade emancipatória da lei seja concretizada (PERLINGIERI, 2019, p.1).

Além dessas questões, esse caso descrito colocou o nascituro em uma situação de barganha e mercadoria, pela tentativa de venda àqueles que não criaram o projeto parental. Por mais que existam críticas sobre o consentimento e a autonomia da vontade das pessoas inseridas em situações de vulnerabilidade social e econômica, a ausência de um contrato, de um termo de compromisso, de um aval normativo e jurídico delimitando os direitos e deveres e, até mesmo técnico, por parte das clínicas privadas, a ausência de algum instrumento ou negócio jurídico, gerou uma situação mais gravosa à mulher e ao nascituro, demonstrando que, o debate jurídico crítico deve ocorrer visando aprimorar as técnicas de proteção à pessoa e não gerar um esvaziamento desses temas sensíveis, mediante análises rasas e que generalizam as problemáticas do dia a dia.

Figura 5 - Exemplo de negociação da Gestação por Substituição e da adoção à brasileira



Fonte: Captura de tela pelo autor de um grupo inserido na rede social *Facebook* (2021).

Analisando a situação e os possíveis obstáculos jurídicos e os estigmas sociais diretamente ligados à técnica, no que diz respeito ao controle sobre o corpo feminino e ao fato do paternalismo estatal adotar políticas de controle sobre a procriação humana, Isabel Lemos afirmou que:

É triste que seja considerado crime, porque não vejo problemas. As pessoas estão pagando para a gestante, por ela colocar a vida em risco. Enquanto os pais realizam o sonho de ter o bebê, a barriga de aluguel também precisa receber algo em troca (...) não queríamos correr o risco de o Conselho de Medicina não aprovar, então optamos por não solicitar a permissão. Mas não vejo como algo errado o que estou fazendo. São apenas pessoas querendo ajudar as outras, cada uma da sua forma (LEMOS, 2018).

Destaca-se que essa postagem revela as latentes vulnerabilidades que as partes contratantes podem sofrer, diante da possibilidade da relação contratual onerosa ser interpretada como prática criminosa, sob o enquadramento da previsão constitucional que veda a comercialização de órgãos e tecidos humanos; além dos riscos inerentes à gestação, dos casos excepcionais envolvendo o abandono das crianças gestadas, da possível quebra da relação contratual, seja pela gestante que cria o vínculo com o feto a ser gestado, seja por parte dos futuros pais, doadores ou não do material genético, que desistem do procedimento após tê-lo iniciado. Todavia, deve-se ter em mente que:

Nos contratos de gestação em geral, independentemente de as legislações pátrias os aceitarem ou não, deve-se cuidar de suas consequências, mesmo que sejam violadas, quando os mesmos não são admitidos. As crianças que já nasceram e que nascerão fruto do recurso da maternidade de substituição, não devem, obviamente, ser objeto de sanção ou consideradas inválidas ou inexistentes, nem devem esquecer de seus laços de sangue com os pais genéticos (ABREU 2005, p.52)

Em 2012, no processo nº. 8009569-57.2012.8.13.0024, o requerente almejava que o registro de nascimento do seu filho fosse diferente daquele apresentado na DNV (Declaração de Nascido Vivo), pois em tal documento constava que a mãe era a gestante substituta. A sentença proferida pelo TJMG considerou que os termos da DNV deveriam ser desconsiderados com relação à maternidade, para que houvesse a consignação da maternidade e paternidade biológicas, já que o material genético utilizado era correspondente aos genitores responsáveis pelo planejamento familiar. Essa decisão foi importante na época, pois o caso foi levado à justiça antes da existência do Provimento 63 do CNJ. Portanto, na gestação por substituição, o registro de nascimento poderá ser feito no nome de quem desejou o filho, sendo indiferente a questão dos pais de intenção serem também os pais biológicos (DIAS, 2021, p.229).

Ainda, cabe destacar alguns pontos dessa apreciação judicial. No primeiro momento, ao refletir sobre as inúmeras discussões que pairam sobre o uso da gestação por substituição, inclusive quando ela ocorre com fins exclusivamente humanitários, a ausência de uma legislação regulando-a “permite que o entendimento, caso por caso, faça dessa modalidade um campo apropriado para o direito alternativo, segundo o ideal ou a conveniência do julgador” (TJMG, 2012). O silêncio legal também pode gerar riscos, por exemplo, “que a criança passe a ser objeto de disputa entre a mulher que cedeu o útero e os pais biológicos”, além da possibilidade de “disputas entre a prestadora do útero e a doadora do óvulo” (TJMG, 2012). Quanto à crítica que encara o uso da técnica como uma afronta à dignidade da parturiente e do próprio nascituro, observou-se que “na ausência de lei formal, a jurisdição se louva na ética médica do Conselho Federal de Medicina”, seguindo a resolução em vigor na época dos fatos (Resolução 1.358 de 1992, do CFM).

No ano de 2014, o Dr. Luiz Cláudio Broering, Juiz de Direito da Primeira Vara de Família de Santa Catarina, no processo Nº 0800779-46.2013.8.24.0090, Florianópolis/SC, autorizou um casal homoafetivo que vivia em união estável a registrar a criança gestada por

meio da gestação por substituição com o nome dos dois pais de intenção, após uma ação declaratória de dupla paternidade. De acordo com o relatório:

A e B ingressaram com ação declaratória de dupla paternidade, alegando que: a) os autores convivem em união estável desde 16/02/2011, conforme escritura pública; b) devido ao desejo mútuo de ter filhos, procuraram uma clínica de fertilização, a qual sugeriu a participação do casal – na companhia de C, irmã de B – em um programa de inseminação artificial; c) A e C se submeteram ao ciclo de reprodução assistida de baixa complexidade (intrauterina), culminando na concepção de um embrião, em 28/10/2012; d) a gestante renunciou, por meio de escritura pública, ao seu poder familiar em relação ao nascituro (TJSC, 2014).

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, advogado e presidente do IBDFAM, na época essa decisão reforçou a coragem dos demais operadores do Direito para trabalharem com o propósito de defender a proteção de todas as configurações familiares, pois essa é a “razão de ser do IBDFAM, bem como de todos os seus membros, e de tantos profissionais que coadunam com os mesmos ideais: garantir direitos, lutar contra o retrocesso e apresentar soluções para que o afeto seja de fato respeitado como valor jurídico” (IBDFAM, 2014). Destarte, como acentua Perlingieri:

[...] o sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida (PERLINGIERI, 2002, p.244).

No REsp 1.608.005 –SC, versando sobre o caso supracitado, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em maio de 2019, foi decidido, por unanimidade, que é possível a inclusão de dupla paternidade nos casos em que uma criança é concebida mediante o uso das TRA heteróloga e com gestação por substituição, não representando uma violação ao instituto da adoção unilateral. Nesse caso, um casal homossexual masculino que vivia em união estável, valeu-se do útero solidário da irmã de um dos companheiros, para a realização do seu projeto parental, utilizando também o material genético da mesma mulher, com a finalidade de fazer o procedimento por meio da concepção intrauterina e diminuir a complexidade do procedimento.

Aconteceu que, após o Ministério Público tomar ciência do feito, apelou ao TJSC alegando que havia uma incompetência do juízo, que o feito deveria versar sobre adoção

unilateral por parte do doador do material genético masculino, pois a técnica deveria ter empregado o material genético feminino de uma doadora anônima. Logo, a tese apresentada pelo MP foi que tendo a irmã declarado à paternidade em favor do seu irmão, que em tese seria o tio da criança gestada “configuraria violação ao instituto da adoção unilateral, sendo nulo o processo, em face da incompetência absoluta da Vara de Família, pois deveria ter sido conhecido e julgado na vara da infância e juventude”. Após o nascimento da criança durante o trâmite do processo, a gestante renunciou o seu suposto poder familiar, através de um instrumento público, para que o casal postulasse em juízo a declaração de dupla paternidade.

Foram adotados os entendimentos da ADPF 132, do Enunciado 111 da primeira jornada de Direito Civil, para reforçar o reconhecimento da paternidade sociafativa nos novos arranjos familiares, que também servem como base de fundamentação da expressão relacionada às bases familiares de “outra origem” elencada no artigo 1.593 do Código Civil. Durante o relatório, foi manifestado que:

[...] formalidade não essenciais, aparências e preconceitos não podem preponderar sobre o melhor interesse da criança, impedindo-lhe de obter o reconhecimento jurídico daquilo que já é fato: o status de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado por pares homoafetivos.

No ano de 2021, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais-TJMG, na Remessa Necessária –CV: 10000205869480001, sob relatoria de Moacyr Lobato, garantiu-se ao impetrante a equiparação de tempo da licença paternidade com a licença maternidade, após ele e seu parceiro (casal homoafetivo) terem se tornado pais, por meio da gestação por substituição. Como um dos pais era servidor público, à luz do artigo 7º, inciso II, foi assegurado um período de licença de 120 dias, com integral remuneração, afirmando também que a licença maternidade e paternidade são garantias constitucionais extraídas do artigo 7º, XVIII e XIX e do artigo 10, § 1º, do ADCT, garantido aos pais e à criança a proteção do direito fundamental à convivência familiar.

Além disso, foi abordada a questão referente à vedação da discriminação das pessoas por questões atinentes ao gênero e à orientação sexual, conforme o artigo 5º caput da CRFB de 1988, do ADPF nº. 132 e do ADI nº. 4277 que reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar. A ilustração desse julgado mostra-se importante por servir como um elemento fulcral para reafirmar a pluralidade dos arranjos familiares e, com isso, o dever estatal de superar os obstáculos sociais que tentam anular os modelos familiares destoantes ao padrão social heteronormativo e impedir uma equiparação legal para demandar o

reconhecimento de garantias fundamentais que irão guarnecer esses grupos com a mesma estima social e tutela jurisdicional.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região-RS, o Recurso Cível de nº 5008785-23.2015.4.04.7102, houve uma análise sobre um pedido de concessão do salário maternidade à gestante substituta. No caso em tela, a gestante substituta, ao gestar gêmeos para a sua irmã, foi beneficiada pelo auxílio doença durante a gestação, por ter sido constatado a sua incapacidade de laborar. Porém, após o nascimento dos seus sobrinhos e da entrega imediata das crianças aos pais biológicos, a mesma demandou na justiça o benefício do salário maternidade.

Sob a relatoria do Juiz Federal Oscar Valente Cardoso, foi observado que a sua condição de gestante substituta não comportaria os requisitos para receber o novo benefício social, pois ela “não exerce, genuinamente, o papel de mãe em relação aos gêmeos que deu à luz” e que essa proteção conferida é em relação à maternidade, ou seja, à relação de convívio social entre mãe e filho. Ponto interessante nesse caso é que, embora não tenha ficado explícito, houve uma diferenciação entre ser mãe e ser gestante, tal como foi trabalhado no segundo capítulo na crítica à mística maternal (VIEIRA, 2002), já que ser mãe é um atributo social, afetivo, enquanto gestar é uma capacidade biológica das mulheres férteis.

A apelação Cível nº. 11149113820198260100-sp, sob relatoria de Hertha Helena de Oliveira, 2021, deu provimento em parte do recurso. No caso em tela, os pais da “*de cujus*”, buscando realizar o sonho da sua filha falecida em se tornar mãe, buscaram na justiça a autorização judicial para que uma terceira, antiga amiga de sua filha, pudesse se tornar a gestante por substituição. Os óvulos a serem utilizado seriam os da própria falecida, pois em vida, após ser acometida por vários problemas de saúde, ela decidiu procurar uma clínica especializada e congelar as suas células reprodutivas, para que pudesse, futuramente, procurar um banco de sêmen e se tornar mãe.

Um dos grandes problemas apontados foi que a falecida não manifestou, de forma explícita, o seu interesse em realizar a fecundação *post mortem*, já que o CFM exige a autorização expressa do doador. Nesse ponto, foi invocado o princípio da legalidade, artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal para afirmar que a resolução não tem força legal e que a mesma serve para nortear a conduta ética dos médicos envolvidos, pois é apenas uma “resolução do órgão de classe”. Portanto, para que houvesse um devido juízo seria necessário se perquirir se haveria ou não algum prejuízo a alguém. Foi constatado que não, pois a doadora não tinha nenhum herdeiro, com exceção dos seus próprios genitores – os maiores interessados em realizar o sonho da sua filha. Aliás, o próprio irmão da falecida que,

supostamente poderia se sentir lesado, no momento de eventual partilha, manifestou nos autos que gostaria que esse projeto parental lograsse êxito e fosse autorizado. Dito isso, considerou-se possível suprimir o consentimento expresso da falecida, para autorizar os autores a utilizar o seu material genético.

Outra questão levantada na análise dos pedidos deu-se quanto ao pedido referente à autorização do juízo para a gestação por substituição ocorresse através do útero cedido pela amiga escolhida, juntamente com a autorização para que algum cartório lavrasse alguma escritura pública declaratória de compromisso. Apontou-se que a declaração de vontade da gestante independe de autorização judicial e que a atual resolução do CFM não exige instrumento público para manifestar a vontade da cedente, mas somente que essa manifestação se dê via termo de consentimento, sendo esse um instrumento particular.

Quanto à possibilidade de a amiga poder gestar ou não, embora tenha ficado claro que ela tivesse uma relação próxima com a falecida e seus familiares, que não possuía nenhum interesse financeiro, seria primordial uma análise prévia do CRM, pois o órgão é capaz de avaliar a viabilidade desse procedimento na gestante candidata, fazendo avaliações psicológicas e as condições físicas. Por último, não foi autorizado o pedido de adoção prévio em favor dos avós, pois esse deve ocorrer após o nascimento da criança, levando em consideração o seu melhor interesse, após os devidos estudos sociais e psicológicos atinentes às circunstâncias particulares do caso. Mediante o provimento parcial dos pedidos, a utilização dos oócitos da falecida foi autorizada, juntamente com o registro da criança com o nome da sua genitora.

Holisticamente, cabe asseverar que esses casos apresentados evidenciam uma mudança sobre a compreensão dos laços familiares e como a biotecnologia vem ampliando as formas de organização social, tal como foi trabalhado no Capítulo 3, e trazendo incertezas quanto ao melhor tratamento. As novas demandas colocadas sob apreciação do judiciário relacionadas à gestação por substituição, as reflexões sobre os direitos e deveres daí decorrentes, nesse caso pela inexistência um parâmetro legal tratando o tema, reforça que o termo família sempre deve receber um tratamento jurídico condizente com uma hermenêutica constitucional emancipatória, que enfrente as celeumas geradas à luz de uma compreensão da instituição familiar como um conjunto de relações marcadas pelo afeto e que “os recentes direitos sexuais e reprodutivos reconhecem o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar cuidados científicos para solução de problemas com sua saúde sexual e reprodutiva”, tal como entende Maria Cláudia Brauner (2003, p.51-52 apud D’IPPOLITO, 2013, p.17).

Além do prisma civil-constitucional ter a sua importância no tratamento desses temas sensíveis que emergem junto com as mudanças sociais e que não compõem o rol normativo que tenta abstrair todas as relações existenciais nos manuais, uma crítica lançada por Stefano Rodotà na obra *La vita e le regole* é extremamente válida, por nos fazer refletir sobre o poder disciplinar no mundo jurídico e a sua tentativa infrutífera de tentar regular todos os aspectos da vida privada. O autor defende que certas questões, por comporem o rol de escolhas dos interessados, deveriam ser guiadas pela autonomia dos indivíduos, de modo a respeitar as suas visões, interpretações e as suas relações com os fenômenos sociais:

[...] al diritto modernamente inteso, infatti, si rivolgono sempre più intensamente richieste di disciplinare momenti della vita che dovrebbero essere lasciati alle decisioni autonome degli interessati, al loro personalissimo modo d'intendere la vita, le relazioni sociali, il rapporto con il sé (RODOTÁ, 2006, p.1 apud CROCE, 2018, p.7).

7. CONCLUSÃO

No transcorrer do presente trabalho, constatou-se que a instituição familiar passou por grandes transformações, mediante as novas lutas emancipatórias que ampliaram os discursos democráticos e marcaram um processo de “desbiologização” do conceito de família. Destarte, houve uma ruptura com a literalidade normativa trazida por antigas codificações, já que a nova hermenêutica mostrou que o *ethos* social, no processo de maturação da razão humana, passou a enxergar que a essência da família é composta, primordialmente, pelas relações intersubjetivas socioafetivas.

Dentre os grandes avanços e desafios do período contemporâneo, como foi apontado pelas análises trazidas, o direito à procriação, sob a égide da biotecnologia, trouxe novos contornos ao comportamento humano, já que muitos desejos que antes estavam no campo da utopia, tornaram-se reais. Sem dúvida, a tecnologia fora capaz de instigar a reanálise da instituição familiar e da própria concepção de autonomia sobre o próprio corpo, já que o desenvolvimento das ciências biomédicas possibilitou ampliar os debates relacionados à autonomia reprodutiva, diante dos diversos métodos terapêuticos relacionados à reprodução e contracepção (MELLO, 2021).

Tendo em vista a ruptura do método tradicional de procriação, a vida passou a não ficar adstrita ao resultado da relação sexual entre dois indivíduos de sexos opostos férteis (TEXEIRA, 2005). Os novos avanços possibilitaram que o direito à procriação pudesse beneficiar diferentes pessoas, em distintas situações, tendo em vista os empecilhos estruturais, biológicos e sociais, ampliando, assim, o rol de arranjos sociais denominados de família (STIGERT; MELLO, 2019). No que tange às vedações relacionadas à prática da gestação por substituição, como visto, as críticas respaldam-se, sobretudo, em argumentos oriundos de uma ideia abstrata relacionada aos “bons costumes”, sobre os padrões construídos e traçados como o modelo ideal a ser seguido, sobre uma noção sacra de maternidade e paternidade, a partir de um determinismo biológico.

Além desses pontos, a técnica também é criticada no contexto internacional e nacional pela sua potencial capacidade de reduzir o ventre materno cedido ao *status* de objeto. Pondera-se que é inquestionável que, em muitos casos, ocorrem desvios de conduta, como a exploração sexual de vulneráveis, mas cabe nota que existem outras formas de explorações do corpo que são socialmente aceitas e fomentadas pela agenda estatal, como a exploração dos corpos no sistema de apropriação da mão de obra física-intelectual no sistema-mundo capitalista. Nesse diapasão, casos de evidente vulnerabilidade, deverão ser protegidos pela

intervenção estatal, pois a própria resolução do CFM já exige um relatório médico apontando o perfil psicológico que ateste adequação clínica e o estado emocional de todos os envolvidos (não se configurando em um paternalismo).

Agora, pelo respeito à racionalidade humana, em alguns casos, deverá ocorrer a flexibilização dos entendimentos conservadores, a partir de cada caso concreto, mediante a devida utilização do processo de ponderação entre os meios e fins, posição essa adotada no trabalho para ampliar o grupo de sujeitos beneficiados com a TRA e, quiçá, permitir a criação de contratos onerosos na gestação por substituição, de modo que os instrumentos normativos sejam utilizados para tutelar a dignidade subjetiva do indivíduo. A proibição dessa prática de forma cega e generalizada mina os direitos de personalidade dos indivíduos, já que não se vislumbra o respeito da potencialidade construtiva de um padrão de boa vida particular, através da autonomia da vontade.

A utilização dessas técnicas não deve ser vista como um capricho por parte daqueles interessados e nem ser aconselhada como o último método a ser utilizado. Assim, a gestação por substituição deve ser vista como um meio capaz de concretizar o direito à procriação, mediante um determinado planejamento familiar. Dessa forma, retomando as reflexões sobre as passagens históricas que foram criando a noção abstrata de “direito ao corpo” e que marcaram a delimitação da autonomia reprodutiva elencadas no Capítulo 2, afirma-se que os sistemas de controle e de proteção devem passar por profundas reflexões e reelaborações mediante alternativas que coloquem a mulher como protagonista de sua vida reprodutiva, de modo a “reconhecer a centralidade das motivações e justificativas expressas pelas mulheres, tomando-as como ponto de partida para discutir a dimensão moral e ética” (BIROLI, 2014, p.53).

Enfrentar esse assunto torna-se imperial, pois o cerne do debate está em se buscar as melhores soluções para um “problema” já existente. O mero reducionismo do pensar que essas técnicas não deveriam existir, ou que, em casos de desvios à tradição familiar é dever do Estado atuar de forma paternalista para tutelar a incolumidade física-espiritual do *homo dignus* abstrato, não supre as demandas existentes na vida dos indivíduos reais. Ao invés de adotar um aparato legal progressista, a atual leniência do legislador cria vias paralelas, nebulosas e cercadas de riscos e inseguranças à população, tal como as existentes no mundo virtual em que, muitas mulheres já comercializam seu ventre, temporariamente. A proibição não aparenta ser o caminho mais acertado.

Assim, procurou-se demonstrar que, mesmo diante de inúmeras hipóteses rivais, leis e entendimentos doutrinários que buscam extinguir a técnica, colocando-a ao crivo do mundo

clandestino, a mera proibição não será capaz de impedir que o particular busque clínicas estrangeiras para a sua consumação, além de dificultar a solucionar os casos já consumados (VENOSA, 2007). Como foi apresentado no capítulo destinado aos estudos do direito comparado, até o melhor interesse da criança foi ferido pelas agências estatais, pelos obstáculos burocráticos em reconhecer os pedidos de nacionalidade das crianças gestadas no exterior por essa técnica.

Por esse viés, vislumbra-se que a panaceia para alguns dos problemas pontuados deve se guiar pelo norte de interpretação defendido por Berenice Dias (2021), que, além de defender que um possível contrato gerado não deve ser considerado nulo e que a possibilidade da relação contratual onerosa deve ser garantida como uma forma de respeito à externalização da autonomia reprodutiva feminina, de Laura Abreu (2008) que é contrária aos óbices criados para a utilização da gestação por substituição, posto que isso pode significar não dar outra escolha para muitas famílias realizarem o seu projeto parental, afetando muitas mulheres que, por não terem essa opção no rol das técnicas ofertadas, terão que suportar riscos sobre a sua própria saúde e na da criança a ser gestada e de Teixeira (2005) que afirma que a matéria de conflito de maternidade não deve ser arguida, por respeito ao planejamento familiar.

Portanto, sobre a criação do contrato oneroso, vislumbra-se que o negócio jurídico criado não deve ser considerado nulo. Generalizar todos os casos como atentatórios à dignidade da pessoa humana aparenta ser um tratamento raso e incapaz de tutelar as situações desviantes, como o caso das 33 mulheres do Camboja que foram obrigadas pelo governo a permanecerem com as crianças gestadas, das crianças abandonadas pelos pais de intenção; dos pais de intenção que recorrem às clínicas estrangeiras e se deparam com uma burocracia que impede o reconhecimento do vínculo de filiação e que, por isso, tentam driblar as normas com o instituto da adoção, dentre outros pontos sensíveis.

Além desses fatores e considerações, proibir o uso da técnica também não é a solução mais acertada, já que em uma possível proibição mais restrita, como quando a gestação por substituição é permitida somente ao modelo familiar heterossexual, casados ou em união estável, ou somente na condição de fecundação homóloga da técnica, por exemplo, excluiria as pessoas com problemas de fertilidade, pessoas solteiras, parcela da comunidade LGBTQIA+, o que seria inconstitucional no Brasil. Já a proibição absoluta, instigaria o “turismo reprodutivo”, criaria os problemas relacionados ao vínculo de filiação, reconhecimento da cidadania da criança, e, inevitavelmente, a saída que seria adotada para conter os dribles legais, provavelmente, dar-se-ia com a utilização do sistema penal e do seu poder coercitivo, com a criação de penas restritivas de

liberdade em um contexto nacional de superlotação dos cárceres, o que compromete a função de ressocialização dos detentos descrita na abstração dos manuais penais.

Esta solução aparenta ser o caminho com implicações sociais mais severas e pouco efetivas. Os projetos de lei criados para regular a técnica no âmbito nacional tentam invocar a norma penal pelo fundamento paternalista, ao traçar uma lógica de que a pena será capaz de proteger a vida da gestante, da criança e, inclusive dos pais de intenção, prevenindo-os de pôr em cheque a dignidade da pessoa humana. Porém, a implicação imposta por esse tipo de pena é capaz de evitar possíveis tentativas clandestinas, de atuar como fonte pedagógica e coercitiva e desestimular as tentativas, ofertas e buscas? A resposta adotada é que não.

Torna-se, portanto, inconcebível que as externalizações de vontade entre os indivíduos contratantes sejam desrespeitadas, pelo simples argumento de contrariedade aos padrões sociais traçados como o modelo ideal de agir. Somente em casos de comprovada exploração ao corpo feminino, diante de uma possível situação de vulnerabilidade financeira, social e emocional, é que se defende a aplicação das normas penais. Nos demais casos, por observância ao postulado da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade, seguindo a corrente abolicionista do Direito Penal, havendo uma ruptura do contrato ou algum desrespeito às diretrizes traçadas sobre o tema, será o caso de recorrer à esfera cível ou administrativa, por implicações na quebra da segurança jurídica e boa-fé.

A livre escolha das partes deve ser preservada e tratada, *prima facie*, como regra e, os casos de abusos, de descumprimento do contrato, pacto ou termo de consentimento como uma exceção. A escolha voluntária, mesmo que não seja plena, idealizável, segundo a abstração trabalhada pela literatura jurídica, pois está sujeita às maleabilidades estruturais e fáticas, não deve ser considerada inexistente, sob a pena de legitimarmos um paternalismo cego que protege de forma exasperada uma população incapaz de traçar os seus padrões privados de felicidade quanto aos desígnios da sua existência. A autonomia não se confunde, portanto, com a coerção e com as outras ações aviltantes, pois essas sim devem estar, constantemente, em observância e sujeitadas aos mecanismos de tutela à pessoa humana, de acordo com o caso concreto.

A autonomia reprodutiva na escolha desse procedimento ou de outro que melhor corresponda ao projeto parental, sobre a modalidade contratual, dentre os outros tópicos debatidos, deve ser uma prerrogativa destinada aos adultos capazes que se dispuseram a figurar como parte contratada ou contratante. Além disso, aponta-se que não cabe à comunidade médica ou aos órgãos de controle colocar condicionantes e empecilhos para a prática, salvo nos casos em que o tratamento se mostrar completamente inviável e prejudicial à saúde do paciente. Digo isso, pois, ao longo do trabalho, foi percebido um manejo de desestímulo aos projetos parentais

traçados com base na gestação por substituição, como a questão da própria adoção atuar como uma única alternativa viável e neutralizar o desejo pela filiação biológica, colocando-a como um dever moral prioritário às partes interessadas e não como uma política pública a ser tratada pelos órgãos competentes.

Justamente por isso, entende-se que a atual Resolução do CFM nº 2.294 de 2021 errou quando exigiu que a gestante tivesse um filho próprio e vivo. Entende-se que a preocupação do CFM foi válida no sentido de buscar garantir que a candidata vivesse a gestação de forma prévia, para ter certeza do procedimento, das dificuldades da gestação, das alterações que esse fato implica no seu corpo. Porém, essa obrigatoriedade não permite que a gestante substituta seja a protagonista da sua vida reprodutiva e não tenha o direito de decidir como, quando e em quais circunstâncias e finalidades a gestação deve entrar na sua vida. Por isso, tal como o rol dos princípios gerais abre uma exceção sobre a idade máxima das candidatas à gestação, entende-se que esse item deveria ser acrescido com a redação “as exceções a essa regra serão aceitas com base em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando a autonomia da paciente”.

Tal como foi apontado no início do trabalho, a dificuldade de compreensão da técnica também é intensificada pela falta de rigor terminológico. Dito isso, reforça-se que o termo mais apropriado é “gestação por substituição” e que as partes sejam definidas como “pais de intenção” ou “contratante (s)” e que a mulher responsável pela gestação seja considerada “gestante substituta” e não “mãe substituta”, já que foi adotado um posicionamento de que mãe é uma condição de afeto e não é uma condição ontológica. Assim, adota-se um posicionamento um pouco mais conservador quanto à modalidade de gestação por substituição intrauterina, defendendo que a técnica deva ocorrer sem a utilização do material genético da gestante substituta, posto que dessa forma diminuir-se-á o risco de arrependimento do procedimento e um possível conflito de maternidade com a figura da “mãe genetriz”, como ocorreu no caso norte-americano do Baby M e no caso nacional REsp 1.608.005 –SC tratado no Capítulo 6.

Por fim, esse trabalho procurou analisar os principais pontos controversos sobre a gestação por substituição, mas sem a pretensão de esgotar os diversos desdobramentos existentes. Embora esse o estudo seja considerado inacabado, reafirma-se que, para que haja uma justa proteção à dignidade da pessoa humana, a tutela normativa deve ser capaz de se guiar levando em conta “o contexto social, econômico, cultural e as necessidades psíquicas de cada indivíduo” (BODIN DE MORAES; CASTRO, 2014, p. 784), pois, a depender do grau de

interferência existente em determinados sistemas normativos sobre a vida privada de cada cidadão, do grau de democratização de cada país, além das questões culturais, religiosas e econômicas que geram barreiras que vão além de uma proteção legítima aos indivíduos em situação de vulnerabilidade, há um paternalismo abusivo e gerador de diversos óbices institucionais que reduzem o direito humano à procriação e a livre autonomia sobre o corpo, conformando-o aos interesses da classe dominante.

Desse modo, a crítica à dominação se dará através da ruptura com a noção de razão abstrata como base para a justiça, mediante a consideração das vivências, perspectivas e interesses plurais, reconhecendo os indivíduos como sujeitos autônomos e com a capacidade de vocalizar suas necessidades (BIROLI, 2014). Torna-se necessário refletir, assim, sobre a aplicação do ordenamento jurídico existente e sobre os sistemas de controles fáticos e deontológicos, apriorísticos, para que as relações de dominação existentes não sejam intensificadas e para que o livre desenvolvimento da personalidade humana seja preservado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Laura Dutra de. **A renúncia da maternidade:** reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro. Dissertação de Mestrado, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, 145 p.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer:** o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALEMANHA. **Código Civil Alemão**, 1986. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2021.

ALEMANHA. **Lei de Proteção ao Embrião** - Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG), 1990. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>> . Acesso em: 17 fev. 2021.

ALEMANHA. **Lei de Procriação alemã** - Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG), 2001. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, L. R. S. **PIERRE BOURDIEU: A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL NO CONTEXTO DE “A REPRODUÇÃO**. Revista Inter Ação, [S. l.], v. 30, n. 1, p. 139–155, 2007. DOI: 10.5216/ia.v30i1.1291. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/interacao/article/view/1291>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ALMEIDA, Vitor. **O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional**. In book: Direito Civil: Estudos - Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCIVIL (pp.419-448) DOI:10.5151/9788580393477-19, 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/327659600_O_Direito_ao_Planejamento_Familiar_e_as_novas_Formas_de_Parentalidade_na_Legalidade_Constitucional>. Acesso: 25 ago. 2019.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARGENTINA. **Código Civil e Comercial Argentino**, 2015. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm#14>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. **Modernidade e cidadania reprodutiva**. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria-CFEMEA, 1993. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16070>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. **(Des) Igualdade de gênero: a mulher como sujeito de direito**. In: TEPEDINO, Gustavo; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 163-189.

BBCNEWS. **Após abandono de bebê com Down, Tailândia proíbe barriga de aluguel**, 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150219_tailandia_barriga_aluguel_ru>. Acesso em: 12 jun. 2021.

BBCNEWS. **Campeã do aluguel de barrigas no mundo, Índia quer proibir transação com fins comerciais**, 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37186636>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

BEETAR BECHARA, B. (2019). *La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente*. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-166. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>

BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Editora Vozes, Petrópolis.

BIROLI, Flávia. **Autonomia e justiça no debate sobre aborto: implicações teóricas e políticas**. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº15. Brasília, pp. 37-68, 2014.

BODIN de MORAES, Maria Celina. **A família democrática**. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1314, p. 4770, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina de; CASTRO, Thamís. **A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo**. *Revista Pensar*, v.19, n3, p. 779-818, set./dez. 2014.

BOURDIEU, P.; PASSERON, J.-C. **A reprodução: Elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Trad. de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.

BORILLO, Daniel. **“Meu corpo me pertence”: do aborto à gestação por substituição, um percurso jurídico**. *Revista de Direitos Humanos*, ano 8, nº16, Editora Unijuí, 2020.

BOTELHO, Leonete; MAIA, Ana. **Tribunal Constitucional chumba normas da Lei da Gestação por substituição**, 2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/04/24/sociedade/noticia/tribunal-constitucional-chumba-normas-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-1811580>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Constituição (1988)** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.358, de 1992. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf>. Acesso em 09 dez 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3.638/1993**. Autor: Luiz Moreira. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR1993.pdf#page=35>>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2855 de 1997**. Autor: Confúcio Moura - PMDB/RO; Dados Complementares: Inclui a fecundação in vitro, transferência de pre-embriões, transferência intratubária de gametas, a criopreservação de embriões e a gestação de substituição, a conhecida barriga de aluguel. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL, 2005a. Lei de Biossegurança 11.105. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 21 set.2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1.135 de 2003a**. Autoria: Deputado Pinotti - PMDB/SP. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=136097&filename=PL+1135/2003>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1184 de 2003b**. Autor: Senado Federal - Lucio Alcantara - PSDB/CE; Dados Complementares: 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. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso: 14 fev. 2021.

BRASIL. PORTARIA Nº 426/GM, Em 22 de março de 2005b Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_426.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021

BRASIL. **Ministério da Saúde. Saúde sexual e saúde reprodutiva**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010a. (Cadernos de Atenção Básica, n. 26) (Série A. Normas e Manuais Técnicos)

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.957, de 2010**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>>. Acesso em: 10 dez 2020.

BRASIL. PORTARIA Nº 3.149, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2012. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html . Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.013, de 2013.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.121, de 2015.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.168, de 2017.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> >. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL, Provimento Nº 63 de 14/11/2017. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados, LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 07 fev. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.283, de 2020.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>> . Acesso em 01 jan. 2021.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.294, de 2021.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana. Conquistas médicas e o debate bioético.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar. 2003.

BRINSDEN, P. (2016). *Surrogacy's Past, Present, and Future*. In E. Sills (Ed.), Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues (pp. 1-8). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781316282618.001

CAIRO. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo.** Brasília: UNFPA,1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

CAIXETA, Fernando. **Mulheres negociam barriga de aluguel em grupos de Facebook e WhatsApp.** Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/mulheres-negociam-barriga-de-aluguel-em-grupos-de-facebook-e-whatsapp>> . Acesso em: 23 jan. 2021.

CALMON, Guilherme. **O Biodireito e as Relações Parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARBONENA, Silvana Maria. **O papel jurídico do feto nas relações de família.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Repensando o Direito de Família.* Belo Horizonte. Del Rey, 1998.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Das implicações jurídicas da maternidade de substituição.** In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo. *Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUERRA, Marcela; SANTOS, Andréia. **Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos.** *Revista de Bioética y Derecho*; 35: 79-93, 2015.

CARLOS, Paula Pinhal. **Gestação por substituição no contexto sócio-jurídico da América do Sul: o caso do Brasil, da Argentina e do Uruguai.** *RJLB*, ano 4, nº1, 2018.

CARVALHO, Newton Teixeira. **Ações declaratórias de existência e inexistência de filiação.** *Revista do IBDFAM* nº 04- Jun-Jul/2008. *Dom Total.* Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf/5dce86a75ede3e6719a842abe122e106.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2018.

CASTRO, Carolina. **Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro,** 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28977/maternidade-de-substituicao-no-direito-comparado-e-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 03 set. 2018.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”,** 2005.. Disponível em: < http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624102434/9_CastroGomez.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2019.

CATÃO, Marconi O. **Biodireito transplante de órgãos e direitos de personalidade.** São Paulo: WVC, 2004.

CATRO, Luiz. **Lockdown deixa dezenas de bebês de barriga de aluguel ‘presos’ na Ucrânia:** Proibidos de entrar no Leste Europeu, pais de diversas partes do mundo não conseguem conhecer seus filhos; Caso reacende debate sobre exploração de mulheres, 2019. *VEJA.* Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/lockdown-deixa-dezenas-de-bebes-de-barriga-de-aluguel-presos-na-ucrania/>>. Acesso em: 14 jul. 2021.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth; SCHWARTZ, Germano. **Gestação de Substituição na sociedade de informação: situação fática e legal no Direito brasileiro.** *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v.34, n.1:1-23, 2018.

CELLARD, AA. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Análise documental.** Petrópolis: Vozes; 2008.

CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. **Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à nacionalidade decorrente da maternidade de substituição transnacional.** *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil*, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017.

CGJ-SP. **Decisão sobre Reprodução Assistida - Processo nº 2009/104323**. Disponível em: < <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CHEUNG, Helier. **Surrogate babies: Where can you have them, and is it legal?** BBCNEWS, 2014. Disponível em: < <https://www.bbc.com/news/world-28679020>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

CHONG, Elaine; WHEWELL, Tim. **O caso das 33 mulheres barrigas de aluguel no Camboja que foram forçadas a criar bebês de clientes**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47232817>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

CIAM. **Comissão Internacional para Abolição da Gestaçao por substituição**. Disponível em: <<http://abolition-ms.org/en/home/>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CINDY, Arteta Acosta. **Maternidad Subrogada**. Revista Ciências Biomédicas, v.2, p.91-97, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/288901212_Maternidad_subrogada>. Acesso em: 09 abr. 2021.

CORRÊA, Marilena; LOYOLA, Maria. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso**. Physis Revista de Saúde Coletiva, RJ, 25 [3]:753-777. 2015.

COUELLE, José. Como é feita a fertilização in vitro? Revista Superinteressante, ed.2014. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-feita-a-fertilizacao-in-vitro/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CROC CROCE, Marco. *Dalla laicità dello stato alla laicità del (Bio)Diritto. Ipotesi ricostruttive del pensiero di Stefano Rodotà*. BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n. 1/2018

DEL PRIORE, Mary. **História de Mulheres no Brasil**. 7ª. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Família pluriparental, uma nova realidade**, 2019. Disponível em:http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_fam%EDlia_pluriparental_uma_nova_realidade.pdf Acesso em: 20 abr.2020

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

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

D'IPPOLITO, Clarice. *Gestaçao por Substituição. A possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro*, 2013. Disponível em:<https://www.academia.edu/31931900/Gesta%C3%A7%C3%A3o_por_substitui%C3%A7%C

3%A3o_possibilidade_do_uso_da_t%C3%A9cnica_14_05_13_pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

DREHMER, Raquel. **Barriga de aluguel no Brasil: como funciona e quais os limites?**. Disponível em: <<https://bebe.abril.com.br/familia/barriga-de-aluguel-no-brasil-nos-eua-como-funciona/>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

DURAND, Guy. **Introdução geral a bioética: história, conceitos e instrumentos**. São Paulo: Loyola, 2011.

DWORKIN, Gerald. **Paternalism - Morality and the law**. EUA: Wadsworth, 1971. p. 181-188. Disponível em: <<http://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

DWORKIN, G. **Paternalism**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. ZALTA, Edward N (ed.) Disponível em: < <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/> > . Acesso em: 12 mai. 2021.

ESPANHA. **Decreto de 14 de noviembre de 1958, Reglamento del registro civil**. Boletín Oficial del Estado, 14 de noviembre de 1958. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-18486>>. Acesso em: 05 fev.2021.

ESPANHA. **Ley 14/2006**, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 26 de mayo de 2006. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html>. Acesso em: 29 jan. 2021.

ESPANHA. **Código Penal**, 2010. Disponível em: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013. 253 p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>>. Acesso em: 06 abr. 2020

FABRIZ, Daury. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Trad. Coletivo Sycorax. Editora Elefante, 2017. Disponível em: < http://coletivosycorax.org/wp-content/uploads/2019/09/CALIBA_E_A_BRUXA_WEB-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.
Foucault, M. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Poder-corpo**. In: *Microfísica do poder* Rio de Janeiro: Graal, 1996.
FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. 13.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 10ª ed. – Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FRANÇA. **Lei de Criação n ° 94-653**, de 29 de julho de 1994 - art. 3 () JORF 30 de julho de 1994. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419302/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

FRASSON. **Casais homoafetivos e a reprodução assistida**, 2018. Disponível em : <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/08/30/casais-homoafetivos-e-a-reproducao-assistida/> . Acesso em: 17 ago. 2019.

G1. **Avó 'barriga de aluguel' e netos gêmeos passam bem: Agente de saúde aceitou ser barriga de aluguel da filha, que não pode engravidar.** Crianças nasceram na quinta-feira, no Recife. Disponível em: <<https://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL138517-5598,00.html>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

GALVÃO, Andréia. **Marxismo e Movimentos sociais**. Revista Crítica Marxista, n.32, p.107-126, 2011. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo235artigo5.pdf>. Acesso: 10 jun. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civilconstitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 515-546.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GARCIA, Cristiano Moraes; OLIVEIRA, Tatiane. **REQUISITOS E DEVERES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**. Ensaio USF, p.98-117, 2018.

GESTLIFE. **Situação legal na Ucrânia Barriga de aluguel Ucrânia**, 2021. Disponível em: <<https://brasil.gestlifesurrogacy.com/barriga-de-aluguel-na-ucraina.php>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

GILL, Antônio Carlos. **Como elaborar um projeto de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 4ªedição, 2002.

GILLIAM, Melissa L.; GORDON, Rivka. **A call to incorporate a reproductive justice agenda into reproductive health clinical practice and policy**, *Contraception*, 79, 243–246, 2009.

GILLIGAN, C. **In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development**. Cambridge: Harvard, 1982.

GILLIGAN, C. **Teoria psicológica e desenvolvimento da mulher**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

GILLIGAN, C. **Joining the Resistance**. Cambridge: Polity Press, 2011.

GONÇALVES, Marco Alberto Rocha; FURTADO, Gabriel Rocha. **Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa**. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estados em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 77-95. ISBN 978-85-450-0180-5.

GOLDENBERG, Mirian. **Gênero, "o Corpo" e "Imitação Prestigiosa" na Cultura Brasileira**. Saude soc. [online]. 2011, vol.20, n.3, pp.543-553. ISSN 0104-1290. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902011000300002>. Acesso em: 28 mar. 2020.

GOZZO, Débora; LIGIEIRA, Wilson. **Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a5, nº1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016-3.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

HABERMAN, Clyde. **Baby M and the Question of Surrogate Motherhood**. The New York Times, 23 mar. 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html>. Acesso em: 10 mai. 2021.

HCCH. CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **A PRELIMINARY REPORT ON THE ISSUES ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS**, 2012. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

HCCH. CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements**, 2014. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito "in vitro": da bioética ao biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IBDFAM. **Criança pode ser registrada com nomes de dois pais em caso de gestação por substituição**, 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/5407/javascript%3B>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ISTOÉ. **Camboja proíbe barriga de aluguel**, 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/camboja-proibe-barriga-de-aluguel/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

ITÁLIA. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>>. Acesso em: 15 set. 2018.

JUNGES, José Roque. **O nascimento da bioética e a constituição do biopoder.** Acta Bioethica, 2011; 17 (2):171-178.

KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. **Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias.** In: TEPEDINO, Gustavo; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 217-232.

KRISTEVA, Julia. **The feminine and the sacred.** Trad. Jane Marie Todd. New York: Columbia University Press, 2001.

KUHNEN, Tânia. A ética do cuidado como teoria feminista. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, ISSN 2177-8248, Universidade Estadual de Londrina, 27 a 29 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT10_T%C3%A2nia%20Aparecida%20Kuhn%20en.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2020.

LAREPUBBLICA.IT, 2018. **Fontana sui figli di coppie gay: "Maternità surrogata è vietata, stop riconoscimenti".** Disponível em: https://www.repubblica.it/cronaca/2018/07/26/news/ministro_fontana_stop_riconoscimento_figli_coppie_gay-202707721/. Acesso em: 12 fev. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médico-legais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **EL DERECHO Y LA BIOÉTICA: ESTADO ACTUAL DE LAS CUESTIONES EN BRASIL.** Acta bioeth., Santiago, v. 8, n. 2, p. 263-282, 2002. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2002000200008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 06 jun. 2021

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005

LEMONS, Vinicius. **Carrego seu filho por R\$ 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel,** 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>>. Acesso em: 01 fev 2020.

LIGUORO, Anna. **Maternità surrogata: cosa prevede l'ordinamento italiano alla luce degli sviluppi della giurisprudenza.** IUSITINERI, 2018. Disponível em: <<https://www.iusinitinere.it/maternita-surrogata-cosa-prevede-lordinamento-italiano-alla-luce-degli-sviluppi-della-giurisprudenza-cedu-9259>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

LIMA, Taisa Maria; SÁ, Maria de Fátima. **Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade.** Revista VirtuaJus, Belo Horizonte, v.3, n4, p-19-36, 1º sem. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LOPES, Laís Godoi. **A FAMÍLIA PARA ALÉM DO GÊNERO: reformulações dos direitos reprodutivos a partir das biotecnologias**. Tese de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, BH, 2019.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio Marcos. **Direito, dignidade humana e o lugar da justiça: uma análise da utopia realista de Habermas**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº103, pp. 183-203, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAGALHÃES, Thayana Calmon Leitão. **Inimigo e Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2577, 22 jul. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17032>. Acesso em: 26 jan. 2019.

MARQUES, Francisco; GAURIAT, Valérie. **Gestação de substituição: solução ou negócio?**. Euronews, 2020. Disponível em: < <https://pt.euronews.com/2020/09/25/gestacao-de-substituicao-solucao-ou-negocio>>. Acesso em: 01 fev. 2021.

MATERPRIME, **Clínica de Reprodução Humana**. Disponível em: <<http://www.materprime.com.br/tratamentos/inseminacao-artificial/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

MATERPRIME. **ICSI**, 2021 a. Disponível: <<https://materprime.com.br/tratamentos/super-icsi/>>. Acesso em: 06 jul. 2021.

MATERPRIME. **Como engravidar com a doação de óvulos?** 2021b. Disponível em: <<https://materprime.com.br/como-engravidar-com-a-doacao-de-ovulos/>>. Acesso em: 06 jul. 2021.

SOUSA, STIGERT, Bruno; MELLO, Breno Cesar de Souza. **A Biotecnologia como fonte emancipatória nas técnicas de reprodução assistida: uma análise multidisciplinar a respeito da gestação por substituição e suas implicações fáticas e jurídicas**. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 8- nº20, p.117-145, jan. /abr. 2019.

MELLO, Breno Cesar de Souza Mello. **DIREITO À PROcriação E OS OBSTÁCULOS SÓCIO-JURÍDICOS ADVINDOS PELA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**. DOI: 10.22533/at.ed.21721050713, Capítulo 13, pp. 167-180. In: A (não)efetividade das ciências jurídicas no Brasil 4 / Org. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

MEMÓRIAGLOBO. **Primeiro bebê de proveta**. Disponível em: < <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/primeiro-bebe-de-proveta/>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

MENDES, Cláudio. **O corpo em Foucault: superfície de disciplinamento e governo**. Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, n. 39, p. 167-181, 2006. Disponível

em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/17993>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Thereza. **Diferenças de gênero e desenvolvimento moral das mulheres**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 493-508, Dec. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2003000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 mai. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2003000200008>.

MOREIRA, Raquel. **Útero de Substituição face à Bioética e ao Biodireito**, 2016. Disponível em: http://www.esocite2016.esocite.net/resources/anais/6/1471883405_ARQUIVO_ArtigoEsociteEsocite31052016.pdf. Acesso em: 15 ago.2018.

MOREIRA, Raquel Veggi; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco. **Útero de Substituição: A responsabilidade Civil da Mulher Hospedeira em Caso de Recusa da Entrega da Criança**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v.19, n.4, p.177-190, 2017.

NEGRI, S. M. C. DE ÁVILA. **As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade**. Civilistica.com, v. 5, n. 2, p. 1-18, 29 dez. 2016.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; MACHADO, Joana de Souza. **Pessoa e liberdade de associação: o tensionamento democrático das relações privadas**. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords). O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem a Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NOBRE, Marcos. **Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil**. In: Simpósio “O que é pesquisa em direito”, 2002, São Paulo. Cadernos Direito GV. São Paulo: FGV Direito SP, 2009. p. 1 - 19. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>. Acesso em: 17 mai. 2020.

OLIVEIRA, Cheila; LIMA, Bianca. **O direito ao livre planejamento familiar e a doação de útero**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 16 (31):447-479, jul.-dez. 2016

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma (duas)! O contrato de gestação**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. Disponível em: [http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Mae-ha-so-\(uma\)-duas!.pdf](http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Mae-ha-so-(uma)-duas!.pdf). Acesso em: 15 fev. 2021.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM: São Paulo: Magister, 2011. Disponível em: <https://docplayer.com.br/7487046-Contratacao-da-barriga-de-aluguel-gratuita-e-onerosa-legalidade-efeitos-e-o-melhor-interesse-da-crianca.html>. Acesso em: 25 FEV. 2021.

PAULA, Patrícia Joelma de. Et al. **Técnicas de reprodução humana assistida: uma revisão bibliográfica**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 04, Ed. 09, Vol. 02, pp. 90-104. Setembro de 2019. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/tecnicas-de-reproducao>>. Acesso em: 15 out. 2020.

PALUDO, Anison Carolina. **Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético jurídicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2333/bioetica-e-direito>>. Acesso em: 01 jul. 2019

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 3, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Teoria Geral de Direito Civil**. v.1. 27ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, v.5 direito de família. 25. Rio de Janeiro Forense 2017.

PEREIRA MORAES, C; OLIVEIRA, Tatiane **REQUISITOS E DEVERES DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**. Ensaios USF, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 98–117, 2018. DOI: 10.24933/eusf.v2i1.99. Disponível em: <http://ensaios.usf.edu.br/ensaios/article/view/99>. Acesso em: 6 jul. 2021.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Preconceito em relação à barriga de aluguel atrapalha evolução jurídica**. Fonte: Conjur. In: IBDFAM, 2016. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/12579/Preconceito+em+rela%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+barriga+de+aluguel+atrapalha+evolu%C3%A7%C3%A3o+jur%C3%ADica>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *La persona e i suoi diritti*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil - introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Normas constitucionais nas relações privadas**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 8. n. 1. 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/04/Perlingieri-civilistica.com-a.8.n.1.2019.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2020.

PINO, Giorgio. *Tra diritto e non diritto*. In “*Diritti umani e diritto internazionale*”, vol. 1, n. 1, pp. 197-210, 2007. Disponível em: <<http://www1.unipa.it/gpino/Tra%20diritto%20e%20non%20diritto.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Especial. 9. ed. revista atual e ampliada. 2º. Vol., p. 754-755, 2011.

PRESGRAVE, A. B.; ARAÚJO, D. **O contrato de gestação de substituição a título oneroso no direito brasileiro**. DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea, v. 1, n. 1, p. 10-32, 13 dez. 2018.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMIREZ-GALVEZ, Martha. **Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões**. Cienc.Cult, vol. 60, n.1, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 25ª edição, 2001. Disponível em: <https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale>. Acesso em: 30 jun. 2021.

RFI. **Franceses debatem mudanças na lei de bioética e maioria aprova barriga de aluguel**, 2018. Disponível em: <<https://www.rfi.fr/br/franca/20180323-franceses-debatem-mudancas-na-lei-de-bioetica-e-maioria-aprova-barriga-de-aluguel>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

RFI. **França aprova reprodução assistida para todas as mulheres**, 2020. Disponível em: <<https://www.rfi.fr/br/fran%C3%A7a/20200730-fran%C3%A7a-aprova-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-para-todas-as-mulheres>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

R.IT. **Fontana sui figli di coppie gay: "Maternità surrogata è vietata, stop riconoscimenti"**, 2018. Disponível em: <https://www.repubblica.it/cronaca/2018/07/26/news/ministro_fontana_stop_riconoscimento_figli_coppie_gay-202707721/>. Acesso em: 9 ago. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODOTÀ, Stefano. **Transformações do corpo**. Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 5, vol. 19, jul/set 2004.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **A antropologia do homo dignus**. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, jan.-mar./2017.

RODOTÀ. **Autodeterminação e Laicidade**. Revista Brasileira de Direito Civil—RBDCIVIL, BH, v.17, p.139-152, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **La dignità dela persona**, 2011. Scuola di Cultura Costituzionali. Disponível em:

<<https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2011/La%20dignita%20della%20persona%20-%20Rodota.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

RODRIGUEZ-YONG, Camilo A; MARTINEZ-MUNOZ, Karol Ximena. *Surrogate motherhood contract: The US American experience*. Rev. derecho (Valdivia), Valdivia, v. 25, n. 2, p. 59-81, Dec. 2012. Available from <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003&lng=en&nrm=iso>. access on 30 July 2021. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003>.

RUBIN, Gayle. **Pensando o sexo: notas para uma teoria radical da política da sexualidade**. In: Políticas do Sexo. São Paulo: Ubu Editora, 2017

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura. **Pode o Direito ser emancipatório?**, 2003. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RC_CS65.PDF> . Acesso em: 15 out. 2018

SANTOS, Boaventura de S. Santos. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 78, 2007.

SANTOS, Boaventura. **Direitos Humanos o desafio**. Revista de Direitos Humanos, 2009. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Direitos%20Humanos_Revista%20Direitos%20Humanos2009.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019

SCAVONE, Lucila. **Nosso corpo nos pertence? Discursos feministas do corpo**. Revista Gênero: Niterói, v. 10, n.2, p.47-62, 1. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/30869>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

SCHRAMM, Fermín Roland. A Autonomia Difícil. Bioética. Brasília, v. 6, n. 1, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos de personalidade**. 2ª ed, São Paulo: Atlas, 2013.

SHETTINI, Beatriz. **Reprodução humana e Direito o contrato de gestação de substituição onerosa**. Editora: Conhecimento, ed.1, 2019

SILVA, Denis Franco. **Livre uso do corpo e direitos de personalidade**. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 56-70, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3087/pdf>>. Acesso em; 11 jan. 2021.

SILVA, MARCELO; SOUZA, Maria Gabriela; MONTEIRO, Jannice. **A falta de regulação na gestação por substituição: um problema comum entre Brasil e Argentina**. Revista Lex humana, Petrópolis, v. 8, nº1, p-54-71, 2016.

SOARES, Jussara. **Bolsonaro contraria próprio plano de governo e ataca união homoafetiva**, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-contraria-proprio-plano-de-governo-ataca-uniao-homoafetiva-22977734>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SOUSA, Estella Libardi de. **Sexualidade(s) e Direitos Humanos: “casos difíceis” e respostas (corretas?) do judiciário.** In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. Anais... Fortaleza: UFC, 2010, p. 4905-4917

SOUZA, Karla Keila; ALVES, Oslania. **As principais técnicas de reprodução humana assistida.** Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde, v.2, n.1, 2016.

SOUZA, Patrício Alves de. **A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO.** Monografia, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, 2018. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/193863/001080861.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

STIGGER, Verônica. **“Útero errante”.** Revista Palavra, n.6, 2016.

STF - ADI: 3510 DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2006, Data de Publicação: DJ 01/02/2007.

STJ- REsp: 1608005 SC 2016/ 0160766-4, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 14/05/2019, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação : DJe 21/05/2019.

STJ - REsp 878941 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0086284-0 – Ministra Relatora Nancy Andrighi, T3 – 21/08/2007

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 8ª ed. Ver, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forence; São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio. **A nova resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida.** Migalhas: 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/349149/nova-resolucao-2-294-21-do-cfm-sobre-tecnicas-de-reproducao-assistida>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. **Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição.** In CASABOBA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/17065451-Conflito-positivo-de-maternidade-e-a-utilizacao-de-utero-de-substituicao.html>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio.** In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4. ed. rev. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Personalidade e capacidade na legalidade constitucional.** In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Progresso, 2016. p. 227-248.

TJMG. SENTENÇA: nº 80095695720128130024 MG nº: 8009569.57.2012.813.0024. Juiz FERNANDO HUMBERTO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 28/08/2012, Vara de Registros Públicos de BH. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1102965673/80095695720128130024-mg/inteiro-teor-1102965722>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

TJMG. Remessa Necessária –CV:1000205869480001 MG, Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento: 11/03/2021, Câmaras Cíveis/ 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação:12/03/2021. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179475775/remessa-necessaria-cv10000205869480001-mg>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

TJSP – AC: 11149113820198260100 SP1114911-38.2019.8.260100, Relator: Hertha Helena de Oliveira, Data de Julgamento: 22/01/2021, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/01/2021. Disponível em:<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1156917990/apelacao-civel-ac-11149113820198260100-sp-1114911-3820198260100/inteiro-teor-1156918011>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

TFR-4 – RECURSO CÍVEL: nº 50087852320154047102 RS nº 5008785-23.2015.4.04.7102, Relator: Oscar Valente Cardoso, Data de Julgamento: 14/09/2016, Primeira Turma Recursal do RS. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900517605/recurso-civel-50087852320154047102-rs-5008785-2320154047102/inteiro-teor-900517748>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

TJSC. Processo nº 0800779-46.2013.8.24.0090, 2014. Disponível em:<<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/9-MINICURSO.Gestacao.por.Substituicao-Casal.Homoafetivo.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2021.

URUGUAI. **Lei nº 19.167, de 2013 - TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.** Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp5031095.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIDALE, Giulia. **Projeto de lei pode inviabilizar reprodução assistida no Brasil.** Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/projeto-de-lei-pode-inviabilizar-reproducao-assistida-no-brasil/>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

VIEIRA, Elisabeth Meloni. **A medicalização do corpo feminino.** Rio de Janeiro; FIOCRUZ, 2002.

VIEPUBLIQUE. *Getation pour autrui: quelles sont les évolutions du droit ?*, 2018. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-queelles-sont-les-evolutions-du-droit>. Acesso em: 12 out. 2020.

WAGENER, J. R. *The construction of the body through sex education discourse practices*, In: POPKEWITZ, T.; BRENNAN, M. (Ed.). Foucault's challenge: discourse, knowledge and power in education, New York: Teachers College Press, 1998.

WAS. **Declaração Universal dos Direitos Sexuais**, 2014. Disponível em: <<https://spsc.pt/wp-content/uploads/2017/01/DIREITOS-SEXUAIS-WAS.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

WICHTERICH, Christa. **Direitos Sexuais e Reprodutivos**. Christa Wichterich. – Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/boll_direitos_sexuais_reprodutivos_1.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

ZANETTI, Mariana. **Gestações transnacionais: Demanda por reprodução assistida amplia entrada de material genético estrangeiro no Brasil**. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2018/07/12/gestacoes-transnacionais/>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Disponível em: <<https://deusgarcia.files.wordpress.com/2015/10/o-inimigo-no-direito-penal.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2020.