



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ELVIS ARON MARRA – 09/93492**

**A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:  
UMA ANÁLISE DE SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS**

**BRASÍLIA**  
**2013**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ELVIS ARON MARRA – 09/93492**

**A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:  
UMA ANÁLISE DE SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS**

*Monografia apresentada como requisito para a  
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito  
pela Universidade de Brasília.*

*Orientador: Miroslav Milovic*

**BRASÍLIA**

**2013**

## Resumo

O desenvolvimento da medicina reprodutiva, com o advento de novas técnicas conceptivas, aliado às mudanças de paradigma na instituição familiar, trouxe importantes consequências jurídicas no que diz respeito à filiação e no direito à procriação. A gestação de substituição, em especial, aprofundou o processo que havia começado com o uso da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*. Inúmeras discussões foram criadas em torno de conceitos fundamentais para a ciência jurídica, envolvendo a maneira que os indivíduos se relacionam e se reproduzem. A desnecessidade de haver relação sexual para possibilitar a geração de um filho, o rompimento dos vínculos descritos em termos estritamente biológicos entre membros do núcleo familiar e a importância crescente da afetividade é um fenômeno que ainda não foi totalmente absorvido pelo Direito. A legislação brasileira se mostra atrasada quanto às novas modalidades de relações jurídicas criadas, e cria insegurança quanto a questões essenciais. A Constituição Federal consagrou o direito ao planejamento familiar no art. 226, § 7º, no que entendem os doutrinadores que está implícito o direito à procriação, desde que realizado nos limites da paternidade responsável. A utilização das técnicas de reprodução assistida se mostra correta, sempre que respeitado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. O tema é regulamentado somente pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 2.013/2013, que revogou a anterior Resolução nº 1.957/2010. Urge que a sociedade realize um amplo debate e o legislador encontre soluções adequadas para os efeitos causados pela gestação de substituição.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Direito à procriação. Técnicas de reprodução assistida. Gestação de substituição. Filiação.

*Agradeço a todos aqueles que foram essenciais para a elaboração deste trabalho e para a conclusão do curso de Direito: à minha querida mãe, que me criou com muito amor e dedicação e possibilitou que eu tivesse uma boa educação; aos meus amigos e colegas, pela ajuda e incentivo; a todos os professores, que contribuíram com seus ensinamentos, e em especial ao meu orientador, Prof. Miroslav Milovic, pelo direcionamento e disponibilidade.*

## Sumário

|   |    |
|---|----|
| <b>Introdução</b>   | 7  |
| <b>2. As técnicas de reprodução assistida no contexto dos direitos reprodutivos</b> | 10 |
| 2.1 <i>Bioética e Biodireito</i>  | 10 |
| 2.2 <i>Dignidade humana e direitos reprodutivos</i>                                 | 11 |
| 2.3 <i>As técnicas de reprodução assistida</i>                                      | 14 |
| 2.3.1 <i>Breve histórico</i>  | 16 |
| 2.3.2 <i>Inseminação artificial e fertilização in vitro</i>                         | 17 |
| 2.3.3 <i>A gestação de substituição</i>   | 18 |
| 2.3.4 <i>A lacuna jurídica quanto ao útero de substituição</i>                      | 19 |
| 2.4 <i>As resoluções do Conselho Federal de Medicina</i>                            | 21 |
| 2.5 <i>A Lei do Planejamento Familiar</i>   | 23 |
| <b>3. Análise filosófica da gestação de substituição</b>                            | 24 |
| 3.1 <i>A doutrina utilitarista de Jeremy Bentham</i>                                | 25 |
| 3.1.1 <i>A defesa do utilitarismo de John Start Mill</i>                            | 28 |
| 3.2 <i>O libertarismo</i>   | 29 |
| 3.3 <i>A filosofia moral de Immanuel Kant</i>                                       | 30 |
| 3.4 <i>A concepção aristotélica de Justiça</i>                                      | 32 |
| 3.5 <i>A expansão da lógica de mercado</i>  | 34 |
| 3.5.1 <i>O descarte de valores morais promovido pelo mercado</i>                    | 37 |
| 3.6 <i>Onerosidade x gratuidade da gestação de substituição</i>                     | 40 |
| 3.6.1 <i>A proibição da onerosidade no ordenamento jurídico brasileiro</i>          | 44 |
| <b>4. Aspectos legais da gestação de substituição</b>                               | 45 |
| 4.1 <i>O elastecimento do conceito de família</i>                                   | 45 |
| 4.1.1 <i>A importância da socioafetividade na definição da filiação</i>             | 47 |

|  |    |
|--|----|
| <i>4.1.2 A reformulação do modo de atribuição da maternidade</i>                             | 49 |
| <i>4.1.3 Monoparentalidade projetada</i>   | 50 |
| <i>4.1.4 Famílias homoafetivas</i>   | 52 |
| <i>4.2 Indagações a respeito do procedimento atual envolvido na gestação de substituição</i> | 53 |
| <i>4.3 A validade jurídica do contrato de gestação de substituição</i>                       | 54 |
| <i>4.4 Formas alternativas de tutela jurídica do útero de substituição</i>                   | 59 |
| <b>Considerações finais</b>  | 62 |
| <b>Referências</b>   | 63 |

## Introdução

O desejo de ter filhos é algo inerente ao ser humano. É um sentimento inato, definido biologicamente, tal qual em qualquer animal. É importante para a própria sobrevivência da espécie que os exemplares de uma deixem descendentes. No caso dos seres humanos, enquanto seres racionais e sociais, ter filhos adquire aspectos diferenciados e culturalmente construídos, para além da simples propagação da espécie, podendo ser enxergado como uma forma de realização pessoal, ou uma espécie de dever socialmente atribuído, a depender de fatores contingenciais. A infertilidade, considerando esse contexto, normalmente adquire certo tom de estigma social.

Um entre cada seis casais apresenta problemas de fertilidade e para 20% deles a única maneira de conseguir a gestação é através da utilização de técnicas de reprodução assistida<sup>1</sup>. Vê-se que o número de pessoas que necessitam de tais técnicas é consideravelmente alto.

Hoje estão disponíveis diversas técnicas de reprodução assistida, que auxiliam alguma etapa da procriação, tornando-a mais fácil ou até substituindo-a. É possível realizar fertilização *in vitro*, congelamento embrionário para gravidez posterior (até mesmo *post mortem*), doação de gametas, seleção de embriões para escolher o sexo da criança ou para escolher determinadas características genéticas de modo a evitar doenças degenerativas, entre outros métodos desenvolvidos pela ciência médica.

Assim como ocorre em determinados campos em que as transformações no mundo fático são mais velozes e dinâmicas do que a produção legislativa pode acompanhar, o Direito acaba por se tornar obsoleto facilmente, pois novas situações imprevistas passam a fazer parte das possibilidades reais. Esse quadro é agravado pelo fato de que tais técnicas abalaram pressupostos fundamentais nos quais está baseada a legislação atualmente em vigor no Estado brasileiro.

O tema do presente trabalho perpassa as consequências jurídicas advindas da gravidez medicamente assistida por técnicas modernas para reprodução humana, bem como o contexto em que elas surgiram e se desenvolveram. Por ser um tema ainda sem maior regulamentação jurídica no Brasil, que se resume basicamente a Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), os conflitos que eventualmente surgem não são facilmente resolvidos. Os aplicadores do Direito não dispõem de parâmetros muito claros quando se deparam com casos concretos envolvendo tais situações.

---

<sup>1</sup> TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariângela. *Bioética e reprodução assistida*. Revista AMRIGS, Porto Alegre, 46 (3,4): 100-104, jul/dez 2002, p. 100.

O trabalho objetiva tratar mais especificamente da gestação de substituição. A utilização temporária do útero de uma mulher para gerar o filho de outrem é indicada em casos muito restritos, somente permitido quando há alterações anatômicas no útero ou outra condição médica que inviabilize ou contraindique a gravidez. O CFM, até bem pouco tempo, estabelecia que as candidatas à doadora temporária de útero deveriam pertencer à família da doadora do material genético, num parentesco de até o segundo grau apenas. Do contrário, seria necessária autorização caso a caso do Conselho Regional de Medicina do Estado.

Ainda, não pode haver qualquer forma de exploração comercial. Essa questão gera muita discussão, pois há tanto quem defenda a possibilidade de um “contrato” oneroso para regular tal relação, quando quem rechaça definitivamente tal hipótese. Nos Estados Unidos, por exemplo, é aceito o aspecto comercial em determinados estados-membros, e na Índia. No entanto, mesmo que fosse permitido o contrato, a definição das obrigações geraria muita controvérsia.

Surgem dúvidas também para determinar quem seriam registrados como os pais. Outra situação que pode ocorrer é a rejeição da criança depois de gerada, por alguma doença ou má formação genética, por exemplo. Ou, ao contrário, pode haver disputa pela maternidade, quando a “barriga de aluguel” demonstra interesse em manter a criança após o parto. Nesses casos, a quem deveria ser atribuída a maternidade?

Neste trabalho serão abordados alguns desses questionamentos. O contrato de gravidez de aluguel – ou seja, a possibilidade de duas pessoas, a partir de um consentimento livre, conscientes das consequências envolvidas, pactuarem a gravidez de uma mulher, que pode doar material genético ou não, para gerar o filho de outra pessoa –, deveria ser permitido? Poderia haver compensação financeira envolvida?

Qual seria o resultado de se permitir que tal relação jurídica fosse resguardada pelo Direito? Quais as obrigações e direitos de cada uma das partes no contrato? Poderia a mãe de aluguel reivindicar algum direito, após o parto, sobre a criança gerada? Quem arcaria com o prejuízo no caso de insucesso na gravidez? A mãe de aluguel teria alguma responsabilidade civil? E no caso de ser repelida completamente a hipótese do contrato, talvez até mesmo com a tipificação da prática em um crime, poderia ser desenvolvido um “mercado ilegal de intermediação de barrigas de aluguel”? Quais seriam os efeitos disso? Existiria um direito à procriação que justificasse a utilização de tal técnica? Quais os limites desse direito? Quem deve ter acesso? As questões são muitas, e podem ser abordadas de diferentes modos.

O dilema do projeto parte dessa ideia: proibir ou permitir a contratação de uma barriga de aluguel. Seria compatível e adequado aplicar os princípios da economia de mercado em tal

situação? E ainda que não fosse plausível um contrato oneroso nos moldes que existem em determinados países, como nos Estados Unidos ou na Índia, seria possível alguma forma de acordo gratuito?

O trabalho acadêmico está dividido em três capítulos, além da introdução e conclusão, cada qual abordando um aspecto diferente do fenômeno da barriga de aluguel, conhecido por útero de substituição, ou gestação de substituição, no meio médico.

O primeiro capítulo trata a respeito das técnicas de reprodução assistida como um todo, a evolução pela qual passaram, as descobertas científicas na área. Ou seja, será feito um apanhado dos conceitos que permeiam o campo da reprodução assistida. Serão abordadas também as resoluções do Conselho Federal de Medicina que tratam do tema (a Resolução CFM nº 1.358/1992 e a Resolução CFM nº 1.957/2010, revogadas, e a recente Resolução nº 2.013/2013, atualmente em vigor). O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos também será brevemente analisado.

O segundo capítulo buscará explorar as teorias em confronto pertinentes ao objeto principal da pesquisa. As teorias estão reunidas em torno de um quadro geral que abrange o utilitarismo, o libertarismo e a concepção aristotélica de justiça.

Para compreender se tal espécie de relação jurídica pode ser permeada pelos princípios característicos da economia de mercado, que atribui valor financeiro a uma determinada mercadoria ou serviço, serão confrontadas algumas teorias éticas. Em especial, foram utilizadas as ideias de Immanuel Kant e Jeremy Bentham, expoentes do libertarismo e do utilitarismo, respectivamente, para compreender o objeto da pesquisa.

O utilitarismo tem por base teórica a noção de que as ações dos indivíduos são determinadas pelos sentimentos de prazer e de dor. O conceito do que seria correto ou errado adviria dessas emoções. Dessa forma, a noção central da doutrina utilitarista é maximização da felicidade. A sociedade, as leis, a moral, devem ter por meta possibilitar felicidade ao maior número de pessoas.

Aplicando-se tal teoria ao contrato de gravidez de aluguel, se a felicidade gerada para ambas as partes, proporcionada de um lado pela compensação financeira, e de outro pela realização pessoal de ter um filho biológico, superar as possíveis consequências negativas, então o contrato não seria moralmente condenável. No entanto, muitas críticas são apontadas a essa teoria, pois ela reduz todos os diferentes bens e valores em uma única escala de valor, além de possibilitar violações graves de direitos humanos se a felicidade da maioria das pessoas for superior à infelicidade gerada pela lesão do direito de uma minoria.

O libertarismo, entretanto, parte de outra premissa, a de que seres humanos devem ser verdadeiramente livres, para fazer o que quiserem com aquilo que lhes pertence. Para Kant, que adota um conceito de liberdade mais restrito, agir com autonomia é fazê-lo de acordo com a lei que cada um impõe a si mesmo, e não condicionado somente por sentimentos de felicidade e sofrimento.

A concepção aristotélica de justiça, relacionada a virtudes e finalidades de práticas sociais, também é abordada. Segundo essa doutrina, aplicar a lógica de mercado a determinados bens e situações acaba degradando-os, pois não lhes dá o devido valor e substitui as normas pelas quais eles devem ser pautados, o que ocorre com a gravidez de aluguel.

O terceiro capítulo versará sobre as consequências jurídicas propriamente ditas da utilização da gestação por outrem ante o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, serão feitos apontamentos no que tange ao procedimento que vem sendo utilizado no Brasil para os casos em que atualmente é permitida a utilização da técnica. Outra tema importante tratado é a filiação e os direitos parentais. Também são analisadas questões pontuais a respeito da constituição de padrões familiares, como a possibilidade da utilização de maternidade de substituição por casais homoafetivos ou indivíduos solteiros.

## **2. As técnicas de reprodução assistida no contexto dos direitos reprodutivos**

### ***2.1 Bioética e Biodireito***

Antes de analisar as técnicas em si, é importante esclarecer o contexto maior em que elas estão inseridas. O termo bioética pode ser empregado em diversos contextos. Foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Renssealer Potter, em 1971, com um sentido ecológico. Inicialmente, “esteve associado à ciência da sobrevivência, às questões ambientais e da saúde. Posteriormente, ligado aos avanços científicos, biotecnológicos e biomédicos”<sup>2</sup>.

Os autores que utilizam o termo *bioética*, hoje, normalmente o fazem para tratar de temas relacionados à saúde e à vida humana a partir de critérios éticos, ou seja, o campo semântico foi ampliado. Pode-se dizer que a bioética é uma ciência em formação, e o seu

---

<sup>2</sup> TAVARES, Fernando Horta; FRANCO; Livia Rosa et al. *Bioética e biodireito*. In: Revista síntese direito de família, Ano XIII, n. 66, jun/jul 2011, p. 111.

conceito está sendo construído de maneira multidisciplinar. O campo de abrangência se mostra bastante amplo, e demanda uma discussão social igualmente compreensiva.

Na mesma década, de 1970, o governo norte-americano instituiu um comitê nacional para definir os princípios éticos norteadores para pesquisas científicas. Em 1978, surgiu o documento elaborado pelo comitê, que ficou conhecido como Relatório Belmont, considerado um marco histórico para a bioética. Esse relatório trouxe os três princípios bioéticos fundamentais, quais sejam, o respeito (ou autonomia), a beneficência (ou não maleficência), e a justiça. O primeiro significa que deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos, após a adequada compreensão sobre o tratamento ou pesquisa científica a que serão submetidos. O segundo princípio busca a compatibilização entre o melhor conhecimento científico e o cuidado com a saúde do paciente. O princípio da justiça, por fim, está relacionado à justiça distributiva, e implica em distribuição adequada dos benefícios do progresso científico por toda a sociedade, segundo normas de cooperação social. Esse principialismo se fez presente na elaboração do Código de Ética Médica brasileiro.

O Biodireito, por sua vez, realizaria a conexão entre direito e bioética. Ele surge como resultado do impacto da ciência médica. Nesse campo de estudos, o objeto central é a regulamentação de atividades, pesquisas e procedimentos científicos, especialmente de áreas da biologia e medicina, que envolvam a vida.

Amparado pela bioética, o biodireito “torna-se mecanismo para a preservação da dignidade humana, já que atua junto aos direitos fundamentais, reforçando o seu caráter preventivo e sancionador”<sup>3</sup>.

## ***2.2 Dignidade humana e direitos reprodutivos***

O desejo de reproduzir-se é um instinto natural<sup>4</sup>, não obstante a forma como esse instinto será externado seja algo sociamente construído, assim como as identidades de gênero. Tradicionalmente, a reprodução esteve relacionada com o instituto do matrimônio. A descendência era o objetivo primordial do casamento. Esse entendimento, fruto da influência religiosa da Igreja Católica, até bem pouco era a base do que se entendia como família. A geração de uma nova vida seria resultado da comunhão física e espiritual dos cônjuges, e não se concebia um “direito à reprodução” independente, desvinculado do matrimônio.

---

<sup>3</sup> TAVARES, Fernando Horta; FRANCO; Livia Rosa et al. Ob. cit., p. 111.

<sup>4</sup> LOURENZON, Patrícia Miranda. *Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório*. In: Revista de direito privado, 2010. v. 11, n. 42, p. 108.

Esse contexto passou por diversas transformações, na forma como se entendia a instituição familiar, a filiação e os papéis sexuais, influenciado por diversos movimentos, em especial o feminista e o LGBT, trazendo a possibilidade de se pensar em direitos sexuais e reprodutivos. A gradual conquista da autonomia econômica e social da mulher, a adoção de políticas afirmativas da homossexualidade e o advento das tecnologias reprodutivas trouxeram novos processos de diversificação da família e aprofundaram a dissociação entre reprodução e casamento.

Paralelamente ao desenvolvimento da medicina reprodutiva, com o aperfeiçoamento das técnicas de concepção assistida, o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos fez com que a reprodução deixasse de ser entendida como uma consequência do casamento, e passasse a ser identificada como um desdobramento dos direitos da personalidade, a partir da ótica jurídico-constitucional, o que deu origem ao direito à procriação de forma individualizada, para o homem e para a mulher<sup>5</sup>.

A maternidade/paternidade “como emanção da própria personalidade dos indivíduos, pode ser reconhecida como um direito, ainda que não tipificado explicitamente na lei”<sup>6</sup>.

A dignidade da pessoa humana é assegurada na possibilidade de autodeterminação na busca de realização pessoal<sup>7</sup>. O desejo de ter filhos se enquadra na realização pessoal, quando é concretizado em um projeto parental responsável. A procriação se revela uma extensão da personalidade, junto com o direito à vida, ao nome, à honra e imagem, à saúde, e a liberdade, de buscar o desenvolvimento pessoal e realizar o planejamento familiar.

A esterilidade, ao longo da história da humanidade, foi vista social e culturalmente como algo negativo, em contraposição à fecundidade, que era identificada com prosperidade e alegria. Atualmente, a capacidade ou não de gerar filhos “são situações que afetam a personalidade de cada um, influenciando não só a ideia que cada um tem de si mesmo, mas inclusive sua forma de relação com o restante da sociedade”<sup>8</sup>. É algo que normalmente não se limita ao âmbito individual, mas que pode atingir o casal e a família. Essa situação, por excelência, é identificada como a principal justificativa para se recorrer à ajuda médica para possibilitar a reprodução.

---

<sup>5</sup> LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob Cit., p. 109.

<sup>6</sup> SAPKO, Vera Lucia da Silva. *Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais: sua viabilização pela adoção e reprodução assistida*. Curitiba: Juruá. 2005. p. 110. apud LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob Cit., p. 111.

<sup>7</sup> OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, 2011. v. 12, n. 20, p. 21.

<sup>8</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 17. apud LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob Cit., p. 110.

Nesse sentido, pode-se dizer que a fecundidade ou infertilidade são aspectos importantes no desenvolvimento da personalidade de uma pessoa. Não só da mulher, como geralmente se mostra o foco nas discussões a respeito da gestação de substituição, mas também do homem<sup>9</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, em seu artigo XVI, 1, dispõe: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família”. Pode-se entender que está implícito o direito à procriação, como uma das formas de o indivíduo fundar sua família.

A liberdade de procriar surge da autodeterminação dos indivíduos para eleger um projeto pessoal de vida, desde que respeitados certos limites, que serão mais bem explorados em momento oportuno.

Ademais, não se pode olvidar que a infertilidade é considerada um problema de saúde e, em virtude do direito à saúde, consagrado no artigo 6º da Constituição Federal dentre os direitos sociais, merece assistência e tratamento<sup>10</sup>. Há quem defenda o direito à procriação e ao planejamento familiar não como um direito individual, como inicialmente ele surgiu, mas como um direito social, o que implica em atuação estatal e traz diversas questões quanto à implementação desse direito. É o que se depreende do entendimento esposado por Flávia Piovesan:

Os direitos sexuais e os direitos reprodutivos podem ser compreendidos como um conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, circulando no universo dos direitos civis e políticos (quando se refere à liberdade, autonomia, integridade, etc.) e aos direitos econômicos, sociais e culturais (quando se referem às políticas do Estado)<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Geralmente, as discussões de infertilidade e planejamento familiar são mais voltadas às mulheres. não obstante, os homens também têm o desejo de constituir família, e a infertilidade também os angustia. Ver: BORLOT, Ana Maria Monteiro; TRINDADE, Zeidi Araújo. *As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico*. Estudos de Psicologia 2004, 9(1), 63-70. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/0D/epsic/v9n1/22382.pdf>>. Acesso em: 23 de junho de 2013.

<sup>10</sup> MENDES, Christine Keller de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*. In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, 2007. v. 9, n. 0, p. 38.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas Atuais de Direitos Humanos*. São Paulo: Limonad. 1998. p. 168. apud BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam; ALVES, Marcelle. *Os Tribunais e os Direitos Sexuais e Reprodutivos*. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (Org). *Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 3.

Nesse sentido, é importante que o Estado ampare quem sofre com tais limitações e assegure medidas eficazes que regulem a utilização das técnicas de reprodução assistida, como um desdobramento do direito à saúde.

### **2.3 As técnicas de reprodução assistida**

Por diversas razões, o desejo de ter filhos pode não ser preenchido. A reprodução humana somente pode ocorrer de forma natural quando se fizerem presentes certas condições, físicas e biológicas. A esterilidade, ou infertilidade, são exemplos de situações impeditivas da reprodução dita natural, sem assistência médica. Nessa hipótese, em que há impossibilidade biológica da reprodução, homens e mulheres encontram a solução nas técnicas de reprodução assistida, para o restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva, e a tão desejada geração de um filho<sup>12</sup>.

Esterilidade e infertilidade normalmente são termos utilizados sem distinção no âmbito jurídico, designando a “impossibilidade da reprodução decorrente do contato sexual entre homem e mulher”<sup>13</sup>. No entanto, são conceitos diferentes para a medicina. Esterilidade é uma condição irreversível que leva à incapacidade de fertilização ou reprodução. Infertilidade é a fertilidade diminuída, mas não é algo irreversível como a esterilidade<sup>14</sup>. A Organização Mundial de Saúde conceitua infertilidade como a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais sem proteção.

Mas independente de ser um fator absoluto (esterilidade) ou relativo (infertilidade), são situações que limitam a capacidade reprodutiva de homens e mulheres, ou seja, impedem que se efetive o desejo de reprodução. No presente trabalho, os termos serão utilizados como sinônimos.

As técnicas de concepção assistida surgem nesse contexto, a partir do desenvolvimento da medicina reprodutiva, disponibilizando maneiras de contornar os

---

<sup>12</sup> Existem estudos realizados com casais que apontam a preferência deles em recorrer às técnicas de reprodução assistida, para ter um filho que guarde vínculo genético. Ver: VARGAS, Eliane Portes; RUSSO, Jane A.; HEILBORN, Maria Luiza. *Sexualidade e reprodução: usos e valores relativos ao desejo de filhos entre casais de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2010. v. 26, n. 1, Jan. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2010000100016](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000100016). Acesso em: 20 de junho de 2013.

<sup>13</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 635. apud LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob Cit., p. 110.

<sup>14</sup> STEDMAN, Thomas Lathrop. *Stedman dicionário médico*. Trad. Cláudia Lúcia Caetano de Araújo et al. 25. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996. apud VEIGA, Janaína de Lima. *Validade Jurídica do Contrato de Gestação de substituição*. In: Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco. Recife, v. 11, n. 23, jan/jul. 2006, p. 454.

problemas de saúde de casais que não conseguiam procriar através da relação sexual, sem interferência. Essas tecnologias, muitas vezes, apenas compensam o problema e permitem a reprodução, sem que haja verdadeira cura da condição médica.

Entende-se por reprodução assistida “o conjunto de técnicas laboratoriais que visa a obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo”<sup>15</sup>. No entanto, tais métodos fizeram mais do que simplesmente permitir que casais estéreis tivessem filhos. A interferência médica trouxe importantes transformações não só no campo da Medicina, mas no da Psicologia, Ética, Direito, na própria forma como a humanidade entende o ato de gerar e dar vida, entre outras estruturas sociais e culturais elementares, bem como abalaram postulados ditos básicos e certos. Ao dissociar sexualidade e procriação, verifica-se que a reprodução passou a decorrer mais do ato de vontade, do que simplesmente do fenômeno biológico da relação sexual.

Os métodos de reprodução assistida podem ser classificados tomando por critério a exigência de recursos tecnológicos. Assim, podem ser de alta complexidade, como o caso da fertilização *in vitro*, e de baixa complexidade, caso da inseminação artificial. Há outros recursos que não são propriamente técnicas de reprodução assistida, mas decorrem delas e servem para complementá-las, como a doação e criopreservação de embriões e gametas. Nesta última categoria se insere a gestação de substituição, foco do presente trabalho.

A falta de legislação jurídica específica é um empecilho para que as técnicas de procriação assistida sejam utilizadas com maior tranquilidade, e com mais segurança jurídica. O legislador não pode fechar os olhos e ignorar o avanço da ciência nesse campo. Essa necessidade de regulamentação torna-se ainda mais necessária, quando se considera que tais técnicas afastam a aplicação de princípios e pressupostos elementares do ordenamento jurídico brasileiro.

Uma vez reconhecido o direito à procriação como direito subjetivo, pelo Princípio da Igualdade, não deve haver discriminação entre homens e mulheres férteis ou inférteis<sup>16</sup>. As técnicas conceptivas disponibilizadas pela medicina são justamente a maneira de se garantir o direito à reprodução de indivíduos inférteis. Se todos têm o direito de fundar família, e se para isso for necessário recorrer a métodos para auxiliar a reprodução, não deve haver óbice jurídico para que essas pessoas tenham acesso e possam concretizar seu direito.

O consentimento informado, necessário para o acesso aos métodos reprodutivos, é requisito que decorre do princípio da dignidade humana, pois o indivíduo tem liberdade para

---

<sup>15</sup> TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariângela. Ob. Cit., p. 100.

<sup>16</sup> MENDES, Christine Keller de Lima. Ob. Cit., p. 39

escolher o tratamento ao qual será submetido, ou decidir não ser submetido a tratamento algum<sup>17</sup>. Não compete ao Estado ou ao profissional de saúde dispor desse poder. Com efeito, estabelece o artigo 24 do Código de Ética Médica (Resolução 1.931/2009) que é vedado ao médico “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”<sup>18</sup>.

### 2.3.1 Breve histórico

A utilização da fertilização *in vitro* com sucesso se deu pela primeira vez na cidade de Oldham, na Inglaterra, em 1978, resultado do trabalho dos pesquisadores Patrick Steptoe e Robert Edwards. Trata-se do famoso primeiro “bebê de proveta”, Louise Joy Brown. No Brasil, a primeira criança nascida com auxílio da fertilização *in vitro* foi Anna Paula Caldera, em 7 de outubro de 1984<sup>19</sup>.

Um caso que se tornou particularmente famoso na literatura foi o do casal Stern e Mary Beth Whitehead, em 1985, em New Jersey, Estados Unidos. Elizabeth Stern sofria de esclerose múltipla e não podia conceber filhos sem que isso trouxesse riscos à sua saúde. Ela e o marido William desejavam muito um filho e, com esse intuito, procuraram um centro que trabalhava com técnicas conceptivas e intermediava contratos de gestação de substituição. Em março de 1985, o casal Stern firmou um contrato com Mary Beth. Esta aceitaria se submeter a uma inseminação artificial, com material genético de William, gestaria o filho, que no caso teria vínculo genético com ela também, e o entregaria ao casal, renunciando à maternidade. Os Sterns, por outro lado, pagariam a quantia de 10 mil dólares. Em 1986 nasceria uma menina, filha biológica de William Stern e Mary Beth. Após o nascimento, no entanto, Mary Beth se afeiçoou demais à criança para entregá-la e fugiu para a Flórida com ela. O casal conseguiu uma ordem judicial para que ela entregasse a criança, e instalou-se uma disputa judicial pela guarda do bebê.

O juiz encarregado do julgamento considerou o contrato válido, rejeitando a ideia de que se tratava de comércio de crianças. No pensamento do julgador, o casal havia pagado

<sup>17</sup> Ressalta-se aqui que as técnicas da inseminação artificial e fertilização *in vitro*, bem como outras que possam ser utilizadas, além de serem bastante invasivas, remexendo a intimidade especialmente da mulher, não garantem com certeza que a gravidez será alcançada. Nesse, sentido: CORREA, Marilena C. D. V. *As novas tecnologias reprodutivas: uma revolução a ser assimilada*. Editorial Physis, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jun. 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73311997000100004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73311997000100004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

<sup>18</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.931, de 24 de setembro de 2009. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm)>. Acesso em: 23 de junho de 2013.

<sup>19</sup> VEIGA, Janaína de Lima. Ob. cit., p. 456.

apenas pelo trabalho de gestar a criança, sem que houvesse falhas de consentimento capazes de viciar o negócio jurídico. Ele considerou que ambas as partes tinham o mesmo poder de barganha. Quando o caso chegou à Suprema Corte de New Jersey, o colegiado anulou a sentença e reputou inválido o contrato, sob o fundamento de que a hipótese configurava comércio de bebês. A guarda acabou ficando com o casal, não por causa do contrato, mas sim com base no entendimento de que este seria o resultado que mais bem atenderia os interesses da criança, tendo assegurado também direito de visitação para a gestante substituta, Mary Beth. O caso tornou-se um paradigma para julgamentos posteriores.

Pelo exposto, não se pode deixar de notar que as técnicas de reprodução assistida já estão sendo desenvolvidas há algum tempo, sem que exista uma regulamentação legal mais robusta para balizar sua aplicação.

### ***2.3.2 Inseminação artificial e fertilização in vitro***

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida que consiste na introdução do sêmen no órgão sexual feminino, sem a necessidade de haver o coito.

Já a fertilização *in vitro* é uma técnica extracorpórea, conhecida por originar os chamados “bebês de proveta”, e implica na extração das células reprodutivas masculina e feminina, e fecundação do óvulo fora do corpo feminino, com a posterior introdução do embrião já formado, para se desenvolver no útero da mulher.

Tanto a fertilização *in vitro* quanto a inseminação artificial podem ser homólogas, quando se utiliza o óvulo da mulher e o espermatozoide do marido ou companheiro, ou heterólogas, quando este não é capaz de fornecer seu material genético, e então se recorre ao sêmen de terceira pessoa, geralmente através de bancos de esperma. Existe também a possibilidade de se recorrer a óvulo de uma terceira, se a mulher não dispuser de gametas viáveis para a reprodução, mas tiver a capacidade de gestar em perfeitas condições. Ou pode ser utilizado material genético tanto masculino quanto feminino de terceiros, e nesse caso a criança estaria ligada à mulher, e ao casal, pela gestação somente.

As técnicas homólogas não costumam gerar muitos questionamentos jurídicos, pois há perfeita coincidência entre a filiação genética e a afetivo-legal. Por outro lado, as técnicas heterólogas acabam trazendo maiores implicações a respeito da filiação legal, na proporção em que a paternidade/maternidade biológica não coincidirá com a jurídica, o que envolve diversas questões sobre o poder familiar, obrigações alimentares, hereditariedade e direitos sucessórios. Uma questão muito polêmica está no embate entre o anonimato da doação de

material genético e o direito de conhecer a origem genética, este identificado por alguns autores como atributo da personalidade, o que não será desenvolvido aqui por fugir ao objeto do trabalho.

### **2.3.3 A gestação de substituição**

Várias são as expressões para se referir à prática. Barriga de aluguel, útero de aluguel, útero emprestado, cessão de útero, mãe hospedeira, mãe substituta, mãe de empréstimo, mãe por procuração, maternidade sub-rogada, maternidade de substituição. O termo barriga de aluguel é um tanto pejorativo, pois dá a ideia de que a mulher seria uma espécie de incubadora. Já os termos que são compostos das palavras “mãe” ou “maternidade” também são inadequados, pois a única função da maternidade que estará sendo exercida é a gestação. Por isso o termo mais adequado seria gestação de substituição, e foi justamente o utilizado pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A gestação de substituição é a técnica complementar às modalidades de reprodução humana assistida em que se utiliza útero alheio, devido à incapacidade de procriação. Implica na participação de uma mulher que irá gestar a criança, para depois entregá-la a quem o solicitou. O método não se trata propriamente de uma técnica de reprodução assistida, como anteriormente afirmado, mas é um recurso ao qual se recorre para assegurar o desenvolvimento do embrião.

A maioria dos conceitos sobre a gestação de substituição se referem à situação em que exista alguma condição médica que impossibilite ou traga riscos à mulher que deseja ter o filho e, dessa forma, o filho desta é gerido por outra mulher, que se dispõe a gestá-lo. Seria o caso de mulheres que possuem alguma enfermidade no útero, ou uma condição médica que impeça ou dificulte uma gestação normal.

No entanto, esse conceito mostra-se insuficiente, tendo em vista que casais homoafetivos não estariam abrangidos adequadamente. No caso de um casal de homossexuais femininas, se uma delas for capaz de gerar filhos não será necessário utilizar a gestação de substituição, bastará recorrer a um banco de sêmen e realizar inseminação artificial ou fertilização *in vitro*. Somente se as duas parceiras forem incapazes de gestar é que seria necessário realizar a gestação por uma terceira. No entanto, no caso de casais homossexuais masculinos, a técnica será sempre necessária.

A gestação de substituição pode ser homóloga, quando o material genético a ser transferido para o útero alheio é do próprio casal titular do projeto parental. Será heteróloga

quando o material não for todo do casal. Várias são as possibilidades envolvidas. O sêmen pode ser buscado em um banco, caso o marido ou companheiro não seja capaz de fornecê-lo, utilizando-se apenas o óvulo da mulher, para formar o embrião a ser implantado na terceira. Ou o óvulo da mulher pode não ser viável, e dessa forma é utilizado o sêmen do marido para fecundar um óvulo procedente de um banco, ou mesmo da própria gestante substituta, que, nesse caso, estará ligada geneticamente à criança a ser entregue. Ou todo o material genético, tanto óvulo quanto espermatozoide, pode ser proveniente de um banco, que formarão o embrião para ser implantado no útero da mulher que irá gerar o filho para o casal.

No caso da gestação de substituição homóloga, o filho estará vinculado ao casal tanto geneticamente quanto afetivamente. A gestante somente contribuirá gerando a criança, sem fornecer o próprio material genético. No entanto, no caso de se recorrer ao material de terceiros para a formação do embrião, rompe-se o vínculo biológico entre o pai/mãe, ou até entre ambos, e a criança. Nessas hipóteses, surge a indagação de como estabelecer a filiação legal.

#### ***2.3.4 A lacuna jurídica quanto ao útero de substituição***

Atualmente, não há regulamentação jurídica específica sobre a gestação de substituição. Até mesmo sobre as técnicas de reprodução assistida, consideradas genericamente, as previsões são insuficientes. O Código Civil de 2002 inovou ao acrescentar alguns dispositivos sobre o tema, apesar de serem muito superficiais e não conseguirem abarcar toda a complexidade que está relacionada. O avanço foi muito tímido, especialmente considerando que a medicina reprodutiva está em franco desenvolvimento há algumas décadas. Dispõe o artigo 1.597 do Código, que trata das presunções legais de paternidade:

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

(...)

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

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

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

Observa-se também que não há uma sistematização quanto aos termos usados no referido dispositivo legal, que ora menciona fecundação artificial e ora fala de concepção artificial.

Durante a III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado, foi editado o Enunciado nº 257, referente ao artigo 1.597 do CC, nos seguintes termos:

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição<sup>20</sup>.

A tendência em dar uma interpretação restritiva à previsão do Código Civil impede que esta pudesse ser utilizada para presumir concebidos na constância do casamento os filhos havidos por gestação de substituição, que é aplicada em conjunto com as técnicas de reprodução artificial mais comumente utilizadas, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

Acrescenta-se que não há norma penal que tipifique a conduta de firmar pacto para a gestação de substituição, ou intermediar pessoas com essa finalidade.

Diante da ausência de previsão legal, os autores afirmam que não haveria óbice que impeça a realização da técnica. Pelo princípio da legalidade, estabelecido no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, aplicado aos particulares, tudo o que não é proibido em lei é permitido<sup>21</sup>.

Em matéria de legislação positivada, tudo o que existem são apenas alguns projetos de lei com o fito de regulamentar as principais questões referentes às tecnologias reprodutivas, que em sua maioria basicamente reproduzem determinações do CFM. São eles: o Projeto de Lei da Câmara nº 3.638/1993, de autoria do Deputado Luiz Moreira, que se encontra arquivado<sup>22</sup>; o Projeto de Lei do Senado nº 90/1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que na Câmara ganhou o número 1.184/2003, ao qual estão apensados vários outros projetos de lei, alguns inclusive bastante recentes, como o PL 7.701/2010, o PL 3.977/2012 e o PL 4.892/2012. Tal fato demonstra a preocupação de alguns membros do Legislativo para com o

---

<sup>20</sup> III Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 12 de junho de 2013.

<sup>21</sup> MENDES, Christine Keller de Lima. Ob. Cit., p. 38.

<sup>22</sup> Em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976>>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

tema. O PL 1.184/2003 teve movimentação no ano de 2013, e presentemente aguarda parecer na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados<sup>23</sup>.

#### ***2.4 As resoluções do Conselho Federal de Medicina***

Em meio a essa enorme lacuna legal, foi editada regulamentação consubstanciada nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que trataram do tema. No entanto, estas têm caráter meramente deontológico e são voltadas somente para os médicos. Não têm força de norma cogente, e só trazem sanções administrativas. Dessa forma, não vinculam as partes que desejarem realizar um contrato tendo por objeto a gestação.

A Resolução CFM nº 1.957/2010<sup>24</sup>, que revogou a Resolução CFM nº 1.358/1992, trazia a previsão de que as candidatas a “doadoras temporárias do útero” deveriam pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau. Nos casos que não se enquadrassem na regra, seria necessária a autorização prévia do competente Conselho Regional de Medicina. A exigência do parentesco seria uma forma de evitar o caráter comercial da gestação de substituição, que é vedado pela Resolução, sob o fundamento de que entre familiares existiria uma maior solidariedade e intimidade, evitando eventuais conflitos, que, caso surjam, sempre serão prejudiciais não só aos litigantes, mas principalmente à própria criança.

Além do grau de parentesco, seria desejável que quem se dispôs a gerar uma criança para depois entregá-la a outra pessoa tenha maturidade suficiente para tanto<sup>25</sup>, algo que deveria ser investigado com acompanhamento psicológico prévio, com o intuito de evitar conflitos futuros. A gestação de substituição envolve questões muito delicadas tanto para quem gera o filho, quanto para quem desejou essa criança.

<sup>23</sup> Em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

<sup>24</sup> A Resolução CFM nº 1.957/2010 dispunha nos seguintes termos:

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

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana 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.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

<sup>25</sup> LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob. Cit., p. 120.

O Conselho Federal de Medicina editou, recentemente, a Resolução nº 2.013/2013<sup>26</sup>, publicada em 9 de maio de 2013, e revogou aquela que tratava das técnicas de reprodução assistida anteriormente, a de nº 1.957. Essa nova resolução representou avanços significativos na regência do tema. Primeiro, ela ampliou o acesso dos métodos aos casais homoafetivos, que não estavam expressamente enquadrados na previsão anterior, de existência de “problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética”.

Ainda, a Resolução alargou o grau de parentesco que a doadora temporária de útero deve ter, para até o quarto grau, e que pode ser com qualquer um dos parceiros, sem que haja necessidade de autorização do Conselho Regional. Mantém-se a vedação à mercantilização e é apresentado um procedimento mais detalhado para utilizar a técnica, o que inclui o Termo de Consentimento Informado assinado pelos participantes e uma investigação psicológica da mulher que será a gestante.

Destaca-se a obrigatoriedade de constar no prontuário do paciente um contrato firmado entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero. A questão da validade do contrato ainda gera muita discussão entre os autores, e será analisada à frente.

---

<sup>26</sup> VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana 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 ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

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

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

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;
- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

## 2.5 A Lei do Planejamento Familiar

A Constituição Federal de 1988 assegurou o planejamento familiar em seu artigo 226, § 7º, nos seguintes termos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Esse dispositivo constitucional explicita a autodeterminação para que os casais realizem o planejamento familiar, seja limitando ou aumentando o número de filhos, e atribui ao Estado o dever de garantir os meios para que isso seja possível, ou seja, propiciando tanto a utilização de meios contraceptivos como conceptivos, o que cabe à decisão exclusiva do casal. Uma das formas de dar efetividade à previsão é justamente regulamentando o uso das técnicas de reprodução assistida, dentre elas a gestação de substituição.

Como bem destaca Ana Carolina Brochado Teixeira,

Quando a Constituição confere ao casal a livre decisão do planejamento familiar, proibindo a interferência do Estado ou da iniciativa privada na constituição da família (art. 226, § 7º), também está prevendo, embora de forma indireta, o direito à procriação. Ora, se cabe ao casal planejar livremente a constituição da família, presume-se que ambos têm ampla liberdade de decisão, no que tange à geração dos filhos, utilizando-se, destarte, de métodos artificiais, caso haja alguma impossibilidade natural para tal<sup>27</sup>.

A Lei do Planejamento Familiar, nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, ao regulamentar o dispositivo do art. 226, § 7º, da Carta Magna, quase dez anos depois da promulgação da Constituição de 1988, somente reforçou o entendimento de que a procriação é um direito subjetivo.

---

<sup>27</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição*. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Bioteχνologias e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 311.

Com efeito, ao definir o que seria planejamento familiar, o art. 2º dispõe que seria 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*” (grifos nossos). Ou seja, o legislador infraconstitucional entendeu por bem estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, em respeito ao Princípio da Isonomia, para realizar esse planejamento, voltado não apenas à mulher, que historicamente teve o papel primordial de reprodução e cuidados com a prole, mas também ao homem. Outra interpretação possível é a de que o planejamento familiar não é algo exclusivamente do casal, mas também de homens e mulheres individualmente considerados.

No art. 9º, o legislador ordinário ainda definiu que “serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, *garantida a liberdade de opção*” (grifos nossos). Ou seja, pode-se entender que a gestação de substituição estaria incluída.

Tendo em vista esse panorama jurídico constitucional e infraconstitucional, a gestação de substituição deve ser permitida como forma de materializar a opção da mulher, do homem e do casal, da forma como é referida na Lei 9.263/1996, efetivando a autodeterminação quanto ao planejamento familiar. Se determinado projeto parental requerer a utilização de tal técnica, não há óbice jurídico para que ela seja utilizada, desde que respeitados certos limites, entre os quais avultam o princípio da dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável.

### **3. Análise filosófica da gestação de substituição**

O direito à procriação, como decorrência da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, tem bases jurídicas que permitem a utilização da técnica de gestação de substituição, ainda que não haja previsão expressa nesse sentido. Além desse viés, o tema pode ser analisado sob o ângulo das teorias éticas, pois estas têm importante influência no desenvolvimento da ciência jurídica.

Michael Sandel (2009), em sua obra *Justiça*, apresenta um quadro genérico no qual se enquadrariam as abordagens éticas sobre a Justiça, que, por sua vez, é identificada como o modo de distribuição de bens em uma sociedade, nos seguintes termos:

Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. (...)

(...) identificamos três maneiras de abordar a distribuição de bens: a que leva em consideração o bem-estar, a que aborda a questão pela perspectiva da liberdade e a que se baseia no conceito de virtude. Cada um desses ideais sugere uma forma diferente de pensar sobre a justiça<sup>28</sup>.

No decorrer de sua obra, o professor de Harvard explicita os pressupostos de cada uma dessas ideias sobre a Justiça, quais sejam, o utilitarismo (maximização do bem-estar), as teorias libertaristas (respeito à liberdade e aos direitos individuais) e as teorias baseadas na virtude (promoção de determinada concepção de vida boa), e as aplica a diversas situações, sem se prender a questões meramente jurídicas, mas ultrapassando esse âmbito.

Ressalta-se que não se quer aqui exaurir os argumentos propostos por cada uma das vertentes grandes filosóficas apresentadas, mas tão somente apresentar um panorama geral dos diferentes modos de analisar a gestação de substituição a partir de diferentes raciocínios éticos.

### ***3.1 A doutrina utilitarista de Jeremy Bentham***

O utilitarismo, fundado pelo filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832), tem como fundamento a noção de maximização da utilidade. Este seria o objetivo último da moral. Para chegar a essa linha de pensamento, Bentham adota como pressuposto o fato de que os seres humanos são governados pelos sentimentos de dor e prazer. Sendo assim, todas as ações realizadas são voltadas a evitar a dor e gerar prazer, o que é o próprio conceito de utilidade, segundo o pensador.

A definição do que seria certo ou errado advém, portanto, dessa premissa, de modo que o certo é sempre buscar potencializar a utilidade. O ponto de partida para todas as nossas ações, e, como não poderia ser diferente, para o argumento moral, é o princípio da utilidade, ainda que seja de maneira implícita e por mais que o homem queira negá-lo. Trata-se de uma ética consequencialista.

Um governo baseado nessa doutrina seria aquele que sempre busca maximizar a felicidade da comunidade em geral, identificada como a soma dos indivíduos que a compõem, de acordo com Bentham.

---

<sup>28</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 28.

Para analisar se determinada ação é moral ou não, devemos observar tão somente as suas consequências. Exatamente nisso está o problema mais evidente do utilitarismo, pois ele acaba por relativizar os direitos individuais e tornar todos os aspectos da vida uma mera questão de cálculo, de verificar a relação de custos e benefícios envolvidos, e não uma questão de princípio.

Quando se considera a soma das preferências e desejos, esse pensamento pode fazer desmoronar as garantias mais básicas, se, no cômputo geral, a utilidade para o maior número de pessoas for atingida. Ainda, o cálculo, uma vez que é essencialmente uma relação matemática, não se fixa tanto a questões de distribuição da utilidade. Quanto maior a quantidade de felicidade, melhor.

Outro questionamento é que a lógica utilitarista não julga as preferências levadas em consideração. Obviamente, as pessoas têm diferentes concepções do que seria felicidade para elas, mas isso não é objeto de análise pelo utilitarismo. Ele simplesmente quantifica todas sem fazer qualquer julgamento de valor, e as traduz em uma moeda comum. O mesmo ocorre com bens de naturezas diversas, não só os patrimoniais, suscetíveis de avaliação financeira, mas também bens não patrimoniais, como a própria vida humana, que são todos comparados com base no mesmo critério.

Pela doutrina utilitarista, não haveria qualquer problema em comercializar a capacidade reprodutiva da mulher através do estabelecimento de um contrato. Ambas as partes, tanto o casal que contrata o “serviço”, quanto a mãe gestacional auferem um benefício, sem que isso prejudique outras pessoas. Aquele, conseguindo realizar o desejo de ter um filho com o material genético dos dois cônjuges (ou de pelo menos um deles, no caso da impossibilidade do outro), e esta, recebendo uma contraprestação financeira pelo fato de nutrir e carregar um bebê em seu ventre por nove meses, o que inclui todos os cuidados especiais que devem ser tomados durante esse período. A negociação mutuamente vantajosa deve ser respeitada, pois promove o bem-estar geral, maximizando a felicidade.

Na Índia, os contratos de “barriga de aluguel” onerosos são perfeitamente legais, e inclusive atraem casais de todas as partes do mundo, tendo em vista os custos reduzidos para a realização dos procedimentos, em comparação com outros países. O *Centre for Social Research* (CSR), organização não governamental baseada em Nova Deli, Índia<sup>29</sup>, realizou em

---

<sup>29</sup> A página da instituição na internet pode ser acessada pelo endereço: <<http://www.csrindia.org/>>.

2012 ampla pesquisa intitulada *Surrogate Motherhood – Ethical ou Commercial*<sup>30</sup>, que traz diversos dados sobre a gestação de substituição.

Segundo a pesquisa, o número estimado de bebês nascidos através da técnica em análise chega aos vinte e cinco mil nos Estados Unidos, onde a remuneração paga às gestantes substitutas gira em torno de \$20.000 a \$25.000 dólares. A prática, expressamente proibida em quase todos os estados norte-americanos e em vários países europeus, foi legalizada na Índia em 2002. O custo total dos procedimentos neste país é muito inferior ao gasto para a mesma finalidade, como esclarece o relatório do CSR. Na Índia, os pagamentos realizados às doadoras temporárias de útero ficam entre \$2.500 e \$7.000 dólares. O custo total, já inclusa a remuneração da gestante, está no valor entre \$10.000 e \$35.000 dólares. Bem menos do que os valores praticados nos Estados Unidos, onde o custo final flutua entre \$59.000 e \$80.000 dólares.

A pesquisa aponta ainda que existem atualmente mais de 600 clínicas de fertilização, estabelecidas tanto em zonas rurais como em urbanas, em quase todos os estados indianos. A comercialização da gestação de substituição é muito promissora na Índia: o número oficial de turistas buscando tais serviços médicos aumentou de 150.000 em 2005 para 450.000 em 2008.

O negócio é tão promissor que chega a se falar em “turismo da medicina reprodutiva”<sup>31</sup> e na criação de uma nova indústria, a da “terceirização reprodutiva”<sup>32</sup>. O montante financeiro movimentado pelo segmento está valorado em mais de 450 milhões de dólares por ano, também segundo a referida pesquisa.

Talvez, a política legislativa adotada nesse país possa ter sido influenciada em alguma medida pelo princípio utilitarista, para justificar a legalização do contrato de gestação de substituição, uma vez que, dentro dessa lógica, fica difícil reputar ilegítima a comercialização do útero. Pelo cálculo fornecido pelo utilitarismo, o contrato de “barriga de aluguel” só seria refutado se o acordo reduzisse a felicidade de alguém mais do que beneficiasse as partes, pois assim estaria sendo desrespeitado o princípio da utilidade. Nem mesmo a criança que está sendo entregue pela mulher que a gerou estaria sendo prejudicada, pois, envolvendo ou não dinheiro para proporcionar o seu nascimento, ela teria assegurado um lar que a abrigaria.

---

<sup>30</sup> O estudo completo está disponível em: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2013.

<sup>31</sup> Expressão utilizada em matéria jornalística veiculada na Revista *Veja*, intitulada *Gravidez a soldo*. In: *Veja*, 2008, v. 18, p. 143. Disponível em: < [http://veja.abril.com.br/070508/p\\_140.shtml](http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml) >. Acesso em: 15 de junho de 2013.

<sup>32</sup> Expressão utilizada em matéria jornalística veiculada na Revista *Veja*, intitulada *Alugam-se mães*. In: *Veja*, 2009, v. 42, n. 42, p. 118. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/211009/alugam-se-maes-p-118.shtml> >. Acesso em: 15 de junho de 2013.

Ainda hoje, o cálculo utilitarista é aplicado na tomada de decisões por governos e entidades privadas, quando querem cotejar os custos e benefícios de uma determinada ação. Entretanto, a tradução de valores morais em termos monetários, que é normalmente a maneira de permitir a comparação, pode se revelar um tanto inadequada e levar a enganos. A maternidade e o corpo feminino estão no grupo dos valores que perdem o seu verdadeiro significado quando submetidos ao utilitarismo.

### ***3.1.1 A defesa do utilitarismo de John Stuart Mill***

O filósofo John Stuart Mill (1859), percebendo essas falhas do pensamento utilitarista, de que não daria o devido valor aos direitos individuais, tentou reformular a doutrina de forma a conferir-lhe contornos mais humanos e conciliá-la com tais direitos. O princípio central de sua teoria é o de que o homem é soberano para fazer o que quiser, contanto que respeite os direitos dos outros. Desde que não prejudique os demais, o indivíduo tem independência absoluta no que concerne a si mesmo.

Mill mantém a ideia de maximização da utilidade, o que é um pressuposto básico. Contudo, ele entende que isso deve ser feito considerando o longo prazo, e não fazendo uma apreciação meramente casuística. Ele considera que eventual desrespeito às liberdades individuais poderia até gerar maior utilidade no curto prazo, mas protegê-las proporcionaria máxima felicidade humana no futuro. A utilidade deve ser buscada em um sentido mais amplo, baseada nos interesses permanentes do homem como um ser em evolução. A alteridade seria importante, pois colocaria a todo o momento as opiniões majoritárias em debate, e poderia até mesmo contribuir para a correção das opiniões defendidas pela maioria, evitando o conformismo que travaria o avanço social.

Contudo, a proteção dos direitos individuais com base na ideia de progresso social ainda permanece fundamentada em contingências. Se um governo despótico conseguisse levar uma sociedade a atingir felicidade no longo prazo, obrigando todos a viverem de acordo com costumes e convenções predominantes em determinada época, ainda que não se utilizasse uma coação imediata, tais direitos não seriam moralmente necessários. A doutrina continua sendo questão de cálculo, e não de princípio.

A violação dos direitos individuais não deveria ser afastada, independente do efeito que isso poderia ocasionar no bem-estar geral? Mill responde essa pergunta, afirmando que as faculdades humanas não devem ser limitadas, pois isso impede o desenvolvimento pleno de uma pessoa. Seguir convenções sem questioná-las até pode levar o indivíduo a uma vida

“feliz”, mas quem faz algo só porque é o costume vigente não procede a uma escolha, e assim não desenvolve suas capacidades mentais e morais.

Mill aparentemente conseguiria salvar o utilitarismo da contestação de que ele reduziria tudo a um mero cálculo de prós e contras, porém o autor faz isso através da invocação de um ideal moral de dignidade e de personalidade humana que independe da própria utilidade. As consequências não são tudo afinal. Ou seja, em vez de reafirmar a doutrina, ele acaba negando-a.

### ***3.2 O Libertarismo***

As teorias libertaristas dão especial ênfase à ideia de que o indivíduo é dono de si mesmo, tais como as defendidas por John Locke ou Adam Smith. Cada um de nós é dotado do direito fundamental de liberdade e, sendo assim, temos o direito de fazer o que desejarmos com aquilo que nos pertence, sempre mantendo o respeito ao direito de liberdade dos outros. Esta simples premissa tem um apelo muito forte, e dela advêm inúmeras implicações morais.

O Estado deve ser mínimo, ou seja, deve tão somente garantir o direito de propriedade, manter a segurança e exigir o cumprimento dos contratos. Qualquer atividade além disto é injustificável ante a liberdade inviolável dos indivíduos, pois os obriga a fazer o que podem não querer. Não deve haver prestações positivas do Estado tal como propugnam os teóricos do Estado de bem-estar social, não deve haver paternalismo, legislação sobre as concepções de vida boa e nem redistribuição de renda ou riqueza. O terreno da moral passa a ser de domínio privado apenas. O mercado deve ser livre das amarras do Estado, de modo a respeitar as escolhas individuais, bem como os contratos voluntariamente estabelecidos.

Partindo dessa ideia, se eu sou o senhor soberano dos meus pertences, e também do meu corpo, posso fazer o que quiser com ele, desde que não prejudique a ninguém. A gestação de substituição estaria resguardada. Seja por motivações altruísticas, seja por interesse comercial, a mulher deve ter resguardado o poder absoluto que detém sobre o próprio corpo. Um ajuste estabelecido espontaneamente entre dois adultos, ainda que tenha por objeto a disposição de um bem incomum, como a capacidade reprodutiva, deve ser respeitado, em estima à liberdade dos contratantes.

Dentro da lógica desse pensamento, da mesma forma que um homem poderia vender seu sêmen, a mulher poderia vender seus óvulos ou comercializar sua capacidade de geração do embrião em seu útero. O Estado não seria um ente legitimado para ditar regras nesse

campo, pois cada ser humano é dotado de capacidade de raciocínio, e deve ter a autonomia para chegar às próprias conclusões sobre questões morais.

### ***3.3 A filosofia moral de Immanuel Kant***

A proposta apresentada por Immanuel Kant (1724-1804) à moralidade é uma das mais influentes da história da humanidade. A premissa básica adotada por ele é a de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito. Kant entende que a moral está fundamentada no respeito ao ser humano como um fim em si mesmo. Segundo tal filósofo, o indivíduo nunca deve ser tratado como instrumento, para qualquer finalidade que seja, ainda que para a produção de um resultado capaz de maximizar a felicidade geral, como propõe o utilitarismo. A relevância atribuída por ele à dignidade humana até hoje define as concepções que temos de direitos humanos universais.

Kant repudia a doutrina utilitarista porque deixa os direitos individuais completamente vulneráveis ao baseá-los em um cálculo sobre o que aumenta mais a felicidade. A moralidade não deve ser baseada em interesses, desejos e preferências, pois são considerações variáveis e contingentes. Do contrário, a lei moral só seria relativa à pessoa ou grupo cujos objetivos estivessem em questão.

Ao contrário dos utilitaristas, que entendem que somos governados por sentimentos de dor e prazer, Kant defende que somente agimos livremente quando o fazemos com autonomia, ou seja, de acordo com a lei que alguém impõe a si mesmo (o que é identificado por Kant como o imperativo categórico).

O utilitarismo estabelece que a moral deve ter o intuito de aumentar a felicidade, e assim engendra as melhores formas de satisfazer nossos desejos, os quais, no entanto, são determinações externas ao indivíduo, quer seja algo determinado biologicamente ou socialmente. Quando se está buscando prazer ou evitando a dor, não há verdadeiramente ação livre e voluntária, pois esta é voltada para uma finalidade extrínseca. Agir livremente não se limita a escolher as melhores maneiras de atingir um fim, mas sim escolher o próprio fim. Somente dessa maneira o indivíduo deixa de ser instrumento de propósitos externos.

A única ação legitimamente moral pra Kant é aquela que poderia ser racionalmente tomada por qualquer um dos indivíduos que estarão sujeitos de alguma forma a ela. Ressalta-se, ação autônoma, ou seja, fundamentada na lei que o indivíduo impõe a si mesmo, em cumprimento ao imperativo categórico, independentemente de haverem pressões ou motivações externas outras. Dever e autonomia estão juntos quando o indivíduo é o autor da

lei à qual deve obedecer, uma lei estabelecida a partir da racionalidade que ele possui. O valor moral não está nas consequências, mas na intenção com a qual a ação é realizada.

Apesar de associar Justiça à liberdade, tal como os libertaristas, Kant adota um conceito de liberdade muito mais restrito, intimamente ligado com nossa capacidade de raciocínio, que é o que nos torna seres capazes de transcender a mera obediência a desejos e preferências. O homem, como ser racional e merecedor de respeito que é, existe como fim em si mesmo, e não como meio. Este é um valor absoluto. A liberdade encontra limite na própria dignidade da pessoa humana.

O respeito kantiano pelo ser humano deve-se à capacidade racional que todos possuem. Os seres racionais têm dignidade. Dessa forma, a violação do respeito de uma pessoa por si mesma é tão condenável quanto a violação do respeito pelo próximo. A ideia implícita que a filosofia moral de Kant traz é a de que o ser humano não é senhor soberano e não pode dispor totalmente de si mesmo, pois deve sempre respeitar a dignidade intrínseca a ele e nunca tratar nem a si nem a ninguém como meios. Sandel expressa esse entendimento de maneira muito clara:

*Paradoxalmente, a concepção de Kant sobre autonomia impõe certos limites ao tipo de tratamento que podemos dar a nós mesmos. Recordemos: para que eu seja autônomo, é preciso que seja governado por uma lei que outorgo a mim mesmo – o imperativo categórico. E o imperativo categórico exige que eu trate as pessoas (incluindo a mim mesmo) com respeito – como finalidade, e não como um simples meio. Assim, segundo Kant, para que tenhamos autonomia é necessário que nos tratemos com respeito e que não transformemos nosso corpo em mero objeto. Não podemos utilizá-lo como bem entendermos<sup>33</sup>.*

As pessoas não têm o direito de tratar o corpo como instrumento de lucro, por mais que haja consentimento e que as condições de troca sejam equânimes, pois não está de acordo com o autorrespeito e a dignidade humana. Ainda que a venda de um órgão fosse por uma questão de sobrevivência, a noção de dignidade fixa e absoluta que Kant propõe impede que alguém o faça, ou pelo menos não sem antes violá-la.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948), em seu preâmbulo, assim dispõe: “Considerando que o *reconhecimento da dignidade* inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o

---

<sup>33</sup> SANDEL, Michael J. Ob. Cit., p. 163.

*fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”* (grifos nossos). Da mesma forma que Kant entende não termos um direito de liberdade absoluto sobre aquilo que nos pertence, até sobre o próprio corpo, a Declaração das Nações Unidas dá a entender que a liberdade só poderá ser exercida dentro da dignidade.

Se a mulher escolher dispor de seu útero para gerar uma criança para alguém que não pode fazer isso pelas vias naturais, ela deve fazer isso como um fim em si mesmo. Ela não poderia tomar essa decisão com base no pagamento que iria receber, movida por uma finalidade externa, sem mencionar que ela estaria tratando o corpo dela com finalidade lucrativa, o que é vedado, pois lesiona a dignidade humana em dela própria. E ela também não poderia fazê-lo porque aprecia estar grávida, pois se trata de um desejo também extrínseco.

### ***3.4 A concepção aristotélica de Justiça***

A teoria de justiça de Aristóteles se enquadra na categoria daquelas que se baseiam na virtude. Para o grande pensador grego, a justiça é teleológica, o que significa que, para definir os direitos, é preciso antes compreender qual o propósito, a finalidade, da prática ou instituição social em questão. A partir disso, são honradas as virtudes que se coadunam com o objetivo de tal prática. A Constituição ideal seria aquela que incute boas virtudes em seus cidadãos, ou seja, o Estado deveria adotar uma determinada concepção de vida boa e promovê-la, para cumprir adequada e plenamente sua função.

As teorias modernas de justiça focadas na liberdade, como a de Kant e John Rawls, buscam princípios de justiça neutros, para que os indivíduos, de uso da sua capacidade racional, cheguem a suas próprias concepções de vida boa, sem que isso lhes seja imposto arbitrariamente por algum instrumento externo.

Em virtude desse bloqueio em realizar quaisquer considerações quanto a valores morais e religiosos no discurso público, para tolerar o pluralismo ideológico e as diferentes concepções de vida boa individuais, os debates ficariam empobrecidos e não seriam abordadas questões realmente polêmicas em termos morais mais substanciais.

No entanto, como demonstra Sandel, ainda que se queira afirmar a neutralidade quanto à questão moral, o debate em torno de algumas questões, como o aborto ou a utilização de células-tronco para pesquisas, implica uma resposta à controvérsia moral e religiosa, ainda que implicitamente. Para estabelecer uma posição favorável ou contrária, em ambas as situações, deve ser considerado o questionamento indubitavelmente moral no que tange a qual momento deve ser entendido como o início da vida humana. É necessário responder a esse

questionamento. Aqueles que defendem a permissão de pesquisas em células-tronco, por exemplo, devem partir do pressuposto de que a vida só começa em outro momento que não o da formação do embrião, caso contrário seria o mesmo que defender a utilização de crianças para pesquisas, moralmente falando.

Outro exemplo é caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, que inclusive teve avanços importantes no debate público com o posicionamento do STF de reconhecer a união estável homoafetiva, independente de haver lei específica prevendo a situação. A questão não pode ser resolvida simplesmente em termos de liberdade dos indivíduos para elegerem seu projeto pessoal baseado no que entendem que seja vida boa. Frequentemente, aqueles que defendem tal casamento argumentam em termos liberais, sustentando que os indivíduos devem ter liberdade para escolher seus parceiros conjugais e que o não reconhecimento dessas uniões por parte do Estado seria uma afronta ao princípio da isonomia.

Contudo, se o argumento da liberdade for suficiente para resolver a questão, então não haveria por que não reconhecer também a poligamia, se esta opção ocorresse voluntariamente entre indivíduos conscientes e livres. Observa-se, assim, que a autonomia e liberdade de escolha não são suficientes para justificar a legitimidade do casamento homoafetivo. Para resolver a questão, seria necessário fazer um juízo sobre o propósito da instituição social, e verificar se esse tipo de casamento atende a essa finalidade (a não ser que se resolvesse permitir a poligamia também, simplesmente, para não adentrar essa discussão). Nisso está envolvida a concepção aristotélica de justiça, que implica na discussão das virtudes que o casamento deve respeitar e promover e no valor que essas uniões possuem.

Da mesma forma, partindo desse pensamento, o debate sobre a gestação de substituição não poderia simplesmente ignorar o propósito da maternidade.

A gravidez e o parto são acontecimentos de vida de extrema importância, não só para a mulher como também para o homem. As práticas sociais em torno da maternidade demonstram que ela deve promover o amor incondicional aos filhos, sejam eles biológicos ou adotivos.

Essa capacidade da mulher é algo de valor moral muito mais elevado do que se fosse tratada como uma simples mercadoria, sujeita a leis de oferta e demanda, o que inevitavelmente a transmuta em mais uma forma de opressão.

Tratar a maternidade como um bem apreciável economicamente também pode levar à noção de que gestar e criar filhos seria o propósito final das mulheres, tal como afirmam as doutrinas religiosas e até mesmo o senso comum. Ela é aspecto do desenvolvimento da personalidade delas, e deve ser da mesma forma respeitada a decisão de não ser mãe,

evitando-se o estigma que pode por vezes recair sobre mulheres inférteis ou que decidiram espontaneamente não ter filhos. Ser mãe é tão somente um dos aspectos possíveis de ser mulher.

A gestação de substituição, da mesma forma que doar sangue ou dispor dos órgãos *post mortem*, deve ser uma relação gratuita, de doação, na qual uma mulher que tem a capacidade reprodutiva em perfeitas condições possibilita a geração de uma criança que não será seu filho, mas de outra pessoa. Essa mulher realiza uma intermediação para possibilitar que outra pessoa se torne mãe.

Dessa forma, a comercialização da gravidez seria errada porque solapa as normas de afetividade que se aplicam à maternidade, e as substituiria por uma simples norma econômica relacionada à produção comum, como se a gestação não passasse de qualquer outra forma de serviço, o de uma espécie de incubadora humana.

### 3.5 A expansão da lógica de mercado

Hoje, vivemos em uma época em que quase tudo pode ser comprado e vendido, e diversos aspectos da vida são monetarizados e têm uma quantia em dinheiro atribuída, até mesmo valores que não poderiam ser avaliados nesses termos, como a vida e morte humana, ou a gestação. Os mercados se expandiram a áreas que nada têm a ver com esta lógica.

Essa expansão do mercado coincide com a intensificação do papel do consumo na sociedade, o que o sociólogo Zygmunt Bauman entende como *sociedade de consumidores*, que consiste em uma “reconstrução das relações humanas a partir do padrão, e à semelhança, das relações entre os consumidores e os objetos de consumo”<sup>34</sup>. A principal característica da sociedade de consumidores seria “a transformação dos consumidores em mercadorias”<sup>35</sup>, ainda que isso ocorra de uma maneira sub-reptícia, disfarçada. É justamente o que vem acontecendo, em um mundo em que tudo parece estar à venda, e até mesmo as pessoas passam a ter alguma espécie de valor monetário atribuído. Tal qual nos exemplos apresentados pelo sociólogo em suas obras, como a situação das empresas que atendem de maneira diferenciada os seus clientes baseado no “valor” que eles têm para elas, medido basicamente pela capacidade de consumo.

---

<sup>34</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar. 2008. p. 19.

<sup>35</sup> Idem. p. 20.

Bauman ainda esclarece o que seria o consumismo, em seu entendimento, processo qual a sociedade capitalista está aprofundando cada vez mais, e que é algo totalmente diferente da mera atividade de consumo, que é algo natural e necessário, com raízes tão antigas quanto os seres humanos. Nas palavras do autor (grifos no original):

Pode-se dizer que o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes (...), transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais<sup>36</sup>.

No livro *O que o dinheiro não compra – Os limites morais do mercado*, o professor Michael Sandel (2012) se refere a esse processo, de mercantilização crescente dos mais diversos aspectos da vida:

Quando a guerra fria acabou, os mercados e o pensamento pautado pelo mercado passaram a desfrutar de um prestígio sem igual, e muito compreensivelmente. Nenhum outro mecanismo de organização da produção e distribuição de bens tinha se revelado tão bem-sucedido na geração de afluência e prosperidade. Mas, enquanto um número cada vez maior de países em todo o mundo adotava mecanismos de mercado na gestão da economia, algo mais também acontecia. Os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social. A economia tornava-se um domínio imperial. Hoje, a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo<sup>37</sup>.

Prova disso é o constante recurso a sistemas de incentivos econômicos que vêm sendo adotados para os mais diversos campos. Por exemplo, é possível citar os programas voltados aos professores que conseguirem aumentar as notas dos seus alunos em exames padronizados para avaliar o ensino, com o objetivo maior de melhorar a educação pública. Ou os incentivos fiscais para empresas que fomentam projetos sociais.

---

<sup>36</sup> BAUMAN, Zygmunt. Ob. Cit., p. 41.

<sup>37</sup> SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 11.

Pela constatação empírica, pode-se observar que os mercados realmente são ferramentas muito importantes e eficientes para alocar bens. No entanto, ainda que os objetivos sejam atingidos, a lógica de mercado pode não ser a maneira mais adequada para algumas situações, no tratamento de certos tipos de bens.

Normalmente, os argumentos em favor dos mercados giram em torno da defesa da liberdade individual e da geração de benefícios para compradores e vendedores. Tal raciocínio está intimamente ligado às teorias libertaristas e utilitaristas, respectivamente. No primeiro caso, sustenta-se que indivíduos livres e conscientes devem ter suas escolhas individuais respeitadas, sem que haja interferência externa de modo a restringir isso. Pela segunda alegação, tem-se que o mercado possibilita que ambas as partes de um ajuste voluntário venham a ganhar algo que lhes interesse, caso contrário não teriam feito o acordo.

O curioso é que muitos daqueles que defendem o comércio de órgãos ressaltam os benefícios gerados e as vidas salvas. Mas, quando o fundamento central do argumento pretensamente remete ao direito de liberdade e propriedade sobre o próprio corpo, essas considerações não teriam tanta importância. O simples fato de ser dono do corpo e livre para fazer o que quiser com ele já seria suficiente para fundamentar a venda de órgãos. As vidas salvas seriam uma consequência meramente incidental, e não algo determinante para o direito de disposição.

Quem defende a liberdade da mulher para gerar o filho de outrem e cobrar por isso geralmente recorre a esse argumento, de que o útero pertence à mulher e ela pode dispor de seu corpo como bem entender, pois é algo que pertence a ela e a ninguém mais. Entretanto, essa ideia, se for levada às últimas consequências, pode justificar situações absurdas e absolutamente insustentáveis. A compra e venda de órgãos poderia ser realizada por outros motivos, sem qualquer intenção de salvar alguém. Nessa linha de raciocínio, também, não deveria haver qualquer limitação que impedisse alguém de dispor de algum órgão vital, ainda que isso implicasse a morte do doador, se ele assim desejasse. Se a vida lhe pertence, ele deve ser livre para por fim a ela.

Afinal, o que é importante é o direito do indivíduo de dispor de algo que lhe pertence da forma que entender melhor, e não o objetivo de seu ato. Quando os que defendem o comércio de órgãos o limitam à finalidade de salvar vidas, eles não o fazem com base nas premissas libertárias. Há admissão, ainda que *a contrario sensu*, de que não existe um poder ilimitado sobre o próprio corpo.

Esse limite pode ser vislumbrado justamente no princípio da dignidade da pessoa humana, como mencionado anteriormente. Inspirado na definição kantiana, esse princípio

restringe o direito de liberdade e informa o modo como as relações humanas devem ser valoradas.

### ***3.5.1 O descarte de valores morais promovido pelo mercado***

Os economistas geralmente partem do pressuposto de que a atividade mercadológica, o ato de submeter um determinado bem à transação comercial, não altera a sua natureza. Os mercados seriam apenas instrumentos inertes de distribuição de bens. No entanto, constata-se que, para determinados bens e práticas sociais, esse raciocínio é enganoso. Os valores de mercado podem eliminar normas e princípios alheios a estes e que devem ser preservados.

É possível observar isso no campo das penalidades, por exemplo. Há quem defenda que a punição tem uma conotação de desaprovação moral, além da sanção jurídica. Ela demonstra que a comunidade política, através das leis e demais normas, quer desestimular determinado comportamento, por ser considerado errado. Essa noção de desaprovação de uma atitude pode ser mitigada, ou até mesmo eliminada, quando há dinheiro envolvido, na forma de uma multa, por exemplo. Ao introduzi-la, existe o risco de a multa, que tem essa intenção de demonstrar censura, ser vista como uma taxa, e nesse momento ela se torna apenas um pagamento a ser feito para que seja permitido o comportamento repreendido. A multa por excesso de velocidade ou por estacionar em local proibido seria vista como uma taxa pela comodidade de trafegar mais rápido pelas vias públicas, ou de estacionar no local em que o condutor do veículo desejar.

Dentro dessa perspectiva, para que a comunidade decida se deve permitir comercializar algum bem, não devem ser considerados apenas aspectos utilitários que possam ser positivos e produzir resultados ditos bons, mas também se a transação comercial não importará em descarte de valores relevantes.

Enquanto o mercado só abarca a troca de bens puramente materiais, a conhecida objeção do utilitarismo, de igualar todas as preferências dos indivíduos sem proceder a um julgamento moral delas, não tem tanta importância. Mas em um contexto no qual todos os aspectos da vida vão aos poucos sendo invadidos pelos pressupostos mercadológicos, esse reducionismo pode ser muito prejudicial. A lógica de mercado mostra-se incompleta sem a perspectiva moral de que os economistas geralmente costumam se esquivar. Não se pode decidir se é adequada a mercantilização da gestação sem antes analisar o caso sob uma perspectiva moral, sobre o modo adequado de valorar a capacidade reprodutiva e até mesmo o

corpo humano. Quais valores são considerados relevantes ou não são questões abertas ao debate, e no caso da gravidez e maternidade não poderia ser diferente.

No momento em que se entende que um bem pode ser comprado e vendido, há admissão, ainda que implícita, de que ele pode ser tratado como uma mercadoria, como um instrumento de lucro. “Os mercados não são meros mecanismos. Eles corporificam certas normas. Pressupõem – e promovem – certas maneiras de valorar os bens que estão sendo trocados”<sup>38</sup>. Mas nem todos os bens podem, ou ao menos não deveriam, ser tratados segundo essa lógica. Pois isso os corrompe, levando à degradação de valores que são superiores à utilidade eventualmente proporcionada pela troca comercial.

Existem bens que são destruídos quando há valores monetários envolvidos, como a amizade ou o amor. Não faz sentido alguém querer comprar um amigo, ou um namorado. No entanto, há outros que sobrevivem à troca comercial, mas sua mercantilização é um tanto problemática. Por exemplo, a venda de órgãos humanos. Caso fosse estabelecido um mercado livre, em que as pessoas pudessem oferecer seus órgãos a quem pagasse mais, se instalaria a lei de oferta e demanda. Poderiam ser comercializados rins, ou parte do fígado, órgãos cuja falta normalmente não chega a levar uma pessoa saudável à morte. Ou os órgãos e tecidos humanos poderiam ser extraídos depois que a pessoa morresse.

Nessa hipótese, os defensores do livre comércio de órgãos defendem que a oferta poderia até mesmo aumentar, proporcionando o salvamento de vidas de inúmeras pessoas, que morrem aguardando o ato altruísta de um doador compatível. Pelo princípio da utilidade, estaria sendo maximizada a felicidade tanto para quem vende o órgão, que ganha uma contraprestação financeira que lhe interessa por isso (do contrário não o teria posto à venda), como para quem compra, que obtém algo que, pelo sistema atual, normalmente se espera durante anos para conseguir. Pelo princípio libertário, preserva-se a liberdade de escolha de adultos que voluntariamente firmam um acordo que beneficia a ambos, sem prejudicar ninguém.

Já aqueles que defendem a proibição do comércio de órgãos humanos levantam o argumento de que esse tipo de mercado levaria à exploração dos pobres pelos ricos. Aqueles, que estão em uma situação de vulnerabilidade financeira, podem não ter uma decisão tão livre assim. A necessidade de obter renda pode ser muito forte e levar às pessoas a tomar decisões que não tomariam se não estivessem sob tal pressão. Nesse sentido, elas agem coagidas, por uma situação de privação.

---

<sup>38</sup> SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 65.

Para aquelas pessoas que têm poucas alternativas, o livre mercado não é realmente livre. Esse quadro pode ser ainda mais agudo se for considerado o fenômeno descrito por Sandel e Bauman, da expansão dos mercados, em que ter ou não ter dinheiro faz toda a diferença, e a depender da situação pode significar a vida ou a morte. Se ter uma situação financeira confortável apenas permitisse que alguém usufrísse de viagens e bens supérfluos, não haveria muito o que questionar. Contudo, a partir do momento em que o dinheiro crescentemente proporciona saúde, segurança, educação, enfim, todas as condições básicas para que se garanta a dignidade humana, de modo que aqueles que não o tiverem ficam desamparados, nesse caso há muito o que debater.

Outro argumento levantado é o de que o comércio de órgãos promoveria uma visão da pessoa humana degradante, como se o corpo humano não passasse de um conjunto de partes avulsas e destacáveis conforme a vontade individual. O princípio da dignidade da pessoa humana proposta por Kant e estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos é descartado nessa situação, pois alguém, mesmo que voluntariamente, estará desrespeitando a própria dignidade.

Esse segundo argumento é mais forte que o primeiro, pois se aplica tanto em situação de desigualdade de condições de negociação, quando em situação de igualdade. Ele não se centra no consentimento, mas na própria importância moral do bem em questão, ou seja, o corpo humano e os órgãos que o compõem. Ainda que existisse um mundo em que não houvesse pessoas com dificuldades financeiras, e que assim não estariam inclinadas a vender seus órgãos por necessidade econômica, esse segundo argumento ainda seria aplicável. O que não se pode dizer a respeito do primeiro, pois, igualadas as condições de negociação, não haveria problema em vender um rim, pois o consentimento não estaria mais viciado.

Não obstante, o debate em torno da mercantilização de bens geralmente fica mais adstrito a essas considerações em torno da liberdade. Como bem esclarece Sandel:

A maioria dos debates políticos hoje em dia é conduzida nesses termos: entre os favoráveis à ausência de controle no mercado e os que sustentam que as decisões de mercado só são livres quando tomadas em condições de igualdade, quando os termos básicos da cooperação social podem ser considerados justos.

Mas nenhuma dessas duas posições ajuda-nos a entender o que é que fica parecendo errado num mundo em que a lógica e as relações de mercado invadem todas as atividades humanas. Para perceber o que é preocupante nessa situação, precisamos do vocabulário moral da corrupção e da degradação. E falar de corrupção e degradação é recorrer, pelo menos implicitamente, às concepções do que é desejável na vida.

Veja-se, por exemplo, a linguagem usada pelos críticos do comercialismo: “humilhação”, “degradação”, “vulgaridade”, “poluição”, perda do senso do “sagrado”. É uma linguagem espiritualmente carregada que aponta para formas mais elevadas de viver e ser<sup>39</sup>.

A ideia que Sandel defende remete à uma noção aristotélica de Justiça, que está relacionada a noções de virtude e outros valores muitas vezes descritos em termos morais e religiosos.

Após a constatação de que o mercado não é uma instituição inerte, mas sim que corporifica certas normas e pode alterar o caráter de alguns tipos de bens, como o caso do útero e da capacidade reprodutiva, ou o corpo feminino, deve ser realizado um amplo debate na sociedade para estabelecer onde o mercado deve, ou não, estar.

Essa discussão é importante, e deve ser feita da maneira mais ampla e democrática possível, de modo a respeitar o pluralismo político, outro dos fundamentos da República, conforme o artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal. Adentrar esse terreno moral tem seus riscos e muitas vezes o debate é evitado, em virtude do temor de que uma determinada “concepção de vida boa” seja imposta arbitrariamente pela maioria, em detrimento das minorias. É necessário, como defende Sandel, “discutir aberta e publicamente o significado dos bens e das práticas sociais que valorizamos”<sup>40</sup>, mas baseado em uma ordem moral pública, e não em valores de uma ordem moral particular do interlocutor. Essa tarefa é muito árdua, mas é essencial para possibilitar o livre desenvolvimento de todos os integrantes de uma comunidade.

### ***3.6. Onerosidade x gratuidade da gestação de substituição***

As mesmas objeções relativas ao comércio de órgãos podem ser aplicadas à mercantilização da gestação de substituição.

A corrente que defende a gestação de substituição apenas na modalidade gratuita argumenta em termos de defesa da dignidade da mulher e da criança e na proibição de transações comerciais envolvendo órgãos humanos e material genético. A atribuição de caráter econômico à gestação representaria a redução da mulher e da criança à condição de objeto, o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana. A mulher seria tratada como

<sup>39</sup> SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 186.

<sup>40</sup> Idem, p. 201.

um instrumento para a realização do desejo de terceiros de terem filhos, culminando com a entrega da criança em troca de uma prestação financeira.

Ademais, se fosse permitido o pagamento, haveria exploração de mulheres pobres que, premidas pela necessidade econômica, teriam o consentimento viciado.

Já a corrente que admite o caráter oneroso da gestação de substituição concentra seus argumentos no entendimento de que não haveria qualquer afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pelo viés da gestante, seja pelo da criança. A situação não se trataria de mercantilização de crianças porque o que é objeto de venda é tão somente a capacidade reprodutiva da mulher. Somente haveria instrumentalização da criança se os futuros pais só a aceitassem sob a condição de nascer com a saúde perfeita, sem nenhuma má-formação congênita ou outro problema médico.

Contra a alegação de que o consentimento estaria viciado pelo simples fato de haver pagamento, os autores defendem que não se pode tomar isso como regra geral, e que a declaração de vontade emitida por mulheres plenamente capazes e conscientes de seus atos deve ser respeitada. Dessa forma, estaria sendo respeitada a liberdade que elas têm sobre o próprio corpo, expressão da autodeterminação. A mulher, dona de seu próprio corpo, deve ter respeitada a decisão de colocar o útero à disposição de outra pessoa para gerar um filho para esta, independentemente da motivação, de maneira onerosa ou gratuita.

A situação de privação e desigualdade nas condições de contratação é algo que pode ser verificado na prática. É o que demonstra o estudo promovido pelo *Centre for Social Research*, já mencionado. Na pesquisa, ficou constatado que as mulheres que se dispõem a gerar o filho para outra pessoa em troca de compensação financeira normalmente são pobres. São mulheres sem perspectivas de carreira, predominantemente não educadas e engajadas em trabalhos casuais. Dentre as entrevistadas no estudo, cerca de 100 mulheres, a maioria apontou a pobreza ou o desemprego como motivação principal que as levou a tomar a decisão de “alugar o útero”. A situação de privação dessas mulheres fica evidente, o que torna o consentimento delas viciado. Elas não estão em igualdade de condições para negociar com os casais que desejam contratá-las.

Além disso, a falta de informação também poderia constituir um fator que teria a capacidade de macular o consentimento da mulher que se dispõe a gerar o filho de outra pessoa. Ela pode ignorar o vínculo afetivo que pode se desenvolver na gestação, e se dar conta

dos danos psicológicos somente com o nascimento da criança e, assim, ter dificuldade em entregá-la ao casal<sup>41</sup>.

Entretanto, isso pode ser contestado. Um estudo da *City University*<sup>42</sup>, de Londres, realizado no ano de 2003, com a participação de 34 mulheres que se submeteram à gestação de substituição, sugere que nem sempre se pode afirmar que o pagamento seria a única motivação para a disposição do útero, como argumentam os defensores da onerosidade.

Quanto ao envolvimento psicológico das gestantes contratadas, isso também não é algo certo. A pesquisa demonstrou que as entrevistadas sofreram poucas sequelas emocionais. Um terço das entrevistadas afirmou ter sentido leve dificuldade nas primeiras semanas depois do parto. Apenas duas mulheres confessaram sentir alguma angústia ao lembrar-se das crianças que entregaram. Em sua maioria, elas afirmaram que gostavam de estar grávidas e que se sentiam valorizadas sendo gestantes substitutas.

Segundo a pesquisadora responsável pelo estudo, as mulheres ficaram satisfeitas em entregar o bebê para os pais que tanto o desejaram.

Contudo, ainda que superados estes debates, e demonstrado que a contratação onerosa da gestação de substituição proporcione felicidade para todos os envolvidos (argumento utilitarista) e que respeite a liberdade das mulheres (argumento libertarista), vê-se que a onerosidade não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que se afirme o contrário, e nem com as normas que pautam a maternidade e o corpo humano. Tais valores seriam de fato lesados, mesmo em uma situação de equanimidade para realizar a negociação, sem pressões econômicas e falta de informação, e o resultado final fosse benéfico a todos os envolvidos.

Elizabeth Anderson (1993), filósofa contemporânea, se utiliza do argumento de que a mercantilização de determinados bens e práticas sociais, como a gravidez, é algo imoral. Em seu texto *Is Women's Labor a Comodity?* (O trabalho da mulher é uma *comoditie?*), ela defende que a gestação de substituição comercial é errada porque ela trata crianças e mulheres como mercadorias para serem vendidas, o que é uma avaliação inapropriada de valores. Nisso consiste a degradação, ou seja, tratar ou avaliar alguma coisa de acordo com um critério qualitativamente inferior ao adequado.

---

<sup>41</sup> O estudo do *Centre for Social Research* aponta que quase todas as doadoras temporárias de útero entrevistadas já haviam sido mães antes, o que facilita que não sejam criados vínculos afetivos que importem em dificuldade para a entrega da criança ao casal solicitante.

<sup>42</sup> JADVA, Vasanti; MURRAY, Clare; Susan GOLOMBOK et al. *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers*. Human Reproduction. 2003. v.18, n. 10. p. 2196-2204. Disponível em: <<http://humrep.oxfordjournals.org/content/18/10/2196.full.pdf+html>>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

A onerosidade degrada a mulher, porque trata seu corpo como se fosse uma “fábrica”, e degrada a criança, porque é usada como instrumento de lucro. O contrato comercial de gestação exige que a mãe de aluguel reprima suas emoções e não se afeioe à criança, para poder entregá-la ao casal contratante. Dessa forma, a remuneração da gravidez paga para que a gestante não crie laços afetivos com a criança gestada. Ela corrompe a norma de amor incondicional que uma mãe tem para com o filho<sup>43</sup>.

Para saber quais são as modalidades de avaliação adequadas ao corpo feminino e à gravidez, podem ser delineadas duas abordagens. Uma delas começa com a liberdade. Mas não a liberdade irrestrita que alguns defendem, e sim com limitações. É a proposta formulada por Kant, pela qual os seres humanos são seres livres, mercedores de dignidade e respeito, devendo sempre ser tratados como fins em si mesmos, nunca como meios.

No entanto, é preciso cautela quando se afirma que a mulher deve ser tratada como “fim em si mesma”, o que pode levar a uma indevida noção de que a finalidade da mulher seria meramente reprodutiva. O respeito, segundo a denominação kantiana, é aquele referente a todos os seres humanos, que possuem dignidade pelo fato de serem racionais, e restringir o papel da mulher à função reprodutiva é restringir-lhe a devida autonomia.

Outra forma de pensar quais seriam os padrões mais elevados de avaliação é baseada na ideia de que a forma correta de tratar os bens e práticas sociais depende do objetivo deles, tal qual prescreve a concepção aristotélica. Nessa linha, Anderson argumenta que as práticas relacionadas à gravidez promovem a finalidade de estabelecer um laço afetivo entre mãe e filho. O contrato oneroso afasta isso e substitui a norma de afetividade por uma norma de avaliação comercial de mercadorias.

Sobre as técnicas de reprodução assistida, como também defende Pietro Perlingieri,

(...) é preciso exprimir um juízo não apenas de licitude, mas também de valor (*meritevolezza*). O problema está na individuação dos valores com base nos quais exprimir esse juízo. Não se pode aceitar a comercialização, a patrimonialização destes fenômenos. Deve-se distinguir a satisfação da necessidade de procriar do interesse patrimonial<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> ANDERSON, Elizabeth. *Value in Ethics and Economics*. Cambridge Mass: Harvard Press, 1993. p. 168-189.

<sup>44</sup> PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 177. apud OTERO, Marcelo Truzzi. Ob. cit., p. 28.

Essa perspectiva revela a necessidade, como aponta Sandel, de discutir as questões morais atinentes às práticas sociais, no caso, a gestação de substituição. A motivação dos envolvidos é relevante para investigar se o objetivo da prática está sendo atendido.

### ***3.6.1 A proibição da onerosidade no ordenamento jurídico brasileiro***

Em face do sistema jurídico brasileiro, a onerosidade da gestação de substituição encontra óbice insuperável no artigo 199, § 4º, da Constituição Federal, que veda expressamente qualquer forma de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Tal postura está perfeitamente alinhada com a proteção à dignidade e vedação a processos que de alguma forma promovam uma visão mercantilista do ser humano.

A gratuidade, por outro lado, estaria perfeitamente alinhada com a diretriz de preservação da dignidade humana e solidariedade traçada pela Carta Magna, que veda o tratamento dos órgãos humanos como se fossem instrumentos de lucro. Nosso ordenamento adotou a concepção do corpo como atributo da personalidade, valor insuscetível de avaliação econômica.

A relação estabelecida entre a grávida e o casal solicitante deve ser de doação, por puro altruísmo, como bem destaca Marcelo Truzzi Otero (grifos no original):

(...) a gratuidade da gestação por outrem ecoa mais harmonicamente com a natureza dos atos existenciais. Como tal, sua prática está associada ao desenvolvimento da personalidade dos envolvidos, seja dos titulares do projeto parental, seja da mulher geradora que, no ato generoso de dar filhos a quem não pode tê-los, também desenvolve a própria personalidade<sup>45</sup>.

É a intenção altruística que torna os atos existenciais, como a disposição do próprio corpo, algo digno da tutela jurídica. “Subordinar a disposição existencial a contraprestação submete a autonomia privada nas situações existenciais a uma lógica de mercado (...), o que é vedado”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> OTERO, Marcelo Truzzi. Ob. cit., p. 34.

<sup>46</sup> MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 210. apud OTERO, Marcelo Truzzi. Ob. cit., p. 35.

## **4. Aspectos legais da gestação de substituição**

### ***4.1 O elastecimento do conceito de família***

A noção de família sofreu muitas mudanças com o passar dos anos. Até poucas décadas atrás, a família tradicional era aquela em que o homem e a mulher casados moravam juntos, com os filhos nascidos dessa união, sendo o pai quem trabalhava e conferia o sustento, e a mãe a dona-de-casa em tempo integral, cuidando dos afazeres domésticos, do marido e dos filhos.

Naquela época, não se falava em relacionamento, em termos de intimidade emocional e sexual, ou comunicação com confiança mútua e afeto, mas simplesmente em estar ou não casado. O casamento era o compromisso, o que explica a existência do casamento forçado, por exemplo, ainda que o afeto fosse considerado importante em alguma medida, mas não elemento imprescindível e essencial.

O matrimônio era tido como se fosse quase um estágio obrigatório da vida, algo que todos deveriam passar, caso contrário eram vistos com certo desprezo, como a figura da solteirona e do solteirão. O casal em si não era o centro do sistema familiar. A mulher continuava inferior ao homem. Seus direitos não eram iguais e ela era tratada como objeto e propriedade do homem, servindo aos interesses dele, ainda que já houvessem avanços no tratamento dispensado a elas se comparado ao que ocorria antes. A questão da homoafetividade nem sequer era colocada em debate. Na verdade, até o ano de 1990, as práticas homossexuais constavam da lista internacional de doenças da OMS, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID).

Hoje, o contexto é outro. O que define a família agora, seu fundamento e princípio basilar, é a afetividade, são os laços afetivos entre seus membros, havendo ou não casamento. A separação entre sexualidade, reprodução e casamento está bem mais definida. O avanço do movimento feminista, pela igualdade dos sexos, e do movimento LGBT, pela aceitação de formas diferentes de expressar a sexualidade além da heterossexual, trouxe mudanças. As mulheres conquistaram mais direitos e melhor tratamento, e há mais aceitação da homossexualidade, ainda que não seja da forma ideal.

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família e passou a reconhecer como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, não só aquela originada pelo casamento, mas também a união estabelecida com o objetivo de constituir família. Passou a ser reconhecida a família monoparental, constituída por “qualquer dos pais e seus

descendentes”, conforme o art. 226, § 4º, da Carta Magna. Hoje, é pacífico o entendimento de que o referido artigo se trata de enumeração meramente exemplificativa<sup>47</sup>, e não encerra todos os tipos de arranjos familiares possíveis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros dispositivos legais, conferiram mais direitos e proteções aos filhos e reiterou os deveres paternos, acabando com a discriminação entre aqueles havidos na constância do casamento e aqueles de fora do casamento, como os adotivos, ou originados de relação extraconjugal. Os idosos também ganharam maior proteção.

O Código Civil de 2002, aprovado na vigência da Constituição Cidadã, mudou o foco patrimonial e individualista do Direito de Família, e passou a “prestigiar a função social da família como o ambiente natural para o desenvolvimento do ser humano, crescendo em importância os valores não patrimoniais, como o afeto, o respeito, a solidariedade etc.”<sup>48</sup>.

O papel da família, da mesma forma que as entidades familiares, foi dilatado e renovado. Como célula social por excelência, base da sociedade, é uma instituição determinante para a formação do indivíduo e sua integração social. Está presente enquanto espaço de socialização, de constituição de laços de solidariedade, de educação, de transmissão de valores éticos, morais, humanitários e culturais, proporcionando aportes afetivos e materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos membros.

Agora, a proteção da instituição familiar só se justifica em face do princípio da dignidade da pessoa humana, como bem anota Cristiano Chaves de Farias:

(...) não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescindível da pessoa humana. (...) É simples, assim, afirmar a evolução da ideia de família-instituição, com proteção justificada em si mesma, importando não raro violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, para o conceito de família-instrumento do desenvolvimento de seus membros, tutelada na medida em que promova a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF)<sup>49</sup>.

Reconhecidos todos esses direitos e vínculos familiares, há muitos esforços para concretizar tudo isso, mas nem sempre são bem sucedidos. Por se tratar de uma regulação que

<sup>47</sup> SOUZA, Marise Cunha de. *Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida*. In: Revista da Emerj, 2010. v. 13, n. 52, p. 142.

<sup>48</sup> Idem, p. 143.

<sup>49</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11, apud OTERO, Marcelo Truzzi. Ob. cit., p. 20.

se faz presente nas relações privadas, nas quais há interesse público, é trabalhosa a garantia de todos os direitos e proteções que o Estado promove. Os abusos continuam entre a sociedade, ainda que em menor número. O acesso à justiça não se estende a toda a população, o que dificulta a efetivação dos direitos. Além disso, o legislador tem definido a família segundo modelos de conveniência política, social ou religiosa, sem se preocupar em alcançar todas as situações familiares existentes, impondo padrões dominantes como legítimos e ignorando lesões a princípios constitucionais e direitos subjetivos.

Infelizmente, alguns modelos familiares que existem faticamente na realidade social, como a união estável homoafetiva, ainda não tiveram total aceitação pelo Direito, o que implica também em dificuldades para tratar juridicamente questões próximas, como o casamento, a adoção e os benefícios conferidos aos casais, no que pode ser compreendido também o acesso às técnicas de reprodução assistida. A própria sociedade acaba perdendo com essa não aceitação, por exemplo, na dificuldade de adoção por casais homoafetivos, impedindo que mais crianças encontrem lares e famílias.

O reconhecimento dessas uniões estáveis foi um passo importante dado pelo Supremo Tribunal Federal, diante da inércia do Legislativo em tratar um tema tão relevante, e que diz respeito a milhões de brasileiros.

#### ***4.1.1 A importância da socioafetividade na definição da filiação***

Os novos paradigmas que regem a família como instituição social, baseados na dignidade da pessoa humana, na afetividade e no desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, promoveram uma reformatação das relações familiares, inclusive no conceito de filiação. O reconhecimento da condição de pai e mãe, dessa maneira, deixou de estar relacionado somente ao vínculo genético, para considerar o vínculo afetivo que existe com o filho.

Essa noção renovada da filiação, mais o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, nos leva à conclusão de que pai/mãe não é apenas aquele que contribuiu com o material genético para a formação de um ser humano, ou que o gestou e deu à luz, mas aquele que tinha o projeto parental. Quando a reprodução envolver tais métodos conceptivos, o parentesco deverá estar baseado em outra norma, qual seja, a da afetividade e a intenção, esta consubstanciada no consentimento voluntário e consciente de constituir um projeto parental responsável, com ajuda médica, para a formação da família.

Silvia da Cunha Fernandes expressa essa nova perspectiva de maneira clara:

Com o advento das procriações artificiais, todo esse estado de coisas foi alterado, uma vez que a verdade biológica deve ser desconsiderada em proveito da verdade afetiva. Nesse sentido, verdadeira filiação, nos dias atuais, está calcada na intensidade das relações afetivas que unem pais e filhos, independentemente da origem genética destes últimos. A filiação está solidificada na vontade do casal de ter um filho, mesmo que a natureza lhes tenha negado essa possibilidade<sup>50</sup>.

Pode-se dizer que vem ocorrendo um esvaziamento do aspecto meramente biológico da maternidade<sup>51</sup>, transformação que não pode ser vista isoladamente, mas como parte de um processo em que a família, e os vínculos entre seus membros, passam a ser pautados mais pela afetividade. É o que os doutrinadores costumam chamar de “desbiologização” dos laços familiares<sup>52</sup>. Por isso o Código Civil estabelece no art. 1.593 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Nessa segunda hipótese estaria abrangido o parentesco socioafetivo, através da adoção ou da utilização de técnicas de reprodução assistida em que não haja vínculo genético entre doador do material e filho.

O consentimento dos titulares do projeto parental, como é o elemento determinante para estabelecer a filiação, deve ser irrevogável e incondicional. Isso é importante para inviabilizar algum pedido de impugnação de paternidade ou maternidade, evitando assim que a criança esteja sujeita a perder o vínculo com aqueles que foram identificados como seus pais pela ordem jurídica. Por isso o direito à procriação não pode ser exercido de maneira irresponsável, pois dá origem a responsabilidades futuras, quando nascer a criança, e é de

<sup>50</sup> FERNANDES, Silvia da Cunha. *As Técnicas de Reprodução Humana assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 61. apud OTERO, Marcelo Truzzi. Ob. cit., p. 20.

<sup>51</sup> Há que se registrar que existem opiniões em sentido contrário, de estar ocorrendo, na verdade, uma biologização da filiação, quanto à importância dada em disputas judiciais à investigação de DNA, ou ao desejo de casais terem filhos com vínculos genéticos, possibilitado pelas técnicas de procriação assistida disponíveis hoje. Nesse sentido, ver: LUNA, Naara. *Natureza humana criada em laboratório: biologização e genitização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas*. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, v. 12, n. 2, p. 395-417, maio-ago., 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-59702005000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702005000200009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 23 de junho de 2013.

<sup>52</sup> MENDES, Christiane Keler Lima. Ob. cit., p. 51: “Assim, o esvaziamento do conteúdo biológico da maternidade vem ocorrendo há algum tempo na sociedade, sendo auxiliado pela transformação da família que, de instituição econômica, social e religiosa, vem se afirmando como uma união entre membros, objetivando a afetividade, a base psicossocial”.

SOUZA, Marise Cunha de. Ob. cit., p. 148: “(...) as definições de paternidade e de maternidade com base biológica foram superadas. Surge, no cenário atual, a socioafetividade como vínculo de parentalidade, ao lado do biológico, e, muitas das vezes, sobrepondo-se a ele. É o que os doutrinadores costumam chamar de desbiologização dos laços familiares diante da constatação de que o afeto é o elemento formador fundamental da família”.

extrema importância esclarecer sobre isso previamente, no momento mesmo de orientação a respeito das técnicas conceptivas.

#### ***4.1.2 A reformulação do modo de atribuição da maternidade***

Antes, era possível afirmar com mais segurança que a identidade da mãe era certa, diferente da do pai, que era presumida. Os sinais visíveis da gravidez eram suficientes para afirmar quem era a mãe da criança nascida.

A ordem natural da filiação, de que a mãe seria aquela que dá a luz, o que até pouco tempo era mais que uma presunção lógica e intuitiva, mas quase uma certeza, restou alterada pela utilização das técnicas de reprodução assistida, em especial a utilização da gestação de substituição.

Tais técnicas acabaram por modificar não apenas o processo envolvido na reprodução humana, mas revolucionou o próprio conceito de maternidade, que pede por uma nova definição no âmbito jurídico, uma vez que a presunção *mater semper certa est* (a maternidade é sempre certa) tornou-se francamente insuficiente.

O conceito de maternidade, em face da utilização desses métodos, foi dividido em três: a maternidade afetivo-legal, a maternidade genética e a maternidade gestacional, que nem sempre irão se coincidir. Cada fase passa a ser analisada de maneira independente<sup>53</sup>. A mãe gestacional é aquela que, durante o período de gestação gera a criança em seu útero. A mãe genética é a que contribuiu com seu material genético, ou seja, fornece seu óvulo, para a formação do embrião, que, nas condições adequadas, se desenvolverá e formará um novo ser humano. E a mãe afetivo-legal, titular do projeto parental, que desejou o nascimento da criança, e com esse intuito recorreu aos métodos de concepção artificial.

Podem ocorrer situações, por exemplo, em que a mulher não tem a capacidade de gerar a criança em seu útero e não pode contribuir com o próprio material genético. Nesse caso, ela recorrerá a um banco de óvulos, realizaria uma fertilização *in vitro* com o material de seu esposo, ou companheiro, e implantaria o embrião em uma terceira mulher, que gestaria a criança e a entregaria ao casal. A dissociação entre os três conceitos de maternidade fica clara nessa hipótese.

A filiação passou a estar mais relacionada ao consentimento expresso dos indivíduos, ou seja, a maternidade/paternidade de intenção, do que no mero vínculo genético e biológico.

---

<sup>53</sup> MENDES, Christiane Keler de Lima. Ob. Cit., p. 49

### 4.1.3 Monoparentalidade projetada

A família constituída por qualquer dos pais e um descendente está entre as inovações promovidas pela Constituição Federal quanto às organizações familiares, reconhecida expressamente no art. 226, § 4º. Por outro lado, existe a questão do acesso de pessoas solteiras a procedimentos médicos para tornarem-se pai ou mãe, independente de haverem constituído um casal anteriormente, e assim constituírem uma família monoparental. É o que alguns autores chamam de “monoparentalidade projetada”<sup>54</sup>.

Normalmente, os argumentos utilizados para restringir o acesso às técnicas de reprodução assistida por qualquer modelo familiar, que não o constituído de dois indivíduos de sexos opostos, baseiam-se na “ordem natural das coisas”, necessária ao adequado desenvolvimento da criança:

Assim como os pais têm direito de procriarem, a criança tem direito a um ambiente familiar com um pai e uma mãe, de acordo com a ordem natural das coisas. A ideia é garantir o desenvolvimento psicoafetivo adequado da criança, uma vez que psicólogos, médicos, juristas e biólogos estão de acordo em afirmar que a criança necessita de uma atmosfera familiar com um pai e uma mãe. Ao desejar equilíbrio emocional, não se pode pensar em crianças oriundas de famílias compostas por somente um dos membros do casal ou por dois membros de um mesmo sexo. (...) Esta posição, o direito absoluto que a criança tem de ter um pai e uma mãe, é defendida por todos os estudiosos do assunto. Cabe aos centros [clínicas de fertilização] a adequada avaliação das pacientes e o gerenciamento quanto aos aspectos bioéticos de cada situação<sup>55</sup>.

No entanto, o discurso fundado no melhor interesse da criança pode encobrir violações de direitos justificados por uma determinada escolha política baseada em uma concepção de bem, que exclui as demais. Para John Rawls, o bem não é passível de definição *a priori*, mas sim algo construído pelos indivíduos a partir da racionalidade deles, apoiada em uma universalidade moral, que permita a todos elegerem suas próprias concepções de bem. A

---

<sup>54</sup> SIMIONI, Fabiane. *Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas*. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (Org). *Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 295.

<sup>55</sup> PETRACCO, Álvaro; BADALOTTI, Mariângela; ARENT, Adriana. *Bioética e Reprodução Assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org). *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 09. apud SIMIONI, Fabiane. Ob. Cit., p. 299.

normatividade, e a atividade estatal como um todo, não deve endossar um paradigma de vida boa, mas sim ter a razão pública como critério norteador.

A razão pública, segundo Rawls, são os princípios fundamentais compartilhados por uma sociedade democrática e a cultura política que sustenta sua estrutura básica. É o conjunto de raciocínios e inferências que dizem respeito às questões políticas elementares. As comunidades modernas se caracterizam pela pluralidade de concepções de bem, e que devem ser respeitadas sempre que sejam observados os limites da razão pública.

No caso do planejamento familiar, posto em prática por indivíduos a partir da eleição de um projeto pessoal com a finalidade de constituir família, deve ser considerada legítima a concepção de bem daqueles que recorrem às técnicas de reprodução assistida para concretizá-lo, na medida em que esse projeto materializar a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o saudável desenvolvimento da personalidade dos integrantes do núcleo familiar.

Com efeito, em respeito à liberdade dos indivíduos para eleger um projeto parental responsável, e negando a propalada “ordem natural das coisas”, necessária para que o menor tenha uma criação adequada, a nova resolução do CFM, de nº 2.013, acertadamente dispõe:

- 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.
- 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico<sup>56</sup>.

Diante do atual contexto social e jurídico, não é razoável pensar em apenas um padrão de constituição familiar, mas sim em uma diversidade de formas de organização, reconhecidas pela Carta Magna, pois, conforme mencionado, a enumeração estabelecida no texto constitucional é meramente exemplificativa. Os núcleos monoparentais que forem constituídos através da utilização de técnicas de concepção medicamente assistida não deveriam ser restringidos de antemão, tolhendo a autonomia individual e desconsiderando

---

<sup>56</sup> Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, de 9 de maio de 2009. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf). Acesso em: 22 de junho de 2013.

antecipadamente a capacidade de estes indivíduos promoverem um ambiente sadio para a criança.

#### ***4.1.4 Famílias homoafetivas***

Quanto ao acesso das famílias homoafetivas às técnicas de reprodução assistida, valem as mesmas considerações feitas à monoparentalidade. A família, como construção social e entidade cultural e histórica, hoje se tornou plural e passou a comportar várias configurações, ultrapassando o modelo tradicional.

Marise Cunha de Souza apresenta a visão da psicanálise sobre a família, elucidada por Belmiro Pedro Welter, ressaltando as bases culturais da referida instituição:

A psicanálise afirma que a família não é base natural, e sim cultural da sociedade, não se constituindo tão somente por um homem, mulher e filhos, mas sim de uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico<sup>57</sup>.

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que não existe um padrão que seja “natural”, pois a família é uma instituição social sujeita a contingências da época vivenciada. As uniões homoafetivas, em uma interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais da isonomia e dignidade da pessoa humana, devem ser reconhecidas como entidade familiar. Evidente o acerto do Supremo Tribunal Federal em avançar no debate e efetivamente corroborar esse entendimento, em sede do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132.

Afirmada a natureza de entidade familiar, a extensão do acesso às técnicas de reprodução assistida às uniões homoafetivas é mera consequência lógica. Caso contrário, seria evidente a discriminação em face de famílias heteroafetivas.

O argumento de que tais uniões não são capazes de fornecer um ambiente saudável para a criança pode ser contestado por pesquisas científicas. Estudos demonstram que eventuais problemas de adaptação social de crianças filhas de pais homossexuais não são diferentes daqueles enfrentados por outras minorias, que são alvo de discriminação social em

---

<sup>57</sup> SOUZA, Marise Cunha de. Ob. Cit., p. 147.

virtude de outras condições como etnia ou condição social<sup>58</sup>. Ou seja, o problema não está no desenvolvimento psicológico em si da criança, mas na discriminação que ela pode vir a sofrer de outras pessoas na comunidade em que vive, por sua família ser homoafetiva.

#### ***4.2 Indagações a respeito do procedimento atual envolvido na gestação de substituição***

A legislação brasileira determina a maternidade partindo da gestação e parto. Pelo disposto no artigo 10, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a identificação do recém-nascido será documentada com base em sua impressão plantar e digital, junto com a digital da gestante. Este registro originará a declaração de nascido vivo, necessária para registrar o nascimento, conforme o art. 54, 10, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos).

Observa-se que o artigo 10 do Estatuto pressupõe que a concepção se deu pelos modos naturais. Se a mulher fizer uso de um óvulo de terceira, fecundado com o espermatozoide de seu parceiro, ela será identificada como mãe, sem que haja vínculo biológico. Ela pode ainda utilizar tanto óvulo quanto espermatozoide de doadores anônimos, e ainda assim ser reputada mãe pela gravidez, de acordo com a legislação brasileira.

Contudo, o dispositivo legal não poderia ser aplicado para a determinação da maternidade jurídica caso seja utilizada a gestação de substituição. Mesmo no caso de a situação estar perfeitamente enquadrada na previsão da Resolução do CFM, surgem questionamentos sobre como proceder ao registro civil da criança, pela falta de previsão legal. Sendo a declaração de nascido vivo fornecida pelo hospital com o nome da parturiente, o casal titular do projeto parental terá que ajuizar ação para reverter a situação. Deixa de ser considerada a parentalidade pela intenção, e mesmo o vínculo biológico é preterido pelo fenômeno gestacional.

Conforme noticiado na Revista *IstoÉ*<sup>59</sup>, para contornar a fiscalização do hospital no momento do parto, é comum muitas das doadoras temporárias de útero utilizarem documentos falsos, com o fito de obter atendimento e registro da criança gestada com o nome da mãe biológica.

---

<sup>58</sup> MATIAS, Daniel. *Psicologia e orientação sexual: Realidades em transformação*. Análise Psicológica, Lisboa, n. 1, jan. 2007. p. 149-152. Disponível em: <<http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/aps/v25n1/v25n1a12.pdf>>. Acesso em: 22 de junho 2013.

<sup>59</sup> *Gravidez.com, o comércio de útero na internet*. In: Istoé, 2009, n. 2063, p. 71. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/13709\\_GRAVIDEZ+COM+O+COMERCIO+DE+UTERO+NA+INTERNET](http://www.istoe.com.br/reportagens/13709_GRAVIDEZ+COM+O+COMERCIO+DE+UTERO+NA+INTERNET)>. Acesso em: 18 de junho de 2013.

Importante ressaltar que este Código ainda tipifica, no art. 242, dentro do capítulo que trata dos crimes contra a filiação, a conduta de “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”, apenada com reclusão, de dois a seis anos.

Ademais, a despeito de todo o cuidado dos profissionais da área da saúde em alertar sobre os procedimentos e fazer todo o acompanhamento necessário durante o processo de fecundação e gestação, podem surgir conflitos e serem levados ao Judiciário. Nesse caso, o julgador terá que se pronunciar, não podendo alegar lacuna legislativa, conforme o artigo 126 do Código de Processo Civil.

A prática da gestação de substituição pode fazer com que surjam conflitos de maternidade positivo e negativo. No conflito positivo, tanto a mãe titular do projeto parental quanto a mãe gestacional reivindicam a maternidade da criança, enquanto no conflito negativo, nenhuma demonstra interesse na maternidade.

Esses conflitos são extremamente delicados, pois o que se discute não é apenas a guarda criança, mas sim a própria filiação, o *status* de filho. É de extrema relevância esclarecer bem a respeito do uso dessa técnica, para evitar tais conflitos, que lesionam os interesses da criança.

A Constituição Federal assegura prioridade sobre a proteção de direitos das crianças e adolescentes, atribuindo esse dever à família, à sociedade e ao Estado. Por isso, no caso de lides envolvendo a gestação de substituição, o julgador deve dispensar especial atenção aos interesses do menor, decidindo com base no que proporciona as melhores condições de criação possíveis.

#### **4.3 A validade jurídica de contrato de gestação de substituição<sup>60</sup>**

---

<sup>60</sup> Quanto a questão de se admitir a validade desse tipo de contrato, as opiniões são bem divergentes. Há quem admite a validade, desde que o contrato seja gratuito. Nesse sentido: MENDES, Christina Keler de Lima. Ob. Cit., p. 41. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Ob. Cit., p. 314. LIMA NETO, Francisco Vieira. Ob. Cit., p. 140. VEIGA, Janaína de Lima. Ob. Cit., p. 475-476. DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 336-337. PIERLINGIERI, Pietro. Ob. Cit., p. 176.

Há também quem defenda a onerosidade do contrato: ABREU, Laura Dutra de. *A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – Principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, 2009. v. 11, ago/set., p. 104.

E há uma terceira vertente, que não admite um contrato nessa situação, seja gratuito, seja oneroso: BARBOSA, Heloisa Helena. *O estabelecimento da filiação*, p. 88. apud LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. Cit., p. 403-404. GOMES, Orlando. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Forense. 1977. p. 78. OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe só há uma (duas)! O contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 60. FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1991. p. 56. LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. Cit. p. 404-405. FERNANDES, Sílvia da Cunha. Ob. Cit., p. 97-99.

Uma questão que tem sido muito abordada pelos juristas, quando tratam a respeito da gestação de substituição, é a validade de um contrato envolvendo o fenômeno estudado no presente trabalho.

Existem autores que afirmam existir uma relação intersubjetiva obrigacional entre, em regra, um casal que fornece o material genético, e uma mulher que vai gerar o embrião, uma vez que entendem satisfeitos os elementos estruturais de tal relação, quais sejam, o subjetivo, referente aos sujeitos, o objetivo, concernente ao objeto da obrigação, e o vínculo jurídico, que sujeita o devedor ao credor.

Os sujeitos envolvidos seriam a pessoa ou o casal que busca utilizar a técnica de gestação de substituição, identificado como sujeito ativo, e a mãe gestacional, que seria o sujeito passivo.

O vínculo jurídico entre os contratantes estaria consubstanciado na subordinação jurídica que existiria entre a mãe gestacional, que tem a obrigação de gestar a criança e entregá-la ao casal solicitante, o qual é identificado como a outra parte do vínculo.

O objeto da relação é algo um pouco mais problemático de se definir, e é um ponto central nas discussões. Existe o posicionamento de que elemento objetivo da relação obrigacional seria a entrega da criança e, nesse caso, o contrato não poderia ser admitido de nenhuma maneira, pois o objeto seria ilícito. Não se tratar uma criança como uma prestação contratual. Isso vai de encontro a inúmeros princípios constitucionais e à legislação infraconstitucional.

Outro entendimento seria o de que o objeto do ajuste se restringe à gestação, ao ato de gestar, e, apesar de não haver previsão em lei, poderia ser entendido lícito, pelo princípio da legalidade aplicado aos particulares, conforme mencionado anteriormente.

O objeto da relação em análise envolveria, assim, prestações e abstenções para a genitora e para o casal. O termo “objeto” aqui é tomado em sentido apenas lógico, como razão em virtude da qual se estabelece o vínculo jurídico. Conforme entende Janaína de Veiga Lima,

Na hipótese de o embrião ser oriundo do casal que depende de uma terceira pessoa para gerar, a esta caberia, basicamente, levar a termo uma gestação, com os cuidados inerentes ao estado de grávida e, posteriormente, entregar o bebê. (...) Para o casal, recairiam deveres de arcar com as despesas médico-hospitalares e as de caráter alimentício de que necessitasse a gestante<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> VEIGA, Janaína de Lima. Ob. cit., p. 472.

A remuneração da gestante até poderia se fundamentar tendo em vista a série de cuidados e posturas especiais a que se obriga a mulher. A disponibilidade total para todas as limitações envolvidas, como o aumento do ventre, a perda de agilidade, as visitas médicas constantes, é que justificaria uma remuneração. Não obstante, não deve ser permitida em nosso ordenamento, primeiro pela vedação à disposição onerosa de órgãos humanos do art. 199, § 4º, da Constituição Federal, já mencionada. Segundo, ainda que não existisse essa previsão específica, pelo princípio da dignidade humana, que impede a comercialização de partes do corpo, atributos da personalidade.

A censura à mercantilização, no entanto, não impede que a mãe portadora receba alguma forma de reembolso pelas despesas originadas da gravidez. Não há qualquer vedação a que o casal ou indivíduo efetue o reembolso de despesas como roupas próprias, medicamentos, alimentos, atendimento médico e hospitalar.

O contrato de gestação de substituição, para ser considerado válido e eficaz, deve respeitar certos requisitos de validade, assim como qualquer outro negócio jurídico, de acordo com a previsão do art. 104 do Código Civil – agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei –, com a diferença de que se trata de um ajuste relacionado a uma questão existencial, e não meramente patrimonial.

Primeiro, as partes devem ser plenamente capazes para travar tal ajuste. Não se admitiria a utilização da gestação de substituição por incapazes, e nem através de representação, por ser ato personalíssimo.

Quanto ao objeto, como não há lei proibindo a prática, a conclusão lógica seria a de que ela é permitida. Satisfeita, assim, a licitude do objeto. Quanto a ser possível e determinado não há maiores questionamentos.

Quanto à forma, como não há qualquer previsão legal, é livre, não obstante o aconselhável é sempre estabelecer um ajuste escrito para garantir maior segurança jurídica e facilitar a prova da contratação.

O autor Marcelo Truzzi Otero entende que o contrato exige consentimento qualificado e interesse legítimo na contratação. O consentimento deve ser efetivo, consciente e informado, ultrapassando a simples declaração de vontade, e não deve ser presumido, em virtude das questões existenciais envolvidas. Esse consentimento é muito importante, pois é fundamental para definir a filiação. Por isso, a potencial gestante deve estar a par de todas as consequências médicas e jurídicas que envolvem a gestação de substituição, para que não venha a reivindicar sua maternidade sobre a criança.

Para definir o que seria interesse legítimo, é necessário antes discutir questões éticas e morais que perpassam o tema. Conforme já referido anteriormente, só terá interesse legítimo quem deseje exercer o seu direito de procriar aliado a um projeto parental, e somente na medida em que seja necessário utilizar a gestação de substituição. Não basta um simples direito de procriar por procriar. Ademais, mulheres que estiverem em situação que demonstre mera aversão aos dissabores trazidos pela gravidez não devem ter permissão para utilizar a técnica, pois carecem de interesse legítimo<sup>62</sup>. Seria o caso de modelos ou artistas que precisam cuidar da imagem e não querem ganhar peso, ou que têm uma vida muito atribulada e há incompatibilidade de agenda. Nesses casos, não há motivação justa e razoável para fazer uso da gestação por outrem.

A gestação de substituição tem por objetivo permitir àqueles que têm alguma limitação quanto à procriação superar esse obstáculo e desenvolver seu projeto parental, seja por razões de infertilidade, seja por ser uma pessoa solteira, seja por ser um casal homoafetivo. Pessoas que não se enquadrem em alguma condição que as impossibilite de ter filhos pelas vias normais não deveriam ter acesso à gestação de substituição, ainda mais se a onerosidade for permitida, sob o risco de haver exploração de mulheres ou casais ricos em detrimento de mulheres pobres.

Superado esse debate, a etapa seguinte é definir qual a espécie dessa relação. Existem autores que apontam formas contratuais previstas em nosso ordenamento jurídico que poderiam ser utilizadas para o caso em tela, na tentativa de conferir maior segurança jurídica. O contrato de locação de coisa seria uma dessas opções. O Código Civil, em seu artigo 565, o define da seguinte maneira: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”. Entretanto, no caso não há “entrega da coisa” alugada ao locatário, conforme o artigo 566, I<sup>63</sup>.

Também é apresentada como possibilidade a figura do contrato de prestação de serviços, previsto no art. 594 do Código Civil<sup>64</sup>, no qual o contrato bilateral, por tempo

---

<sup>62</sup> De maneira diferente entende LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria Fátima Freire (Coords.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 258, apud VEIGA, Janaína de Lima, Ob. cit., p. 475: “O interesse legítimo é revelado pelo direito (ou simples liberdade) de ter filhos. Para realizar esse desejo, é lícito ao casal utilizar-se dos novos métodos reprodutivos, tanto que o novo Código Civil disciplina a inseminação artificial.

<sup>63</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 511. apud LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob. Cit., p. 128.

<sup>64</sup> Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

determinado e *intuitu personae* da gestação de substituição se amoldaria melhor, uma vez que a gestante se obriga a prestar certos serviços – a geração da criança, bem como o cumprimento dos cuidados inerentes à gravidez – a quem os contratou.

Atenta-se para o fato de que as relações obrigacionais, quando reconhecidas pelo Direito, legitimam o acesso aos meios coercíveis disponibilizados pelo Estado, através do acionamento do Judiciário em caso de descumprimento por alguma das partes. No entanto, caso não seja reconhecida a relação contratual envolvendo a gestação de substituição, a despeito de ocorrerem tais ajustes na realidade social, à margem de previsões jurídicas, a situação seria de difícil resolução. A inexistência de permissão ou vedação legal torna esses contratos instrumentos quase que informais, geralmente nos termos impostos pelas clínicas intermediárias. Não há maiores garantias de que o ajuste seja realmente cumprido, pois o acesso aos meios legais que forcem a execução do acordo é muito incerto e dependem do entendimento que será dado pelo julgador.

Outra importante observação a ser feita é que, a maioria dos atos bilaterais de conteúdo patrimonial são sinalagmáticos. Desse modo, a prestação atribuída a um dos contratantes está intimamente ligada a uma contraprestação do outro. Em caso de inadimplemento, total ou parcial, de uma obrigação, surge a possibilidade de que a outra parte recuse a contraprestação até o adimplemento, considere resolvido o contrato ou pleiteie danos morais ou materiais. Como bem demonstra Otero (grifos no original),

Essa lógica da correspectividade dos contratos patrimoniais é inteiramente estranha aos contratos existenciais, como é o caso da gestação por outrem. Se a onerosidade em si do contrato não é suficiente para instrumentalizar a criança, como querem os defensores da onerosidade, é inegável que a mulher geradora e a criança serão, sim, instrumentalizadas em caso de desacordo entre os contratantes, notadamente (...) quanto a pagamento dos valores ajustados ou na hipótese de violação aos deveres de conduta impostos contratualmente à geradora.

Em hipóteses tais, não seria inimaginável, por mais absurdo e insensato que pareça, a geradora se recusar a entregar a criança alegando não ter recebido todo o preço (*exceptio non adimpleti contractus*), ou a rediscussão de valores ao argumento de que a geradora descumpra as cláusulas de estilo de vida, ou ainda, o direito de resolução contratual pelo inadimplemento contratual bilateral. Todas as questões, atreladas ao pagamento, tornam inequívoco a potencial instrumentalização dos envolvidos, tornando nulo o contrato<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> OTERO, Marcelo Truzzi. Ob. cit., p. 34-35.

Esse argumento, inclusive, pode ser utilizado para sustentar a tese de que até mesmo um ajuste contratual gratuito teria a potencialidade de instrumentalizar a doadora temporária do útero ou a criança, caso haja descumprimento de obrigações por alguma das partes do contrato.

A despeito de todas essas especulações, deve-se atentar ainda para o fato de que, através desse contrato, seja oneroso ou gratuito, estará na verdade sendo operada a transferência do poder familiar, mediante simples ajuste entre as partes<sup>66</sup>. Seria uma forma de renunciar à maternidade previamente, sem qualquer participação do Estado, através de uma mera negociação particular.

#### ***4.4 Formas alternativas de tutela jurídica do útero de substituição***

É possível observar que o contrato, ainda que seja gratuito, pode não ser a maneira mais adequada de tratar a gestação de substituição. A utilização da técnica em análise não comporta apenas interesses individuais dos futuros pais, mas abarca questões muito mais delicadas, como a atribuição do poder familiar e a própria constituição familiar. Em virtude do envolvimento de interesses indisponíveis da criança que irá nascer, e da especial proteção atribuída pela Constituição Federal, entende-se que deveria haver participação estatal mais ativa.

A Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Thereza Christina Bastos de Menezes traz a sugestão de que a mulher que se dispusesse a ser doadora temporária de útero realizasse declaração feita mediante escritura pública, ato unilateral e, no caso, irrevogável, em virtude do tema que trata, de maneira similar à maneira como é feito o reconhecimento de um filho. A Promotora prossegue em sua solução:

A razão disto seria garantir o direito de reconhecimento da filiação, por parte dos pais biológicos, uma vez que o embrião fosse implantado no útero “hospedeiro”. Seria esta escritura lavrada com base no art. 10, §§ 1º e 2º da Lei 5.479/68 [matéria hoje regida pela Lei 9.434/1997] e seria autoexecutável, não precisando, portanto, de sentença declaratória que garantisse o direito nela contido. Assim que o seu procedimento para fins de registro de reconhecimento de filho seria igual ao trâmite já adotado para o mesmo fim. Seria recomendável, também, que deste instrumento público constasse o nome e os dados pessoais do médico que executou a manobra terapêutica, vinculando-o ao procedimento. Pois, se porventura houver

---

<sup>66</sup> GUIMARÃES, Ana Paula. *Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Ed., 1999. p. 104. apud LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob. Cit., p. 130.

litígio, ficará ele obrigado a exibir os seus registros para o caso em particular, em juízo (...).

Através, então, de escritura pública poder-se-ia salvaguardar todos estes direitos que são inquestionavelmente de ordem pública e que merecem a proteção do Estado, mas que nascem de relações humanas de extrema privacidade<sup>67</sup>.

A sugestão da Promotora de Justiça é uma alternativa interessante para uma futura legislação que tratasse sobre o tema. A exigência de escritura pública seria instrumento mais adequado para operar a atribuição da maternidade à mãe socioafetiva, titular do projeto parental, quer este tenha vínculo biológico com o filho, no caso de ter fornecido o óvulo para implantação na terceira que gerou o embrião, quer não tenha vínculos genéticos, no caso de ter recorrido a um banco de óvulos.

A gestação de substituição poderia receber tutela estatal ainda mais completa se fosse criado um procedimento de jurisdição voluntária para balizar todo o desenvolvimento da técnica, nos moldes daqueles aplicados ao matrimônio ou à adoção, desde a verificação realizada para permitir o acesso ao método conceptivo, até o nascimento da criança e a atribuição da filiação.

Assim como qualquer outro direito subjetivo, o direito à procriação não é absoluto, e encontra limites no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito à reprodução não pode ser visto somente pelo lado da pessoa que deseja procriar. Ao mesmo tempo em que fundamenta os direitos sexuais reprodutivos, o princípio da dignidade da pessoa humana abrange também o ser humano que vai surgir como consequência do ato reprodutivo, seja de modo natural ou medicamente assistido.

Não há que se falar em um irresponsável direito à procriação, como se fosse um mero capricho. Recorrer à medicina para permitir a reprodução é algo bem diferente de realizar uma cirurgia reparadora. O exercício dos direitos reprodutivos ultrapassa o âmbito da decisão de procriar, pois envolve também a criação do filho gestado. É legitimada a tutela pelo Estado desse direito a fim de proteger a criança.

Esse procedimento poderia, assim, ter participação ativa do Ministério Público, instituição permanente e essencial à Justiça, em todas as fases. O art. 129 da Constituição Federal, no inciso IX, permite que sejam atribuídas outras funções ao órgão pelo legislador infraconstitucional. Na mesma linha das competências conferidas ao *Parquet* pelo Estatuto da

---

<sup>67</sup> MENEZES, Thereza Christina Bastos de. *Novas Técnicas de Reprodução Humana – O útero de aluguel*. In: Revista dos Tribunais. 1990. RT 660/253. out. p. 1117-1118

Criança e do Adolescente, a intervenção e fiscalização assegurariam o bom andamento do feito e a legalidade dos procedimentos.

Da mesma forma que na adoção, deveria ser feita uma investigação para verificar se o casal ou o indivíduo dispõem das condições adequadas para proporcionar um ambiente familiar saudável para o nascimento e desenvolvimento da criança. Pois, conforme afirmado anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana reverbera e se projeta à pessoa que será concebida e, sendo assim, merece a proteção de seus direitos e interesses pelo Estado. Há premente “necessidade de assegurar a compatibilização dos interesses daqueles que são titulares de direitos reprodutivos com os interesses daqueles que podem ser gerados como resultado do exercício de tais direitos”<sup>68</sup>.

Dessa forma, é fundamental, além das condições materiais, haver um efetivo projeto parental que denote a assunção dos deveres que se originarão com o nascimento do filho desejado. Caso contrário, existe o risco de a criança ser considerada como um meio, e não como um fim em si mesma. Ela poderia ser vista tão somente como uma forma de realizar os desejos de seus pais de desenvolverem plenamente a personalidade deles através da concretização do desejo de procriar, o que deve ser completamente rechaçado, pois a criança é tão digna e merecedora de respeito quanto aqueles que desejaram seu nascimento.

O Ministério Público poderia acompanhar os laudos médicos que recomendassem a utilização da técnica, verificar a regularidade do Termo de Consentimento Informado e laudos psicológicos que atestassem a compreensão adequada da situação.

Deixar toda essa complexidade ao arbítrio dos particulares é negligenciar a apropriada proteção à criança que nascerá, e que também é digna de proteção. Poderia ser argumentado que tal procedimento seria muito invasivo e violaria a privacidade do casal. Não obstante, a invasão da vida íntima seria justificável para evitar que se criassem situações ainda mais danosas. Exemplo de hipóteses desse tipo seriam os conflitos de maternidade positiva ou negativa, referidos anteriormente.

Outra circunstância que pode eventualmente ocorrer, e que é pouco discutida, é a morte dos titulares do projeto parental. Nesse caso, o que seria feito da criança? Ela deveria ficar com a mãe gestacional, que aceitou gerá-la tendo a consciência de que não teria futuras responsabilidades para com a criança? E o que dizer dos direitos sucessórios? A criança deveria ser incluída nos herdeiros legítimos, uma vez que a filiação seria atribuída aos pais

---

<sup>68</sup> GAMA, Guilherme Calmon. Ob. Cit., p. 465. apud LOURENZON, Patrícia Miranda. Ob. Cit., p. 116.

que a haviam desejado? Um mero ajuste particular seria substrato suficiente para o julgador decidir todas as questões que poderiam surgir da gestação de substituição?

### **Considerações finais**

Diante de todo esse contexto exposto, o contrato oneroso envolvendo a “barriga de aluguel” afigura como algo moralmente condenável, ainda que não houvesse vedação em normas jurídicas, pois degrada a mulher e comercializa algo que não deveria estar submetido à lógica de mercado. Os bens e valores envolvidos acabam corrompidos, quando se exige uma prestação pecuniária. A linha de proteção à dignidade da pessoa humana traçada pela Constituição não resguarda práticas que atribuam valor econômico ao corpo, atributo da personalidade. Entretanto, é perfeitamente possível utilizar a técnica quando as intenções se baseiam no altruísmo e na gratuidade.

Ainda que haja vontade livre e consciente, sem vícios de consentimento, como a necessidade financeira ou a falta de informação, a onerosidade da gestação de substituição viola a dignidade humana e o respeito que se deve ter com relação ao corpo. Não existe um direito absoluto e inconsequente à liberdade e à propriedade sobre o próprio corpo.

Conforme se procurou evidenciar ao longo deste trabalho, a tendência é de a técnica ser utilizada com mais liberdade do que atualmente, desde que não haja alguma forma de exploração comercial, e sempre que houver interesse legítimo para se lançar mão de tal técnica, que envolve questões muito complexas. A evolução pela qual passou a regulamentação no âmbito das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, ampliando o acesso aos casais homoafetivos e a indivíduos solteiros, e aumentando o grau de parentesco com a doadora temporária de útero para até o quarto grau, demonstra isso.

De qualquer maneira, o próprio procedimento, mesmo realizado dentro das indicações do CFM, é muito incerto e carece de maior segurança jurídica, uma vez que não há previsão em leis civis ou processuais de tal hipótese. O problema do registro mesmo já causa transtornos, pois a Lei de Registros Públicos, de 1973, é anterior à disponibilização das técnicas de reprodução assistida, e não poderia prever e regular tais situações. Sem mencionar a definição da filiação, que é essencial à criança, para que não fique desamparada.

Existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, mas que são insuficientes em sua abrangência do tema, e a maioria basicamente reproduz as determinações anteriores a 2013 do CFM. Quanto à questão do útero de substituição, ao menos existe previsão expressa nesses projetos de que tal técnica não poderia ser explorada comercialmente, o que é um

acerto do legislador. Outros projetos de lei chegam a proibir a utilização da técnica, o que não parece ser a solução mais adequada.

Fechar os olhos a toda essa complexidade pode até ser um caminho mais fácil de ser alcançado, mas importa em grave violação de direitos e princípios de nível constitucional, como o direito à procriação e ao planejamento familiar responsável e, em última análise, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.

BORLOT, Ana Maria Monteiro; TRINDADE, Zeidi Araújo. *As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico*. Estudos de Psicologia 2004, 9(1), 63-70. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/epsic/v9n1/22382.pdf>>. Acesso em: 23 de junho de 2013.

BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam; ALVES, Marcelle. *Os Tribunais e os Direitos Sexuais e Reprodutivos*. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (Org). *Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 1-22.

CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologias e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 311.

CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH. *Surrogate Motherhood – Ethical ou Commercial*. 2012. Disponível em: <<http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2013.

CORREA, Marilena C. D. V. *As novas tecnologias reprodutivas: uma revolução a ser assimilada*. Editorial Physis, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, jun. 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73311997000100004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73311997000100004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 20 de junho de 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009

JADVA, Vasanti; MURRAY, Clare; Susan GOLOMBOK et al. *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers*. Human Reproduction. 2003. v.18, n. 10. p. 2196-2204. Disponível em: <<http://humrep.oxfordjournals.org/content/18/10/2196.full.pdf+html>>. Acesso em: 15 de junho de 2013.

LEVY, Laura Affonso da Costa. *O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico para bioética*. In: ADV Advocacia dinâmica: boletim informativo semanal, 2012. n. 08, p. 136-134.

LIMA JÚNIOR, Einardo de Sousa. *Maternidade de substituição: uma abordagem geral*. In: Informativo jurídico Consulex, 2006. v. 20, n. 23, p. 4-5.

LOURENZON, Patrícia Miranda. *Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório*. In: Revista de direito privado, 2010. v. 11, n. 42, p. 106-135.

MATIAS, Daniel. *Psicologia e orientação sexual: Realidades em transformação*. Análise Psicológica, Lisboa, n. 1, jan. 2007. p. 149-152. Disponível em: < <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/aps/v25n1/v25n1a12.pdf>>. Acesso em: 22 de junho 2013.

MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*. In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, 2007. v. 9, n. 0, p. 34-56.

MENEZES, Thereza Christina Bastos de. *Novas Técnicas de Reprodução Humana – O útero de aluguel*. In: Revista dos Tribunais. 1990. RT 660/253. out. p. 1113-1118.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. In: Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, 2011. v. 12, n. 20, p. 19-38.

PETRONI, João Guilherme Monteiro. *Reprodução assistida: a chamada barriga de aluguel*. In: Revista IOB de direito de família, 2009. v. 11, n. 55, p. 26-10.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2011.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coordenadores). *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SIMIONI, Fabiane. *Monoparentalidade e Tecnologias Reprodutivas*. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam (Org). *Direito à Reprodução e à Sexualidade: Uma Questão de Ética e Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 295-319.

SOUZA, Marise Cunha de. *As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel: a definição da maternidade e da paternidade*. In: Revista da EMERJ, 2010. v. 13, n. 50, p. 348-367.

SOUZA, Marise Cunha de. *Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida*. In: Revista da Emerj, 2010. v. 13, n. 52, p. 141-166.

TAVARES, Fernando Horta; FRANCO; Livia Rosa et al. *Bioética e biodireito*. In: Revista síntese direito de família, 2011, n. 66, jun/jul, p. 110-140.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição*. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Bioteχνologias e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariângela. *Bioética e reprodução assistida*. In: Revista AMRIGS, Porto Alegre, 46 (3,4): 100-104, jul/dez 2002, p. 100-104.

VARGAS, Eliane Portes; RUSSO, Jane A.; HEILBORN, Maria Luiza. *Sexualidade e reprodução: usos e valores relativos ao desejo de filhos entre casais de camadas médias no Rio de Janeiro, Brasil*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2010. v. 26, n. 1, Jan. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X201000100016](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X201000100016). Acesso em: 20 de junho de 2013.

VEIGA, Janaína de Lima. *Validade jurídica do contrato de gestação de substituição*. In: Revista da Esmape, 2006. v. 11, n. 23, p. 451-488.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. SIMÃO, Pedro Alci. *"Barriga de aluguel": aspectos bioéticos e jurídicos*. In: Consulex: revista jurídica, 2009. v. 13, n. 291, p. 27-31.

ZATZ, Mayana. *Genética: Escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo. 2011.