



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O INSTITUTO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO DE FORMA REMUNERADA E A
IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA

Brenda Patrícia Sanches Alves

Rio de Janeiro
2021

BRENDA PATRÍCIA SANCHES ALVES

O INSTITUTO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO DE FORMA REMUNERADA E A
IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

O INSTITUTO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO DE FORMA REMUNERADA E A IMPORTÂNCIA DA ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DA MATÉRIA

Brenda Patrícia Sanches Alves

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo – o presente artigo estuda a Gestação por Substituição, técnica de reprodução medicamente assistida também conhecida por “barriga de aluguel” ou “maternidade por substituição”, que é um procedimento o qual uma pessoa gesta um filho para outrem, quando uma pessoa ou o casal não possuem meios próprios de fazê-lo. O trabalho avalia a possibilidade e os meios de utilização dessa técnica no Direito brasileiro, bem como defender a possibilidade de tal possuir caráter oneroso, a fim de estender a utilização desta.

Palavras-chave – Direito de Família. Filiação. Gestação por substituição.

Sumário – Introdução. 1. A Família e a filiação pelas técnicas de reprodução: Livre exercício do direito constitucional de planejamento familiar? 2. A presunção da maternidade e a análise da natureza jurídica contratual da gestação por Substituição. 3. A livre disposição do corpo da mulher e a autonomia privada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a importância da legalização da cessão onerosa de útero e tem como objetivo discutir a utilização do instituto da mesma, com o intuito de acender a chama do debate sobre o tema e, desta forma, difundir a necessidade e urgência da sua legalização, abordando aspectos positivos para o Estado brasileiro e para a sociedade.

  notória a evolução da sociedade, dos costumes e da ciência e o instituto da gestação por substituição onerosa é reflexo dessa ascensão. No entanto, também   perceptível que muitas questões religiosas e políticas não permitem que esse incremento seja fluido, inclusive, vai de encontro ao atual conceito de família, que preza por um núcleo ligado por laços afetivos e não apenas genéticos, tendo como fundamento para a sua formação a possibilidade de adquirir felicidade e completude para sua existência.

A constituição brasileira concede às pessoas o direito ao planejamento familiar e incube ao Estado o dever de propiciar recursos para o exercício dessa faculdade, não devendo, portanto, criar obstáculos legais que dificultem ou, até mesmo, impeçam a concepção do núcleo familiar. Por isso, a importância do debate sobre a legalidade da gestação por substituição onerosa se dá na medida que é a solução da ciência para dar a todos a possibilidade de ter filhos e, assim, constituir uma família.

Apesar de ser uma prática corriqueira em muitos países como Grécia, Ucrânia, Geórgia, Irã, Israel, Nigéria, Rússia e inclusive na maior parte dos Estados Unidos da América, tal mecanismo ainda é vedado no Brasil, já que o ordenamento jurídico somente permite a gestação por substituição gratuita, a qual possui vários requisitos que dificultam ou inviabilizam o instituto, como a mulher que irá ceder o útero deve pertencer à família dos pais da criança.

Dessa forma, este trabalho é dividido em três capítulos, além da introdução e a conclusão. E apresenta em sua primeira parte as formas de filiação e as técnicas de reprodução, visando desmistificar o instituto, que é o objeto deste artigo.

Já no segundo capítulo, aponta as principais controvérsias sobre o a natureza jurídica do instituto e o perigo que a lacuna legislativa e a sucinta proibição em uma resolução do Conselho Nacional de Medicina causam à sociedade. Além de mostrar a contradição de uma sociedade que fomenta direitos como a capacidade das pessoas, as autonomias da vontade, mas quando a temática gira em torno do corpo feminino coíbe e abandona, seguindo, desta forma, cega a realidade fática e as necessidades pessoais.

Por fim, terceiro capítulo, defende-se a necessidade de regulamentação adequada. Uma vez que, uma resolução do Conselho Nacional de Medicina não é objeto hábil para vedar uma conduta, pois não tem força de lei. E, sabe-se que somente por força de lei é permitido criar condutas incriminadoras e privar alguém de realizar alguma ação. O núcleo familiar brasileiro evoluiu e o direito das famílias deve acompanhar tamanha transformação, já que é proveitosa a sua contemplação legal.

O trabalho é desenvolvido por meio do método histórico, apresentando, desta forma, a evolução do conceito de família. Com o método teleológico, introduz o instituto da filiação. E, por meio da pesquisa qualitativa, analisando doutrina e jurisprudência sobre o tema, e com o uso do método indutivo, sustenta a tese sobre a necessidade da legalização da gestação por substituição onerosa, assunto pouco difundido na comunidade acadêmica. Por essa razão, este trabalho pode ser fonte útil para pesquisas futuras acerca do respectivo tema.

1. A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO PELAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO: LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAMENTO FAMILIAR?

A Constituição Federal Brasileira 1988¹ garante a todos o livre exercício dos direitos reprodutivos e planejamento familiar. Desta forma, significa que qualquer pessoa tem o direito de decidir sobre quando se reproduzir, quantas vezes e se deseja ou não tal ato. Além disso, há assegurado o direito de ter acesso a métodos eficientes e seguros de planejamento familiar de sua escolha, que não sejam contrários à lei e que possibilitem com segurança a sua concretização.

O instituto da família foi sendo alterado ao longo do tempo. Alguns entendem que a entidade familiar assenta seus fundamentos em um sistema poligâmico, seja ele poliginia ou poliandria². Há, contudo, outra teoria que nega a existência da família nos primeiros tempos, assumindo a promiscuidade entre seres humanos³.

Em Roma, a família era pautada pelo princípio da autoridade⁴. O *pater* tinha total poder sobre os seus filhos e a mulher era totalmente subordinada a ele. Já a partir do século IV, a concepção cristã foi imbuída a essa instituição e a autoridade *paterfamilias* foi sacrificada. Na fase pós-romana, foram recebidas características do direito alemão, por isso, organização antes autocrática ganhou uma forma mais democrático-afetiva⁵.

Atualmente, o Direito de Família faz uso da influência do Direito Constitucional e, assim, houve reflexos no conceito de desta. E esse, agora, deve ser lido como um caminho para um fim, que é compreendido como a busca da felicidade⁶. No entanto, nem todos têm meios próprios de obter essa felicidade.

Desde os primórdios, a esterilidade foi considerada um fator negativo, um sinal de desmerecimento da mulher em relação aos olhos de Deus, fazendo alusão à bruxaria, etc. Já a fertilidade sempre foi encarada como sinal de alegria, prosperidade e fortuna. A infertilidade

¹ BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

² A “poliginia” significa um homem com várias mulheres, organização familiar patriarcal. Já a Poliandria significa dizer uma mulher com vários homens, uma organização familiar matriarcal. PRIBERAM. *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

³ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Curso de Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [Série IDP, e-book].

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. 25. ed. V. 5. Atual. Tânia da Silva Pereira. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [Série IDP, e-book].

⁵ Ibidem.

⁶ OLIVEIRA, Rafael; RANGEL, Tauã. *A busca pela felicidade como paradigma dos arranjos familiares contemporâneos*. Disponível em: <<http://s://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/a-busca-pela-felicidade-como-paradigma-dos-arranjos-familiares-contemporaneos/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

já é considerada doença pela OMS⁷. A *World Health Organization –WHO*-,⁸ estima que a infertilidade afete milhões de pessoas em idade reprodutiva. Estima-se que 48 milhões de casais e 185 milhões de indivíduos vivem com a infertilidade globalmente.

A biomedicina e a tecnologia criaram soluções para acabar com esse estigma antigo, e, assim, trouxeram outros métodos, além daquele natural, de reprodução: as técnicas de reprodução assistida, que são, muitas vezes, a solução para restabelecimento da saúde reprodutiva e do equilíbrio dos envolvidos.

A reprodução humana assistida pode ser intracorpórea, quando a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, e extracorpóreas, também chamadas de fertilização *in vitro*, que ocorre em laboratório. Nesta, algumas vezes, é necessária que ocorra a intervenção de um terceiro, podendo se dar tanto da doação de gametas ou, até mesmo, do útero⁹.

A reprodução via doação de útero convive com muitos impasses, tanto religiosos quanto jurídicos. Há uma omissão na legislação que merece uma atenção, uma vez que causa instabilidade social, pois os litígios não são solucionados pelo ordenamento, o que deixa os direitos dos sujeitos envolvidos descobertos.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM – de nº 2.168/2017¹⁰, norma infralegal sem força de lei, permite a reprodução de via doação de útero não onerosa - que será tratada a partir de agora como cessão de útero gratuita -. Traz, no entanto, vários requisitos, como: ou que a doadora genética possua um problema médico que impossibilite a gestação, ou que seja um casal homossexual, ou que seja pessoa solteira. Sendo que a cedente temporária deve ter parentesco consanguíneo até quarto grau com um dos integrantes do casal.

Desta forma, esses requisitos impossibilitam a existência do método, porque não são todos que possuem parentes aptos ou altruístas suficientemente para realizar tal procedimento. Por tal imbróglio, devem ser impedidos de ter seus filhos biológicos? Cabe ao Estado decidir sobre a formulação da família?

⁷NOTÍCIA CAPITAL. *A infertilidade é uma doença reconhecida pela OMS*. Disponível em: <<http://noticiacapital.com.br/noticias1.asp?cod=43125>> Acesso em: 07 out. 2020.

⁸ WHO (WORDL HEALTH ORGANIZATION). *Infertility*. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>. Acesso em: 07 out. 2020.

⁹ Fertilização *in vitro* pode ser dividida em homóloga e heteróloga. A primeira ocorre quando procedência do material genético é do casal. E a última ocorre quando o material para a fecundação é doado e também quando há a utilização do útero de terceira pessoa. Fonte da informação.

¹⁰ BRASIL. *Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168*, de 27 de novembro de 2017. Disponível em: <[https:// sistema.sfm.org.br/normas/vi_sualizar/resolucoes/BR/2017/2168](https://sistema.sfm.org.br/normas/vi_sualizar/resolucoes/BR/2017/2168)> Acesso em: 30 set. 2020.

Por sua vez, é importante analisar a justificativa para exigência de parentesco: é pautada na ideia de que há uma maior cumplicidade e solidariedade entre familiares,¹¹ seja em linha reta ou colateral. Faz uso da premissa de que não haverá conflito entre a gestante e a mãe. No entanto, essa premissa não é verdadeira, mas sim utópica, já que não são os laços familiares que condicionam à facilidade de convivência e à coadunação de ideais.

Analisando com mais profundidade os requisitos da resolução, é evidente o caráter terapêutico que foi dado à técnica, pois ela somente deve ser usada em hipóteses de impossibilidade natural de procriação. E, inclusive, essa é uma das correntes defendidas por alguns doutrinadores, que apontam que a cessão de útero não pode ter motivação egoística, ou seja, somente estética.

Entretanto, cabe aqui lembrar que não é a função do direito julgar as individualidades pessoais da mulher e os seus motivos internos, os quais a faz buscar a cessão de útero, seja ela onerosa ou gratuita. Visto que, é notório que o parto não é ato fácil para todas as mulheres. Inclusive, algumas têm menor aceitação à gravidez em si, como o que ocorre, por exemplo, com a figura do crime infanticídio por estado puerperal, espécie de homicídio doloso privilegiado, que por conta do estado pós-parto, da mulher, que reduz a sua capacidade e faz com que ela busque acabar com a vida do próprio filho¹².

A doutrina aponta que casais ou pessoas que buscam ter seus filhos e não tem meios de realizar esse desejo naturalmente ou não se enquadram nos requisitos da resolução possuem sempre a possibilidade de realizar a adoção, já que seria essa mais ética e justa socialmente. No entanto, a adoção também não é uma espécie, de aumento familiar, sem trâmites laboriosos, mas sim uma forma custosa e duvidosa, portanto, menos viável e mais demorada.

É importante ressaltar que, como dito acima, a resolução, por não ter força de lei, é entendida para o direito apenas como uma sugestão. No entanto, essa vincula os médicos e os hospitais, que se não cumprirem o que está determinado na resolução podem sofrer sanções administrativas. Logo, mesmo não sendo uma lei, impede a aplicação do instituto. Uma vez que quem mais teria capacidade técnica para realizar uma reprodução assistida?

¹¹ LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório?. *Revista de direito privado*. Vº 42, ano 2010, p. 106- 13, Abr - Jun 2010. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vº. 4, p. 1129 – 1156, Jun 2011 DTR\2010\397.

¹² AREND, Candida. *O estado puerperal e o delito de infanticídio: uma análise penal e processual*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-estado-puerperal-e-o-delito-de-infanticidio-uma-analise-penal-e-processual/>> acesso: 2 de out. 2020.

2. A PRESUNÇÃO DA MATERNIDADE E A ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Por muito tempo têm se aplicado o princípio da presunção da maternidade¹³, “mãe é aquela que dá a luz”, simplificando o processo de reconhecimento de filiação. Assim, ao contrário do que ocorre com o processo de paternidade, que mesmo com os mecanismos de presunção presentes no Código Civil, artigo 1.597¹⁴, que tem seus questionamentos jurídicos e sociais, a maternidade não os possui.

No entanto, é importante apontar que existe proposta de alteração para essa premissa, o Enunciado nº 129 do CJF/STJ, já aprovado, propõe a inclusão de um novo artigo, o art. 1.597-A, que em seu parágrafo único traz a nova presunção de maternidade, determinando-a à mãe que ofereceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga¹⁵.

Isto é indispensável no contexto atual da evolução da ciência, pois essas concepções arcaicas devem ser colocadas em pauta e debatidas. A maternidade deve ser vista e analisada levando em conta outros atributos essenciais como: a biogenética, a gestação, a afetividade, entre outros.

O ordenamento jurídico brasileiro já permite a ruptura do parentesco entre o adotado e seus pais biológicos. E traz a figura da mãe socioafetiva. Então, por que não ampliar tais soluções jurídicas e aplicá-las a outras hipóteses de filiação. É importante frisar que o instituto da adoção prevê e garante a igualdade entre todos os filhos¹⁶, vide artigo 1.596 CC.

A resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM – de nº 2.168/2017¹⁷ enxerga a “mãe” de substituição como uma “hospedeira”, sem contribuição genética. Logo, mãe seria a biológica ou a mulher que tem a real intenção de criar e cuidar, mesmo que ela não tenha efetivamente gestado.

Logo, a problemática que se cria sobre quem teria o direito à maternidade da criança gerada pela gestação por substituição torna-se sem sentido e ilógica. Entretanto, ainda há, no

¹³ REVISTA DOS TRIBUNAIS. Organização da família contemporânea: complexidade e indefinição dos vínculos jurídicos. *Revista de Direito Privado*. V. 48/2011 | p. 191 - 215 | Out - Dez / 2011.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406/compilada.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁵ CJF. *Jornadas de direito civil I, II, IV e V: Enunciados aprovados*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf/view>> Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 13.

¹⁷ BRASIL. *Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168*, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

direito brasileiro, a concepção tradicional de que a maternidade decorre do parto, *Mater semper certa est*, e que esta não se pode contestar, ainda que se prove não ter geneticamente relação de filiação. Importante lembrar que tal concepção não ocorre em relação à paternidade, que é facilmente contestada e provada pelo exame de DNA.

A discussão se inflama ainda mais quando há manipulação laboratorial dos óvulos, quando há uma combinação do DNA de duas mulheres, a fim de obter maior probabilidade de fecundação. Nesse caso, duas mulheres passarão suas características biológicas ao feto e outra o gesta.

Posto isso, surge um questionamento: Por que o corpo feminino é tão regulado? E Por que a maternidade possui tantas barreiras e normas que não são observadas na paternidade? Uma vez que a Constituição brasileira de 1988¹⁸ impõe em seu artigo 5º a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações.

Outro assunto a ser analisado é a natureza jurídica do contrato, e qual roupagem contratual seria utilizada. Rose Meireles¹⁹ aponta que a diferença substancial deste contrato gestacional para a imensa maioria dos contratos é o fato de ele estar atrelado a uma questão existencial, e não patrimonial, a emprestar-lhe feição absolutamente particular.

A definição clássica de contrato o conceitua como sendo: “um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”²⁰. E a estrutura deste negócio jurídico se dá como ensina Pontes de Miranda através da escada Pontiana, na análise dos três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Assim, é preciso um agente capaz, vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Utilizando primeiramente a nomenclatura/definição dada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina - nº 2.168/2017²¹ que a denomina como “doação temporária de útero” e veda a possibilidade de aferição de lucro ou viés comercial em virtude dela.

Facilmente é percebido que tal classificação possui falhas, pois a doação como negócio jurídico, conceitua-se como sendo a transferência, pelo doador, de patrimônio, bens

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹ MEIRELES apud OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12. ed. rev., atual. e ampl. V.3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p 18.

²¹ BRASIL. Op. Cit. nota 17.

ou vantagens para o donatário, sem a presença de qualquer remuneração²². No entanto, não há transferência do útero da gestante para a mãe biológica, além da impossibilidade jurídica de reconhecer um órgão humano como um bem.

A figura que mais se aproxima do intuito da Resolução do CFM seria o empréstimo que, no entanto, também não poderia ser aplicada à figura em análise, uma vez que, essa também implica na entrega do útero. A depender da natureza da coisa, bem como dos direitos envolvidos, existem as seguintes espécies de empréstimo: comodato e o mútuo²³. No entanto, nenhum deles pode ser utilizado para caracterizar o instituto, uma vez que todos têm a entrega da coisa, devendo esta ser restituída.

Outra espécie de contrato, apontada como solução para tal questão, seria o de locação. Têm-se por locação o contrato pelo qual uma das partes (locador ou senhorio) se obriga a ceder à outra (locatário ou inquilino), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa remuneração²⁴. Porém, a locação tem por requisito básico a contraprestação onerosa, que pela própria resolução é vedada.

O contrato mais indicado para conceituar tal instituto seria o contrato de prestação de serviço²⁵, em que o prestador se compromete a realizar uma determinada atividade com conteúdo lícito, no interesse de outrem, o tomador do serviço, mediante determinada remuneração.

Considerando que o atual sistema pátrio não possui lei ordinária proibitiva da gestação como prestação de serviço, fica afastado o conteúdo ilícito da prática, porque o único instrumento normativo que trata da matéria é, como já dito, a Resolução do CFM. E essa só é de caráter obrigatório aos profissionais de Medicina, no exercício da profissão, e não pode ser instrumento balizador de negócio jurídico realizado entre pessoas que não pertencem a essa classe em específico.

É importante esclarecer aqui sobre o princípio da legalidade, pois esse é princípio geral da ciência do direito. Esse possui dois desmembramentos: um para reger a administração pública e outro para os particulares.

²² Ibidem, p. 440.

²³ Ibidem, p. 665.

²⁴ BRASIL. Op. Cit. Nota 16.

²⁵ Uma curiosidade sobre o contrato de prestação de serviço é que ele já foi uma espécie do contrato de locação. Que no direito romano era chamado de *locatio operarum*, que tinha por objetivo a prestação de um serviço como interesse econômico. Importante destacar que o Código Civil de 2002 deixou de prevê a prestação de serviço como uma espécie de locação. Tratando como contrato autônomo. TARTUCE, op. cit., p 626 – [Série IDP, e-book].

Aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que não seja vedado por lei, fulcro art. 5, inciso II da CFRB/88²⁶. Flavio Tartuce²⁷ conceitua lei da seguinte forma: “a lei é a norma imposta pelo Estado, devendo ser obedecida, assumindo forma imperativa”. Logo, fica afastado o conteúdo ilícito do objeto.

Outro ponto é a alegação que a gestação por substituição onerosa supostamente contraria as normas de ordem pública ou aos bons costumes. Contudo, esse argumento é facilmente desarmado, dado que a finalidade do contrato é a constituição familiar, de indivíduos que, muitas vezes, não obtiveram êxito com as outras formas disponíveis.

Analisando outro argumento contrário à prática, existe também a alegação de que o pagamento pela gestação com a entrega do bebê fere o princípio da dignidade da pessoa humana, pois há, em tese, a coisificação da criança²⁸. No entanto, o pagamento não se dá pela entrega do bebê, mas sim pelo serviço prestado pela gestante, ou seja, a gestação em si.

É importante ressaltar que o planejamento familiar é uma extensão do direito da dignidade da pessoa humana; dessa forma, não cabe ao legislador infralegal impor barreiras ao exercício desse direito, que deve ser exercido dentro das amplas possibilidades da biomedicina atual. E o Estado deve fomentar e defender os novos métodos de reprodução assistida, bem como o direito dessas pessoas que buscam a sua liberdade reprodutiva.

Mais um argumento de posição contrária à onerosidade da prática é pautado na lei²⁹ dos transplantes de órgãos do art. 199, §4º que veda a comercialização de órgãos ou tecidos, a qual é facilmente afastada, uma vez que o intuito da lei é justamente coibir a venda de órgãos para transplante, o que não ocorre, pois como já dito, o útero não sai da posse da mulher gestante. Logo, a sua utilização como argumento contrário à prática é no mínimo incongruente.

3. A LIVRE DISPOSIÇÃO DO CORPO DA MULHER E A AUTONOMIA PRIVADA

É insensata a ideia de que se deve vedar o pagamento pela gestação por substituição, com o argumento de mercantilização do corpo da mulher, uma vez que a sociedade capitalista é pautada na exploração e venda da força de trabalho, ou seja, na força corporal e intelectual,

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁷ Tartuce, op. cit. p. 19.

²⁸ FIGUERÉDO NETO, Pedro Camilo de. *Gestação por substituição e sua abordagem pelo direito penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20267/gestacao-por-substituicao-e-sua-abordagem-pe-lo-direito-penal>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 13 mar. 2021.

assim deve ser analisado outros elementos, como apontado por Alan Wertheimer³⁰, “deve se demonstrar que essa exploração é unilateral ou danosa, ou que não se faça com vantagens mútuas.

A mulher que ficará nove meses gerando a criança terá novas necessidades pela gestação, pois tal período é extremamente penoso, além das novas despesas supridas surgem novas preocupações como, por exemplo, médicos, assistência, alimentação adequada, suplementação de vitaminas e vestiário entre outros.

Ademais, a mulher gestante passará por todos os riscos da gravidez e complicações dela decorrente, assim mesmo com o recebimento de valor pela gestação (contraprestação pelo serviço prestado). Isso por si só, não elimina o caráter altruísta da conduta desta mulher, que se propôs a gerar um filho de outrem, pois, esta passará por todas as mudanças hormonais e corporais para gerar um filho e, depois, entregará para outra família.

O argumento contrário à remuneração sustenta que o pagamento viciaria a manifestação de vontade da mulher, que com o intuito de minimizar seus problemas financeiros se submeteria a prática. Desse modo, a sua vontade deixaria de ser livre e espontânea, tornando esse negócio jurídico inválido. No entanto, é importante lembrar que tais mulheres são maiores, capazes, conscientes de seus atos e consequências.

Logo, todos os requisitos do negócio jurídico são respeitados e válidos. Mesmo que o princípio da autonomia privada não possa ser interpretado de forma absoluta, pois se deve sempre lê-lo com base nos princípios constitucionais, ou seja, a denominada constitucionalização do direito civil. A autonomia privada não pode ser aniquilada, pois como afirma Pablo Stolze Gagliano³¹: “sem ela as relações de direito privado estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso”.

Dessarte, uma afronta direta ao exercício da liberdade, e como destaca Paulo Gustavo Gonet Branco³², este um elemento essencial do conceito da dignidade da pessoa humana, uma vez que a liberdade é assegurada para garantir a autorrealização da pessoa, para que esta “escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades”, uma vez que a existência do Estado Democrático se justifica como sendo o meio hábil para a efetivação e estimulação desta, prevenindo que a liberdade se dê apenas em caráter meramente formal.

³⁰ WERTHEIMER apud ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. 2008.145f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico Civilísticas) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017. [e-book]

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. – [Série IDP, e-book].

Como dito por Martha Field³³, a liberdade de as mulheres tomarem decisões relacionadas ao próprio corpo implica em não apenas o direito ao sexo, sem medo de uma gravidez não desejada, (direito contraceptivo e em alguns ordenamentos jurídicos, o direito ao aborto), mas também no direito de esta ter filhos sem passar por uma gravidez. Assim, qualquer pessoa poderia recorrer à maternidade pela gestação por substituição ou atuar como mãe substituta, mesmo que tenha motivações puramente estéticas ou supérfluas.

Marcelo Truzzi Otero³⁴ pondera que a tese que privilegia a gratuidade da obrigação, sob pena de nulidade contratual, não faz o menor sentido jurídico. Uma vez que bastaria a mulher geradora (hospedeira) demonstrar o caráter oneroso da contratação para viciá-la e permanecer com a criança, em caso de arrependimento. Hipótese que não ocorreria com gestante da obrigação gratuita (altruística), pois para ela o contrato seria plenamente válido e eficaz. Em suma, estabelecer um contrato oneroso seria infinitamente mais vantajoso.

Esse raciocínio pode ser ampliado e aplicado em ocasiões em que o próprio casal desiste da criança por algum motivo, como, por exemplo, caso a criança venha nascer com sexo diferente do almejado ou com alguma doença genética. Essa nulidade contratual apontada por eles, a do contrato e conseqüentemente do negócio jurídico como todo, condenaria a gestante a ser atribuída como mãe, imbuindo a essa a maternidade, e a tiraria dos pretensos pais, os quais tinham a real intenção de constituir a família. José Oliveira Ascensão³⁵ critica veementemente esse raciocínio, pois, segundo ele, a maternidade não pode ser atribuída a título de sanção, pelo negócio jurídico nulo. Uma vez que o interesse prioritário é o do feto, e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação. Dado que, o feto ficaria sentenciado a uma vida inteira atrelada a uma família que não é a dele, e que nunca o quis como parte de seu projeto familiar.

Portanto, proibir qualquer remuneração à gestante (hospedeira) é no mínimo incongruente, e não se justifica, pois ela presta um serviço à outra pessoa por vinte e quatro horas por dia, durante nove meses. Além disso, a prestação do serviço de gestação traz a

³³ FIELD apud ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição*. 2008. 145 f. Tese de mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

³⁴ OTERO, Truzzi Marcelo. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. Disponível em <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

³⁵ ASCENSÃO, José oliveira. *José de Oliveira Ascensão: a Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. Disponível em: <

possibilidade de inúmeros impactos futuros, tanto em aspectos físicos quanto psicológicos. Logo, não seria a falta de remuneração uma afronta à dignidade humana, uma vez que impõe gratuidade a um serviço extremamente complexo e difícil?

Posto isso, fica evidente o caráter ultrapassado da vedação à remuneração. Uma vez que facilmente, com uma simples busca no Google, se encontra uma variedade de mulheres e clínicas oferecendo o serviço da gestação por substituição com a contraprestação da remuneração, que pela falta de regulamentação fica totalmente a mercê, tornando totalmente insegura a prática, para ambas as partes. Várias celebridades e pessoas com condição financeira podem ser citadas por terem buscado essa alternativa para terem seus filhos. São alguns nomes: Paulo Gustavo, Jimmy Fallon, Nicole Kidman, Kim Kardashian, Ricky Martin, Cristiano Ronaldo, Elizabeth Banks, Elton John etc.

Em síntese, o Direito de Família, por ser uma área de constante metamorfose, pela evolução da sociedade e da tecnologia, não deve ficar para trás e como ocorre em outras áreas do direito deve regular as inovações. Para que possa solucionar as questões e os riscos que circunda a gestação de substituição. Tais como: o fato da gestante apresentar problemas no momento do parto e perder o bebê; o risco de a mãe de substituição não cumprir o que foi combinado, não entregando a criança, não observar os cuidados com a própria saúde (capazes de assegurar a sadia gestação) e possibilidade de a criança nascer com problemas e ser alvo de rejeição por ambas as partes.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou debater e aprofundar o conhecimento sobre o instituto da gestação por substituição de útero onerosa. Com o objetivo de esclarecer esse tema tão pouco retratado no direito de família.

Conclui-se que a gestação por substituição ofereceu esperança às famílias, oportunizando novos meios para o livre exercício do direito reprodutivo e do direito ao livre planejamento familiar. Um gigantesco passo em direção à felicidade e a realização pessoal. Pois, essa proporciona à maternidade e/ou paternidade àqueles que não obtêm por meios próprios.

Contudo, esse instituto, com fim eudemonista, enfrenta um grande preconceito, de uma parcela da sociedade de viés conservador, que negam ou dificultam seu funcionamento pleno. O que ocasiona uma grande omissão legislativa.

Essa lacuna legislativa gera inúmeras incógnitas sobre o tema. E isso desampara as pessoas que buscam essa técnica como ultima opção.

Diante disso, o presente estudo buscou esclarecer algumas lacunas sobre o tema, qual seja: qual a natureza jurídica do instituto. Como também, propor uma visão mais vanguardista, quanto a possibilidade da modalidade onerosa, tratando o assunto sem as amarras do preconceito e pensamentos arcaicos. Além disso, conclui-se que, atualmente, a vedação da utilização da prática com o caráter oneroso, acaba por impossibilitar a sua utilização e que a Resolução do Conselho Federal de Medicina impõe barreiras desnecessárias àqueles que buscam exercer seu direito a procriação.

Ademais, também se buscou engrandecer a pesquisa o correlacionando com outros institutos do direito, como por exemplo, os princípios constitucionais e os de direito administrativo e os institutos de direito contratual. E dessa maneira, foi construído um raciocínio que solucionou às principais controvérsias da utilização do instituto da gestação por substituição onerosa.

No entanto, ficou evidente que enquanto não houver legislação acerca do tema, o instituto ficará à mercê de interesses políticos, convicções pessoais e religiosas. É evidente a importância de colocar o tema da gestação por substituição em destaque, estimular o seu debate e, principalmente, ilustrar as suas controvérsias. Contudo, o tema ainda é muito vasto e possui muitos aspectos para serem discutidos.

Posto isso, é notória a necessidade de um tratamento especial do legislador diante da gestação por substituição, uma vez que é inegável a crescente da busca, pelas novas famílias, por essa técnica. E a sua regulação nada mais é que uma forma de proteger a formação familiar, ou seja, proteger a busca da felicidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição*. 2008. 145 f. Tese de mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

AREND, Candida. *O estado puerperal e o delito de infanticídio: uma análise penal e processual*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-estado-puerperal-e-o-delito-de-infanticidio-uma-analise-penal-e-processual/>>. Acesso em: 02 out. 2020.

ASCENSÃO, José oliveira. *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao->

164/a-busca-pela-felicidade-como-paradigma-dos-arranjos-familiares-contemporaneos/>. Acesso em: 30 set. 2020.

OTERO, Truzzi Marcelo. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*. Disponível em: <http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de direito civil*. V. 5. Atual. Tânia da Silva Pereira, 25. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [Série IDP, e-book].

PRIBERAM. *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/>> Acesso em: 30 set. 2020.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Organização da família contemporânea: complexidade e indefinição dos vínculos jurídicos. *Revista de Direito Privado*. V. 48/2011 | p. 191 - 215 | Out - Dez / 2011.

TARTUCE, Flávio, *Direito civil*. Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 12. ed. rev., atual. e ampl. V.3. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WERTHEIMER apud ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. 2008. 145f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

WHO (WORDL HEALTH ORGANIZATION). *Infertility*. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility>>. Acesso em: 07 out. 2020.