

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Marina Brandtner Sbabo

**A POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO DA GESTANTE NA CESSÃO
TEMPORÁRIA DE ÚTERO**

**Porto Alegre
2019**

MARINA BRANDTNER SBABO

**A POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO DA GESTANTE NA CESSÃO
TEMPORÁRIA DE ÚTERO**

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Simone Tassinari Cardoso
Fleischmann

**Porto Alegre
2019**

MARINA BRANDTNER SBABO

**A POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO DA GESTANTE NA CESSÃO
TEMPORÁRIA DE ÚTERO**

Monografia apresentada na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul - UFRGS como requisito
parcial para a obtenção de grau de bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais

Orientadora: Simone Tassinari Cardoso
Fleischmann

Aprovada em 9 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dra. Isis Boll Bastos

Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

AGRADECIMENTOS

Pelo incentivo que recebi desde criança e ao longo do curso, agradeço aos meus pais. Foram eles que me mostraram a importância do conhecimento e, como fruto dos seus esforços, me proporcionaram tantas oportunidades. Mais ainda, agradeço, principalmente, por me ensinarem o respeito ao próximo, a honestidade e a humildade como importantes virtudes do nosso ser.

Agradeço aos professores que tive o prazer de escutar e aprender desde minha escola, Centro de Ensino Médio Pastor Dohms, até a Faculdade de Direito, na Universidade do Rio Grande do Sul, que demonstraram o amor pelo ensino e despertaram em mim uma constante busca pelo saber.

Agradeço aos meus amigos e minhas amigas pela companhia e amizades que não poderiam ser mais verdadeiras e incentivadoras tanto nos momentos bons, mas principalmente nas situações difíceis.

RESUMO

O presente estudo tem como escopo a análise específica acerca de um assunto inserido na temática da cessão de útero. Partindo da premissa de que o Estado garante o direito de reprodução, alicerçado no livre planejamento familiar, aos seus cidadãos e que a medicina auxilia na garantia de efetivação deste direito, a cessão de útero é uma das formas encontradas para constituição de prole pelas pessoas impossibilitadas de reproduzir naturalmente. No Brasil, o tema recebe tratamento conforme a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que abarca as situações mais práticas sobre o instituto, ficando a cargo da interpretação sistemática do ordenamento jurídico os aspectos como a forma de estabelecimento da filiação. Não é diferente quando a discussão adentra na possibilidade ou não de remuneração à gestante. Essa discussão perpassa o âmbito nacional e recebe diferentes tratamentos no mundo, despertando também discussões que sugerem a ocorrência de exploração de mulheres, a sua redução a um objeto e conseqüente afronta à dignidade humana da gestante. Tais debates internacionais podem ser traduzidos para o direito brasileiro em questões jurídicas como os limites da autonomia privadas dos envolvidos, a restrição ao direito de personalidade de disposição ao próprio corpo.

Palavras-chave: cessão de útero, onerosa, livre planejamento familiar, autonomia privada, direitos da personalidade, vício do consentimento.

ABSTRACT

The current study aims to analyze specifically one subject concerning to surrogacy motherhood. Starting from a premise that the state ensure a reproductive right for their citizens, based in the free family planning, and is helped by the assisted reproductive medicine, surrogacy motherhood is then one of the ways to achieve this right and constitute the offspring by people who can not reproduce naturally. In Brazil this subject is ruled by the Resolution 2.168/2017 made by the Federal Council of Medicine and it covers practice rules about the institute of surrogacy, leaving other questions to a systematic interpretation of the legal order, as the constitution of the membership. The discussion also goes into the possibility or not of surrogate remuneration. This discussion pass through the national reach and receive different treatments in the world, arising discussions that suggests the women exploitation, their commodification and the insult of the human dignity of the surrogates. And this international debates may be translated into the Brazilian law as the jurisdictional aspects of the private autonomy, the limitation of a personality right as the disposal of the body rights.

Key-words: surrogacy, payment, free family planning, private autonomy, personality right, consent vice.

SUMÁRIO

1 Introdução.....	8
2 Planejamento familiar e sua efetivação.....	9
2.1 Do Planejamento Familiar.....	9
2.2 Da Caracterização da Cessão de Útero.....	12
2.3 Do Vínculo Jurídico de Filiação.....	16
3 Aspectos polêmicos envolvendo a cessão de útero.....	19
3.1 Direito estrangeiro.....	20
3.1.1 O Contexto do Estados Unidos da América.....	20
3.1.2 O Contexto da Índia.....	23
3.1.3 O Contexto da Itália.....	25
3.1.4 O Contexto de Portugal.....	27
3.2 Autonomia Privada dos envolvidos.....	29
3.2.1 Autonomia dos que contratam.....	30
3.2.2 Autonomia da mulher contratada.....	33
3.3 Do Direito ao corpo.....	36
3.4 Questões sobre Vício do Consentimento.....	41
4 Considerações finais.....	45
5 Bibliografia.....	47

1. INTRODUÇÃO

Sendo a realidade de muitos casais a infertilidade ou a impossibilidade biológica - como de casais homoafetivos e de pessoas solteiras - impedindo a constituição da prole naturalmente, afora a opção da adoção, esse desejo é alcançado com o auxílio da medicina. E a evolução expressiva das técnicas de medicina reprodutiva permitem cada vez mais a escolha por métodos medicamente assistidos de reprodução.

Um desses métodos é a cessão temporária de útero, crescentemente difundida em nossa sociedade. A maior expressividade da técnica vem também acompanhada por inúmeros debates que transitam não só na ciência jurídica, mas nas diversas ciências do saber. Contudo, o Brasil encontra-se em uma situação ainda mais incerta frente a falta de legislação parlamentar sobre a matéria, relegando sua normatização à Resolução 2.168/2017, criada pelo Conselho Federal de Medicina, o que, sem deixar de enaltecer o trabalho da instituição, não serve para por fim aos embates jurídicos que possam surgir.

Até que ponto o direito à reprodução tutelado pela Constituição Federal, garantido pelo livre planejamento familiar, pode ser invocado quando o seu exercício reflete nos direitos da personalidade de outros, neste caso da gestante? Sem deixar de reconhecer a extrema importância de todos os questionamentos que envolvem a cessão de útero, atenta-se neste trabalho à indagação acerca da possibilidade de remunerar a mulher que cede seu útero temporariamente para o desenvolvimento de uma vida.

A omissão legal leva à necessidade de uma interpretação sistemática, baseada nas experiências internacionais e no próprio Ordenamento Jurídico brasileiro. Analisando alguns contextos de países estrangeiros, sabe-se que a lei não irá pacificar a matéria, até mesmo porque trata-se de assunto em constante mudança e novidades. São efervescentes as críticas feitas a respeito do assunto, pois há verdadeiro temor de que a prática indiscriminada da cessão temporária de útero onerosa causaria a mercantilização dos direitos das mulheres, as tornando mero instrumento incubador para a satisfação de interesse de terceiros, o que seria verdadeira afronta à sua dignidade humana.

As experiências internacionais variam, desde países que permitem indistintamente a cessão de útero em qualquer modalidade, até países que proíbem absolutamente a prática. O Brasil, sem legislar sobre o assunto, apoia-se nas leis vigentes e nos entendimentos consolidados para resolução dos embates decorrentes da prática.

Dessa forma o objetivo deste trabalho será analisar o arcabouço jurídico existente na legislação brasileira na esfera constitucional, infraconstitucional, bem como trazer a forma de tratamento dado ao instituto por alguns países, de modo a buscar um auxílio para tentar se chegar na melhor opção na hipótese de eventual regulamentação legislativa.

Assim, o estudo iniciará o exame do livre planejamento familiar, para depois apontar qual seria a melhor forma de estabelecimento do vínculo de filiação nos casos da cessão de útero e então realizar breve apresentação sobre como é feita a regulamentação da prática no país.

Posteriormente, serão levantadas algumas das principais questões controversas da matéria no direito internacional e que no Brasil podem ser traduzidas pelo limite da autonomia privada dos indivíduos e da disposição ao próprio corpo. Dessa forma, se tentará desvendar o momento em que o Brasil se encontra para o desenvolvimento de novas ferramentas jurídicas, bem como entender até onde seria aceitável, por meio das nossas leis, o pagamento da gestante na cessão temporária de útero.

2. PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA EFETIVAÇÃO

2.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR

Tradicionalmente, ao se pensar na composição familiar parte-se para a compreensão para a existência de prole - ou não. O conceito de família atual mudou e deixou de consolidar sua base fundamental e tradicional em características essencialmente patrimoniais, patriarcais e com finalidade majoritária de procriação,

adquirindo formas de convivência fundadas no afeto, bem-estar e respeito pelos seus integrantes¹.

Além disso, a Constituição Federal de 1988² passou a conferir e reconhecer as diversas formas de famílias presentes em nossa sociedade, assegurando em seu artigo 226, §4º como "entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.". E mais, o advento do controle de natalidade na sociedade separou definitivamente a atividade sexual fundamentalmente para o fim procriativo, dando ao casal a opção da paternidade³. É nesta liberdade de escolha do casal, pai ou mãe solteira que entra o livre planejamento familiar, direito constitucional, ao qual todas as formas de famílias fazem jus.

A Constituição Federal em seu artigo 226, §7º assegura e protege, fundada nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o direito ao livre planejamento familiar sendo "vedada qualquer forma coercitiva por partes de instituições oficiais e privadas". Essa garantia constitucional é relembrada expressamente em um dispositivo do Código Civil (artigo 1.565, §2º)⁴, cujo teor é praticamente a reprodução do que é preconizado pela Constituição Federal. Para densificar tal dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.263/1996⁵ que explora concretamente o que é o direito ao livre planejamento familiar, o garantindo a todo o cidadão (art. 1º), bem como reforçando o dever do Estado no oferecimento de métodos de concepção ou contracepção a fim de viabilizar o exercício do livre planejamento familiar.

E dentro do livre planejamento das famílias insere-se o direito e a liberdade de reprodução, dando aos pais a escolha de que forma (adoção, natural, medicamente assistida) ocorrerá a procriação. Guilherme da Gama Calmon defende que esse direito reprodutivo é além de constitucional, é fundamental

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Plenário, Relator Ministro Carlos Ayres Brito, julgada em 05/11/2011.p.10.

² BRASIL, Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 119.

⁴ Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

⁵ BRASIL, Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o artigo §7º do artigo 226 da Constituição Federal.

O direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental, a princípio como reflexo - ou uma das manifestações - do princípio e direito à liberdade, daí a procriação natural em que o homem e a mulher, na esfera do mais privado dos interesses - resolvem manter relação sexual e, responsabilmente, concebem um novo ser dentro do projeto parental.⁶

Ainda, segundo o autor referido, verificada a impossibilidade material do exercício dessa liberdade de reprodução, cabe ao Estado fornecer os recursos para concretização do planejamento familiar.⁷

Ainda que os direitos do próprio artigo 226, §7º da Constituição Federal, devidamente harmonizados e combinados, acabem por tornar a liberdade de reprodução um direito fundamental, não se trata de direito absoluto, devendo ser exercido dentro dos limites do ordenamento jurídico⁸ e como já mencionado da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana⁹.

Dedução lógica é dizer que a efetivação do direito de procriar abarca a reprodução assistida, sem excluir a cessão de útero. Não sendo ele um direito absoluto, precisa ser ponderado no melhor interesse da criança futura e na dignidade humana dos envolvidos. A própria Constituição Federal chama atenção em seu artigo 227¹⁰ para a necessidade de observância dos direitos da criança a serem considerados e protegidos pelos autores do projeto parental e também pelo Estado, ambos responsáveis pela criança.

A autora Heloisa Helena Barboza acompanha a relativização do direito à reprodução, indicando que confrontam-se o direito individual do genitor e a proteção aos interesses da criança a ser gerada¹¹.

O livre planejamento familiar ao mesmo tempo em que resguarda a livre escolha de procriação, é também a tentativa de se evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção¹².

⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 711.

⁷ *Ibid.* p. 711.

⁸ *Ibid.* p. 712.

⁹ CARDIN, Valeria Silva Galdino; CAMILO, Adryelle Vanessa. Das Implicações Jurídicas da Maternidade de Substituição. **Instituto de Direito e Bioética**. p.4.

¹⁰ BRASIL, Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹¹ BARBOZA, Heloisa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993. p. 38.

E os alcances desta liberdade de planejamento familiar, respaldado no direito fundamental à reprodução, levanta a questão sobre até onde se permite ir na busca de ter um filho. Reflete-se acerca da existência ou inexistência de um direito absoluto de ter filho em nosso ordenamento. Pergunta-se, existe um direito ao filho?¹³

A Corte Constitucional Portuguesa também já suscitou a pergunta e ponderou da seguinte maneira quando julgou a inconstitucionalidade da Lei da Gestação de Substituição Portuguesa

Problemático é saber até que ponto   que o direito a ter filhos envolve um direito   inseminação artificial heteróloga [...] ou   gestação por 'mãe de aluguer', afigurando-se, contudo, que a presente disposição constitucional s  poderá oferecer algum subsídio para a questão em conjugação com os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de direito democrático, que garantem simultaneamente a irredutível autonomia pessoal, bem como os seus limites [...]¹⁴.

Assim, o que se verifica é uma garantia da Constituição Federal para se ter um, nenhum ou muitos filhos. N  obstante essa escolha, o Código Civil prevê algumas hipóteses de estabelecimento da filiação, dentre as quais encontramos a medicina reprodutiva¹⁵. Esta por sua vez, dispõe as técnicas de reprodução assistida, como a cessão de útero.

Aqui se trabalhar  com as previsões constitucionais, infraconstitucionais e a normativa do Conselho Federal de Medicina acerca do tema da cessão de útero, buscando refletir se há e qual o limite do direito   reprodução.

2.2 DA CARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE ÚTERO

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015. p. 561.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procria es Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.133.

¹⁴ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Processo n  95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete, Acórdão 225/2018, julgado em 07 de maio de 2018. p. 1910.

¹⁵ 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.

Como ventilado, a concretização do direito à reprodução, constitucionalmente garantido pelo livre planejamento familiar, apresenta-se tanto por meio de técnicas naturais (relação sexual), como por meio de técnicas artificiais (fertilizações medicamente assistida). É neste ponto que se insere a medicina e a ciência. Ambas desenvolveram, e vem aprimorando cada dia mais os métodos de reprodução assistida (RA) e tornando mais fácil seu acesso.

Sendo a realidade de muitos casais, pais solteiros ou mães solteiras a impossibilidade de gerar uma criança e sendo esse desejo parte de seus projetos familiares, a medicina, por meio da cessão de útero, confere a estas pessoas a experiência da maternidade ou paternidade desde a concepção e permite que acompanhem cada etapa do seu desenvolvimento.

A cessão temporária de útero está inserida como uma das técnicas da medicina reprodutiva, cujo procedimento consiste em inseminar artificialmente o embrião no útero de uma terceira pessoa (a gestante), que levará a gestação à termo, entregando a criança aos autores do projeto parental, que podem ser os pais genéticos (quando doam seu material genético) ou civis (quando o embrião é originado de material doado)¹⁶. Trata-se de hipótese de maternidade dissociada entre a mãe "genitrix" e "gestatrix".¹⁷

Essa modalidade de geração de um filho, apresenta uma vasta possibilidade de combinações geradoras de paternidade, e principalmente de maternidade. Há nestes procedimentos a mãe genética (aquela quem doou o óvulo), mãe biológica (aquela que cede temporariamente seu útero) e mãe intencional ou socioafetiva (aquela que é autora do projeto parental)¹⁸.

Mais uma vez o Direito de Família depara-se com uma novidade social a qual possui reflexo jurídicos e clama pela sua adaptação. As indagações emergentes são das mais variadas. Quem será a mãe da criança gerada por um óvulo doado

¹⁶ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Barriga De Aluguel No Exterior E A Aquisição Da Nacionalidade Brasileira**. Revista Brasileira de Direito Animal, [s.l.], v. 11, n. 22, p.177-199, 31 ago. 2016. Universidade Federal da Bahia. p. 178.

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 402.

¹⁸ ARAÚJO, Nádia. et.al. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado**. In: Direito Internacional Contemporâneo. BAPTISTA, Luiz Olavo. et.al. (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2014. p.4.

anonimamente e gestada em um útero diferente do que pertence à mulher que irá criá-la? Qual o limite da intervenção da medicina no corpo humano e da autonomia privada na disposição do próprio corpo? Esta a mulher a mulher gestante expressando livremente sua vontade de gestar o embrião alheio mediante recebimento de contraprestação? Verifica-se, portanto, que infindáveis são as dúvidas geradas pela temática, sendo que a legislação brasileira não está perto de responde-la.

A cessão de útero, assim como inúmeros outros acontecimentos da nossa sociedade, é matéria polêmica a nível nacional e internacional e recebe os mais diversos regramentos de acordo com cada país.

No direito estrangeiro as orientações acerca da cessão de útero recebem uma divisão tripartite, baseada na orientação dada pelos países acerca do tema. Existem os países que proíbem indistintamente a prática; há os que admitem irrestritamente e os que admitem, observadas algumas condições.¹⁹

Países como Alemanha²⁰, Portugal²¹, Itália (item 3.1.3) e Espanha²² se enquadram no grupo dos países que proíbem indistintamente a cessão de útero. Por suas vez, alguns estados dos Estados Unidos (item 3.1.1) e a Índia (item 3.1.2) são exemplos de países que permitem a prática sem qualquer restrição. E, finalmente, no terceiro grupo, em que a permissão é antecedida pela observância de alguns requisitos, são exemplos o Brasil e o Reino Unido²³.

No Brasil o tratamento concedido às técnicas de reprodução medicamente assistidas é feito por meio da Resolução 2.168/2017²⁴, criada pelo Conselho Federal de Medicina. Dita Resolução prevê orientações éticas e médicas aos profissionais

¹⁹ TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM: São Paulo: Magister, 2011.p.27.

²⁰ No §1, Abs. 1, N° 7: é proibida a prática de inseminar artificialmente uma mulher que, após o nascimento, esteja disposta a dar a criança à terceiros. ALEMANHA, *Embryonenschutzgesetz*-ESchG, Lei de Proteção ao Embrião, de 13 de dezembro de 2012.

²¹ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Processo n° 95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete, Acórdão 225/2018, julgado em 07 de maio de 2018.

²² No artigo 10, trata como nulo o contrato a qualquer título de cessão de útero e prevê que crianças nascidas por este procedimento terão sua filiação determinada pelo parto.ESPANHA, *Ley 14*, 26 de maio de 2006. Sobre técnicas de reprodução assistida.

²³ Permite o uso da cessão de útero, porém o contrato não será executado pelas lei e não será permitido o pagamento de qualquer remuneração à gestante, afora despesas razoáveis.Disponível em <<https://www.gov.uk/legal-rights-when-using-surrogates-and-donors>>. Acesso em: 22/05/2019.

²⁴ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução 2.168, 10 de novembro de 2017.

da área e, ainda que dotada somente de caráter deontológico, é utilizada como norte não só pelos médicos, mas também pelo judiciário quando defronte a impasses originados nesta área.

Em julgamento de apelação de um mandado de segurança²⁵, a Desembargadora Consuelo Yoshida, integrante da Sexta Turma do Tribunal Federal da Terceira Região, mesmo confirmando a sentença que extinguiu a ação sem resolução de mérito, utilizou-se do item IV, nº 2º previsto na Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que vigorava à época da decisão, para reforçar a proibição de se conhecer a identidade do doador nos casos de doação de óvulos. No caso em tela, os impetrantes postulavam o direito de utilizar a técnica da ovodoação com doadoras pertencentes ao seu círculo familiar e acabaria infringindo a determinação do Conselho Federal de Medicina.

Conforme disciplina a referida Resolução alguns requisitos precisam ser preenchidos para que seja concedido o uso da técnica da cessão de útero - também chamada de gestação de substituição. O requisito geral, aplicável a todas futuras gestantes que utilizarão quaisquer dos métodos descritos, é a idade máxima de 50 anos.

No que toca especificamente à cessão de útero, no Brasil ela será permitida aos casais heteroafetivos, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, aos casais em união homoafetiva e também às pessoas solteiras.

Conforme o item VII, nº 1, o grau de parentesco da gestante e um dos autores do projeto parental não poderá ultrapassar o 4º grau e a possibilidade de pessoa estranha levar a gestação a termo está condicionada à apreciação do Conselho.

A Resolução também prevê no item VII, nº 2, a proibição expressa de remuneração à mulher gestante, consignando que não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, assim deixando elucidada a opção do Conselho em impor o caráter altruísta ao procedimento.

²⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL - 350709 / MS, 0008452-65.2013.4.03.6000, Relatora Desembargadora Consuelo Yoshida, 6ª Turma, julgado em 12 de dezembro de 2014, e-DJF 18/12/2014.

Outra exigência feita pela Resolução 2.168/2017, também no item VII, nº 3.1 e de grande importância é a necessidade de assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido²⁶, que contemplará os aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação. É neste termo, também que constarão todos os possíveis riscos que acompanham uma gravidez e a abdicação da maternidade ou qualquer vínculo com a criança gerada.

Será necessário, ademais, atestar as condições psicológicas de todos os envolvidos, bem como expressamente informar à mãe biológica a obrigação de entrega da criança ao nascer e a necessidade de seguir certos comportamentos e cuidados para o sucesso da gestação, dentre inúmeros outros aspectos que acompanham uma gravidez.

Porém, a Resolução não fulmina todas as questões jurídicas, sociais e éticas advindas da cessão de útero. Uma das diversas discussões que circundam a matéria e já vem sendo abarcada pela doutrina brasileira familiarista e diz respeito à filiação e como ela se estabelece.

2.3 DO VÍNCULO JURÍDICO DE FILIAÇÃO

Sabe-se que as formas de criação de vínculo de filiação no Brasil foram sofrendo mudanças. Já foram superadas inúmeras barreiras e discriminações quanto às formas de filiação, não sendo mais minimamente possível rotular os filhos adotivos, os filhos originados fora do casamento e, atualmente, aqueles provenientes das fecundações artificiais e os socioafetivos.

A própria Constituição Federal no artigo 227, §6º foi expressa ao decretar a igualdade substancial entre os filhos. Como relembram os autores Cristiano Chaves

²⁶ "é uma condição indispensável da relação profissional-paciente e da pesquisa com seres humanos. Trata-se de uma decisão voluntária, realizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza dos mesmos, das suas consequências e dos seus riscos". *in*: COLTET, Joaquim, GOLDIM, José Roberto e FRANCISCONI, Carlos Fernando, **Consentimento Informado e a sua prática da assistência e pesquisa no Brasil**, Editora Edipucrs, Porto Alegre, 2000, p. 130. No caso da cessão de útero será assinado por todos os envolvidos como forma de assegurar que receberam as orientações e esclarecimentos de maneira livre.

de Farias e Nelson Rosenvald "não é mais permitida, por força de norma constitucional, qualquer menção à origem (biológica ou não) da filiação - o que, por si só, já implica, a toda evidência, em discriminação entre os filhos"²⁷.

Com essa vedação à diferenciação da filiação, ficou ainda mais pacífico de se admitir as técnicas de reprodução assistida como mais uma forma de origem da relação parental. Todos os avanços tecnológicos em matéria de reprodução humana trouxeram maior força ao instituto da vontade de ter filho do que propriamente a origem genética da filiação, atribuindo-se a socioafetividade como mais uma forma de filiação e que desconstrói todo o sistema de presunções de paternidade e maternidade já conhecidas²⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro além de constitucionalmente garantir igualdade da prole, abarca no Código Civil²⁹, nos artigos 1.597 incisos IV e V, as modalidades de filiação incluindo ali as provenientes de inseminações artificiais homólogas e heterólogas. Além destas e das formas tradicionais já positivadas em nosso ordenamento, mostra-se atualmente plenamente reconhecível a filiação socioafetiva³⁰.

Não se valida a verdade biológica como único aspecto relevado pela filiação, trata-se de um direito filiatório, o qual seu aspecto material não se traduz somente em vínculo sanguíneo, mas também pela verdade socioafetiva³¹.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.a, 2015.p. 544.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 421.

²⁹ BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível, 70075882415, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Redator Desembargador Rui Portanova, julgado em 10 de maio de 2018, DJe 23/05/2018 . Disponível em:<

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075882415%26num_processo%3D70075882415%26codEmenta%3D7753274+declara%C3%A7%C3%A3o+e+filia%C3%A7%C3%A3o+e+socioafetiva++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075882415&comarca=Comarca%20de%20Lavras%20do%20Sul&dtJulg=10/05/2018&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris>.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Soluções Práticas de Direito: Pareceres**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 123.

E é essa verdade biológica que foi desafiada pelas evoluções da medicina reprodutiva. A própria ciência defende a relevância da verdade socioafetiva em detrimento de uma concepção única do liame biológico³².

Na esfera jurídica, o aspecto da socioafetividade reflete nas presunções de maternidade e paternidade que o Código Civil brasileiro estabelece. No caso da cessão de útero não é diferente, na medida em que se elimina a presunção *mater semper certa est*, ou seja, de que a mãe é determinada pela gravidez e pelo parto, pois não tendo o filho a carga genética ou biológica, a mãe será considerada como "mãe civil", nos termos do artigo 1.593 do Código Civil.³³

Como se verifica a cessão de útero, ainda que sem lei que a discipline, abre espaço para a relativização da presunção *mater semper certa est*³⁴, retirando qualquer caráter absoluto da presunção legal de que a mãe se define pelo parto e de que o pai é o marido da mãe³⁵

Dessa forma, tocará a maternidade e a paternidade da criança que nasce por meio desta técnica aos autores do projeto parental. Destarte, o liame biológico e genético perde forças, prevalecendo nitidamente a socioafetividade.

O assunto, no entanto, não se esgota no âmbito da discussão acerca da filiação. A globalização também emplaca no direito de família e atinge também os casais ou pais e mães solteiros que pretendem iniciar a paternidade e maternidade e se voltam para a busca da solução de seus problemas em outros países, nos quais muitas vezes as leis são mais permissivas que as de seu país de origem. Neste ponto, abre-se espaço para problematização de eventual fomento a um turismo reprodutivo³⁶.

A partir desta realidade internacional o debate percorre desde a possibilidade de reconhecimento da relação parental - ao se registrar a criança, gerada e gestada

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 121.

³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 427

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.a, 2015. p. 553.

³⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 575.

³⁶ ARAÚJO, Nádia. et.al. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado**. In: Direito Internacional Contemporâneo. BAPTISTA, Luiz Olavo. et.al. (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2014. p.1.

no exterior, no domicílio dos pais, local em que a cessão de útero recebe vedação legal - aterrissando também na reivindicação para que se atentem não só aos direitos do casal idealizador e da criança, como também da gestante.³⁷ Por fim, em se tratando da mulher gestante na cessão de útero, surge a possibilidade da sua indenização pelo "serviço prestado".

Toda essa rede de dúvidas levantadas pela evolução da medicina que reverberam na sociedade e nas normas jurídicas é refletida Carlos Maria Romeo Casabona

Por tal motivo, importan tanto los conocimientos y resultados de las investigaciones de estas ciencias como su derivaciones y aplicaciones para el ser humano. Y, finalmente, no es menos cierto que las decisiones que se tomen hoy sobre las repercusiones de las Ciencias Biomédicas influirán segura y tal vez irreversiblemente en el futuro del hombre y de la civilización³⁸

Resta, assim, aos médicos, psicólogos, sociólogos debater a viabilidade e as consequências da prática da cessão de útero para o ser humano. No que toca aos juristas, compete reivindicar por uma legislação garantidora de segurança jurídica aos envolvidos.

3. ASPECTOS POLÊMICOS ENVOLVENDO A CESSÃO DE ÚTERO

O debate despertado pela possibilidade da cessão de útero no Brasil já é encarado por alguns autores. Não se pode negar, que apesar da proibição prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina a remuneração ocorre pela via

³⁷ CARDIN, Valeria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; SANTOS, Andreia Colhado Gallo Grego. **Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos.** Revista de Bioética y Derecho, [s.l.], n. 35, p.79-93, 2015. Publicacions UB. p. 83.

³⁸ "Por tal motivo, importam tanto os conhecimento e resultados das investigações destas ciências como suas derivações e aplicações para o ser humano. E, finalmente não é menos certo que as decisões que se tomem hoje sobre as repercussões das Ciências Biomédicas influirão segura e talvez irreversivelmente no futuro do homem e da civilização." Tradução nossa. *in*: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y La Bioetica Ante los Limites de la Vida Humana.** Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994. pg. 3

informal em incontáveis casos³⁹. Dessa forma, desconsiderar esta realidade social é chancelar a omissão do Estado em uma assunto tão caro e relevante para inúmeras pessoas.

3.1 DIREITO ESTRANGEIRO

Este tema levanta diversos questionamentos e posições antagônicas não só nacionalmente, como em nível internacional. A cada ano, a prática da maternidade substitutiva com caráter comercial vem se tornando mais comum e frequente na sociedade brasileira⁴⁰. E não se trata de uma realidade enfrentada no Brasil, mas sim mundial, da qual fugir seria irresponsabilidade para com os direitos de reprodução, e merece a devida atenção⁴¹.

A experiência internacional, com suas diferentes formas de tratamento nesta temática, auxilia na sua reflexão e ilustração a fim de se tentar achar a melhor forma de abordagem sobre a cessão de útero no Brasil. O direito comparado⁴² mostra sua importância aqui, auxiliando a compreensão das adversidades enfrentadas em relação a uma forma reprodutiva ainda recente em nossa sociedade.

Para isso, elegeu-se a análise do tratamento dado à cessão de útero em quatro países, cada qual com o seu viés de permissão ou proibição, variando desde a plena abertura até a máxima proibição e, assim, extrair o que se pode aprender com cada experiência.

3.1.1 O CONTEXTO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

³⁹ CARDIN, Valeria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; SANTOS, Andreia Colhado Gallo Grego. **Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos**. Revista de Bioética y Derecho, [s.l.], n. 35, p.79-93, 2015. Publicacions UB. p. 82.

⁴⁰ FOLHA DE SÃO PAULO. Fora da lei, mulheres se oferecem para ser barrigas de aluguel na internet. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/fora-da-lei-mulheres-se-oferecem-para-ser-barriga-de-aluguel-na-internet.shtml>>. Acesso em: 22/05/2019.

⁴¹ ISTOÉ. Os novos destinos para o aluguel de barrigas. Disponível em: <<https://istoe.com.br/os-novos-destinos-para-o-aluguel-de-barrigas/>>. Acesso em: 22/05/2019.

⁴² Não se trata de usar as técnicas de direito comparado, somente um destaque dos pontos divergentes e convergentes, para melhor analisar as experiências estrangeiras.

Os Estados Unidos, conhecido por admitir a natureza nitidamente contratual e onerosa da utilização da cessão de útero⁴³, com seu sistema federalista, possui, alguns estados nos quais a técnica é permitida⁴⁴. No entanto, as variadas leis de cada estado americano orbitam desde a total aceitação até a total proibição da prática⁴⁵. Por haver essa permissão em alguns estados americanos, o país se torna um destino desejado por casais de classe média e classe média alta do mundo que buscam a efetivação de um projeto parental via cessão de útero onerosa⁴⁶.

Como exemplo de completa autorização, cita-se o estado da Califórnia em que além de ser permitida a realização da gestação na modalidade de substituição, o pagamento à mulher gestante pode variar de U\$ 50.000,00 a U\$ 80.000⁴⁷. Já, por outro lado, no estado de Michigan a cessão de útero remunerada é proibida e recebe inclusive tratamento penal⁴⁸.

Trazendo o foco aos estados nos quais se pode utilizar da cessão de útero para procriação, percebe-se uma facilidade na contratação dos "serviços" sem maiores entraves. As consequências de tão fácil contratação acabaram também refletidas e alguns casos julgados pelos tribunais norte americanos, já conhecidos mundialmente⁴⁹.

No caso MC vs. CM em 2017 ocorrido na Califórnia, a mãe gestante (MC) iniciou uma disputa pelas três crianças que gestou para o senhor CM, sob a

⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2007.p. 219.

⁴⁴ *The Surrogacy Experience*. Disponível em <<https://www.thesurrogacyexperience.com/surrogacy-requirements.html>> Acesso em: 15/05/2019.

⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 403.

⁴⁶ BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>.p. 126

⁴⁷ *West Coast Sorrogacy Inc*. Disponível em <<https://www.westcoastsurrogacy.com/become-a-surrogate-mother/surrogate-mother-compensation>> Acesso em 17/05/2019.

⁴⁸ Seção 722.859 da *Surrogate Parenting Act* dispõe sobre proibição da cessão de útero onerosa e suas sanções. ESTADO UNIDOS DA AMÉRICA, *Surrogate Parenting Act*, 1988.

⁴⁹ *Caso MC vs CM (2017)* e *Clavert vs Johnson (1993)*, ambos foi garantida a parentalidade aos autores dos projetos parentais. Em 1988 o caso Baby M chamou a atenção da opinião pública, quando um casal contratou com uma mulher (sra. Whitehead) para gestar filho que programavam. Após o nascimento da criança, a senhora Whitehead não quis entregar a criança e a justiça, acionada pelo casal, fundamentou a sentença com base na validade do contrato de "locação de útero" e no interesse de educar a criança, mantendo o recém nascido com os pais intencionais.

acusação de que ele não teria condições de conferir as necessidades básicas aos três filhos nascidos. A despeito das razões apresentadas pela senhora MC o Tribunal da Califórnia reforçou a força contratual do acordado anteriormente pelas partes e manteve as crianças com o pai, autor do projeto parental. MC ainda apelou e tentou que o caso fosse apreciado pela Suprema Corte⁵⁰, o qual foi negado e não foi objeto de julgamento pela mais alta corte judiciária dos Estados Unidos.⁵¹

O que se percebe, observando o deslinde de alguns casos mais emblemáticos, é que no país há uma preferência pela manutenção dos termos do contrato, não sendo necessariamente priorizado o interesse das crianças. Os reflexos dos casos enfrentados pelo judiciário americano já despertam no país um movimento contra a cessão de útero, sob o fundamento de haver uma indústria da prática, que mantém verdadeiro mercado de mulheres e bebês, fomentando o turismo reprodutivo, explorando as mulheres vulneráveis e contrariando o princípio da dignidade humana⁵².

Esse movimento repressor da prática, critica o mercado da cessão de útero nos Estados Unidos, indicando que as mulheres que se sujeitam à gestação são vulneráveis, geralmente de classe baixa, e encontram na cessão de útero uma forma de sustentar suas famílias. Assim, cessão de útero acaba sendo vista como uma forma de exploração de mulheres, correndo o risco de desumanizá-las.⁵³

Todavia, há também argumentos que contrastam com essa alegação de exploração humana, porquanto sugerem que nos Estados Unidos as mulheres que servem de *surrogates* na sua maioria são brancas, escolarizadas e não necessariamente pobres. E ainda, que há diversos relatos, os quais apontam para inúmeras razões pelas quais as mulheres se sujeitam à gestar, quais sejam, para

⁵⁰ *Petition of Writ of Certiorari*. Disponível em: <https://www.thecassidyfirm.com/global_pictures/U.S._Supreme_Court_Petition_for_Writ_of_Certiorari.pdf> Acesso em 12/05/2019.

⁵¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court, Order List 10/02/207. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/100217zor_o7jp.pdf>. p. 65.

⁵² THE WASHINGTON POST, *Surrogate mothers ask Supreme Court to stop 'exploitation' of women and babies*, 24/05/2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/to-your-health/wp/2018/05/16/surrogate-mothers-ask-supreme-court-to-stop-exploitation-of-women-and-babies/?noredirect=on&utm_term=.86dbd29a9666> Acesso em 12/05/2019.

⁵³ BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. ***Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations***. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p. 126.

ajudar o outro, por gostar de engravidar, por sentirem uma sensação de empoderamento e de melhora na sua autoestima⁵⁴.

Percebe-se que no país não há uma posição majoritária para a aceitação ou proibição do instituto, mas existe debate sobre o assunto. Atenta-se para o fato de que, na grande maioria dos estados da federação, as proibições ou permissões advêm de leis, ainda que o contrato tenha força relevante para solucionar os impasses que surgem.

3.1.2 O CONTEXTO DA ÍNDIA

A Índia, desde 2002 permitia a prática da cessão de útero de forma ampla, inclusive na modalidade onerosa. Devido à maiores facilidades e custos baixos, o país acabou reconhecido nesta área e passou a ser um local muito procurado para realização da cessão de útero, gerando verdadeiro turismo reprodutivo⁵⁵.

Em decorrência deste cenário, em 2014, foi promulgado o *Assisted Reproductive Technology Act*⁵⁶, que proibiu o procedimento da cessão de útero para estrangeiros e restringiu, no artigo 60, o acesso às clínicas que realizavam a técnica somente aos cidadãos indianos. Ainda assim, a falta de legislação sobre o assunto abriu porta para verdadeiro mercado na área, sendo incontáveis as clínicas de cessão de útero existentes no país - as chamadas *surrogacy clinics*. Em uma simples pesquisa pela ferramenta de buscas na internet - a partir das palavras "*surrogacy*", "*clinics*" "*india*"⁵⁷ - observa-se um leque de opções de centros especializados em reprodução por meio desta técnica.

⁵⁴ BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p.127.

⁵⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **A gestação de substituição como um negócio jurídico e a humanização desse procedimento**. Revista Iberoamericana de Bioética, [s.l.], n. 9, p.1-12, 21 fev. 2019. Universidad Pontificia Comillas. <http://dx.doi.org/10.14422/rib.i09.y2019.004>. p. 4

⁵⁶ INDIA, *The Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill*, 30 de setembro de 2015.

⁵⁷ <https://www.google.com/search?ei=Mcv-XJ6JFojA5OUPgKG1kAE&q=surrogacy+clinics+in+india&oq=surrogacy+clinics+&gs_l=psy-ab.3.0.0i203l10.5848.8340..9262...0.0..0.234.2026.0j10j3.....0....1..gws-wiz.....35i39i19j35i39j0.G7B4sdhq_tQ>

A título exemplificativo, um casal, ou uma pessoa que deseja iniciar seu projeto parental, será apresentado a um rol de gestantes e por aproximadamente U\$ 50.000,00 poderá ter um filho via cessão de útero⁵⁸.

Mesmo com a proibição à casais estrangeiros para realização da cessão de útero no país, a situação das gestantes piorou. Diante do agravamento das chocantes e degradantes condições a que essas mulheres são submetidas pelas clínicas indianas - permanecendo em albergues durante a gestação, locais em que tem sua liberdade restringida, e seguindo modos de vida impostos pelos médicos para resguardar o bebê⁵⁹, a orientação que recebe a cessão de útero na Índia está prestes a sofrer profundas mudanças.

O Parlamento indiano está em vias de baixar uma lei sobre o assunto, a *Surrogacy (Regulation) Bill 2018*⁶⁰, a qual proíbe estritamente o comércio deste procedimento por clínicas ou qualquer outro intermediário, punindo penalmente quem contrariar referida norma. A aprovação da *Surrogacy Regulation Bill 2018*, no entanto, ainda está pendente de aceitação pelo *Rajya Sabha*⁶¹.

A *Surrogacy Bill 2018* teve como um de seus motores a problematização que emergiu nos últimos tempos com força no país e no mundo, acerca da dimensão que esta prática atingiu e o fortalecimento de uma indústria na área. As críticas alegam que a prática se internacionalizou e fomentou a exploração de mulheres indianas, principalmente mais vulneráveis, sujeitas a gestarem filhos de casais ocidentais. Afirmam que, afora os prejuízos causados à mulher gestante e à criança, as gestantes acabam tratadas como objetos, sendo que o grande lucro do negócio acaba nas mãos dos médicos, das clínicas e dos advogados da causa⁶².

⁵⁸ Um exemplo de clínica que agencia cessão de útero na Índia chama-se *Surrogacy Centre India*. Disponível em <<http://surrogacycentreindia.com/guaranteed-pregnancy-live-birth-package/>>

⁵⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **A gestação de substituição como um negócio jurídico e a humanização desse procedimento**. Revista Iberoamericana de Bioética, [s.l.], n. 9, p.1-12, 21 fev. 2019. Universidad Pontificia Comillas. <http://dx.doi.org/10.14422/rib.i09.y2019.004>. p.6.

⁶⁰ ÍNDIA, *The Surrogacy (Regulation) Bill*, Nº 257-C de 2016.

⁶¹ A Índia, assim como o Brasil possui duas casas que formam o Parlamento: a Lok Sabha (House of the people) e o Rajya Sabha (House of the States). Estes seriam a nossa Câmara dos Deputados e o nosso Senado Federal respectivamente. Assim, em se tratando de lei formal se faz premente a aprovação das duas casas, para posterior aprovação do Presidente e a transformação da "bill" em "law" (lei). Disponível em <<https://parliamentofindia.nic.in/>>. Acesso em: 22/05/2019.

⁶² BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. *Global Social*

Infelizmente a Índia lida com situação bem diversa à americana e seu exemplo reforça a necessidade de países se dedicarem à análise dos efeitos sociais da cessão de útero na modalidade onerosa, merecendo atenção das diversas áreas científicas que abrange a fim de evitar que se chegue ao estado análogo ao indiano. Para o Brasil, o exemplo serve de alerta ante a falta de lei em sentido formal, amostrando possíveis consequências da omissão legal.

3.1.3 O CONTEXTO DA ITÁLIA

Transcorrendo para o exemplo de país que veda expressamente a cessão de útero, a Itália tem como origem de sua proibição a lei. A República da Itália proibiu a prática da cessão de útero por meio da Lei 40 de 2004, a "*norme in materia di procreazione medicalmente assistita*".⁶³ A referida lei veda expressamente o uso da *maternità surrogata*, aplicando-se, conforme o artigo 12, desde sanções administrativas e até penais.

O famoso caso Paradiso e Campanelli⁶⁴ ocorrido no país e julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos ilustra essa proibição. Um casal após frustrada as tentativas de fecundações artificiais, viajou à Rússia (onde a cessão de útero onerosa é permitida) para gerar seu filho via cessão de útero. A Sra. Paradiso viajou à Rússia com o material genético de seu marido, o qual, após fecundado, seria inseminado na gestante de substituição⁶⁵. Bem sucedida a gestação, ao voltarem para a Itália com o bebê. Porém foram denunciados ao Consulado Italiano na Rússia, o que desencadeou, não só uma ação penal contra o casal italiano, sob a acusação de falsidade ideológica e de documentos, como foi determinado o afastamento da criança e a sua conseqüente colocação para adoção.

Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p. 126

⁶³ REPÚBLICA ITALIANA. *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, 24 de fevereiro de 2004.

⁶⁴ ESTASBURGO, Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application nº 25358/12, julgado em 24 de janeiro de 2017.

⁶⁵ Vale lembrar que, no decorrer do trâmite processual, na Itália, se descobriu que a criança não possuía material genético dos pais intencionais. Essa notícia também acabou fortalecendo a tese dos procuradores italianos para retirar a criança dos pais.

O Tribunal de Menores, responsável pelo julgamento do caso, em certo ponto, chegou a apontar que a decisão de buscar a gestação por substituição, burlando a legislação italiana de adoção - após um período de sofrimento do casal com as tentativas sem sucesso de técnicas artificiais de reprodução - seria uma forma de satisfazer o narcisismo do casal ou superar algum problema interno⁶⁶.

O caso subiu à Corte Europeia de Direitos Humanos, onde foi então reconhecida a relação de filiação da criança com a Sra Paradiso e o Sr Campanelli, bem como concedido o direito de registrá-la como filha. O argumento que fundamentou a decisão da Corte foi o *the best interest of the child*, de forma a prevalecer o olhar ao bem estar da criança sobre lei proibitiva italiana⁶⁷.

A Itália além de ter a vedação legal à cessão de útero, atribui sua nacionalidade por *ius sanguinis*. Dessa forma, é o nascimento que determina a cidadania italiana. Ou seja, ainda que nascidos fora do território italiano, será considerado nacional aquele que foi gerado por pais italianos. É isso que dispõe a *Legge 91/1995* em seu artigo 1º⁶⁸. A filiação, por sua vez, recebe tratamento nos artigos 74, que prevê a filiação daquele que nasce do ventre da mãe, e no artigo 231 e seguintes do Código Civil italiano⁶⁹, que seguem a presunção *mater semper certa est*, e preocupam-se somente em determinar quais as possíveis formas de paternidade.

Todavia, a vedação ao instituto da cessão de útero não recebe uma aceitação tranquila, havendo discussão acerca de sua permissão. Em meados de 2016 o *Comitato Nazionale per la Bioetica*, apresentou uma moção onde defendem a cessão de útero onerosa, frisando que, apesar de serem contrários à mercantilização do corpo humano, os signatários entendem que a prática é uma importante ferramenta de autodeterminação, não só para os pais que a encomendam, mas também para mulheres que voluntariamente consentem em ceder seu útero temporariamente⁷⁰.

⁶⁶ ESTASBURGO, Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application nº 25358/12, julgado em 24 de janeiro de 2017.

⁶⁷ *Op. Cit.*

⁶⁸ ITÁLIA, *Legge 91, 5 de febbraio 1992*. Norma sobre cidadania.

⁶⁹ ITÁLIA, *Codice Civile, 16 marzo 1942*.

⁷⁰ ITÁLIA, *Mozione: Maternita' Surrogata a Titolo Oneroso*, Comissão Nacional de Bioética, 18 de março de 2016. Disponível em <http://bioetica.governo.it/media/1408/m17_2016_surroga_materna_it.pdf> Acesso em: 10/05/2019

Um dos diversos motivos da redação deste documento, foi a opinião proferida pela então Ministra da Saúde italiana⁷¹, demonstrando uma posição conservadora do governo, de que a cessão de útero seria a mais suja forma de prostituição.

Ademais, há no corpo da citada decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos a menção ao julgamento acerca da constitucionalidade de alguns artigos da Lei 40, onde é brevemente referida pela Corte italiana por qual razão se proíbe a prática da cessão de útero. Segundo a Corte Constitucional a lei busca evitar a propaganda e comercialização de gametas, embriões e mulheres⁷².

O exemplo da Itália demonstra uma pragmática objeção ao instituto, a qual não só é originada de lei, mas é seguida pelo judiciário italiano como forma de reforçar a vedação. Todavia, a técnica é para muitos uma opção de procriação e a facilidade com que casais italianos tem alcance reforça a importância de sua discussão⁷³, pois é um fato social que não pode ser negado.

3.1.4 O CONTEXTO DE PORTUGAL

Portugal desde 2017 entrou para a lista de países que proíbem a cessão de útero onerosa ou gratuita, porquanto o Tribunal Constitucional Português enfrentou o tema em decisão que julgou a inconstitucionalidade da Lei 32/2006, com redação dada pelas Leis 25/2016 (sobre gestação de substituição) e 17/2016 (sobre procriações medicamente assistidas), no acórdão 225/2018⁷⁴.

Em 2006 foi promulgada a Lei 32/2006⁷⁵ por meio da qual eram considerados nulos os negócios jurídicos envolvendo qualquer modalidade de cessão de útero (artigo 8º) e punia penalmente quem, a título oneroso, concretizasse a prática. No

⁷¹ LA REPUBBLICA, *La nuova 'gaffe' di Beatrice Lorenzin è sulla maternità surrogata*. 6 de outubro de 2016. Disponível em <http://espresso.repubblica.it/palazzo/2016/10/06/news/dopo-il-fertility-day-lorenzin-sbaglia-ancora-sulla-maternita-surrogata-1.285266?refresh_ce> Acesso em: 10/05/2019.

⁷² ITÁLIA, *Corte Costituzionale, Sentenza 162/2014*. Disponível em <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>> Acesso em 12/05/2019.

⁷³ BBC, O país europeu que virou destino internacional de casais em busca de barrigas de aluguel Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43106319>> Acesso em: 12/02/2019.

⁷⁴ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Processo nº 95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete, Acórdão 225/2018, julgado em 07 de maio de 2018.

⁷⁵ PORTUGAL, Lei 32 de 7 de julho 2006, Lei de Procriação Medicamente Assistida.

entanto, em 2016 foi feita a Lei 25/2016⁷⁶, alterando o artigo 8º da Lei 32/2006 e passou então a permitir a cessão de útero na modalidade gratuita, autorizando a remuneração somente do "valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio."

Em janeiro de 2017, 14 Deputados do Partido Cristão e 16 Deputados do Partido Social Democrata, com base no artigo 281 da Constituição portuguesa propuseram ao Tribunal Constitucional português uma fiscalização abstrata da constitucionalidade e legalidade da Lei 32/2006, alterada pelas leis 25/2016 e 17/2016. Fundamentaram seu pedido alegando que a cessão de útero viola os princípios da identidade pessoal, igualdade, dignidade humana e da proteção integral à criança⁷⁷.

Apesar de, ao final, vedar totalmente qualquer prática da gestação de substituição, o Tribunal, ao longo acórdão, fez uma análise profunda dos direitos da mulher gestante e da criança. Foi defendido no corpo da decisão que a liberdade de autonomia da mulher fica salvaguardada nas hipóteses de cessão de útero gratuita, ao passo que não há posição de subordinação dela perante os pais intencionais.

Como se vê, atualmente vigora no país a proibição da cessão de útero. Contudo, a inconstitucionalidade da lei não decorre exclusivamente das discussões sobre possível exploração da mulher, ou sua objetificação. Pelo contrário, a Corte decretou a inconstitucionalidade da regra que impossibilita a gestante retirar, após a fecundação, seu consentimento prévio sobre não estabelecimento da relação de filiação. E, pelo ver de alguns ministros vencidos contrários a este entendimento, essa proibição ao arrependimento deve ocorrer sob pena de tornar a relação da cessão de útero incerta⁷⁸. Outros aspectos suscitados para declarar a inconstitucionalidade da lei foram a regra de determinação da nulidade dos contratos onerosos de cessão de útero, pois violaria a proteção do melhor interesse da criança, e a previsão de sigilo absoluto acerca das pessoas envolvidas na procriação

⁷⁶ PORTUGAL, Decreto - Lei 25/2016. Lei de Acesso à Gestação de Substituição, alterando a Lei 32/2006.

⁷⁷ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Processo nº 95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete, Acórdão 225/2018, julgado em 07 de maio de 2018. p. 1885-1892

⁷⁸ *Op. Cit.*, p. 1977.

medicamente assistida, uma vez que essa regra afrontaria o princípio da dignidade pessoal e desenvolvimento da personalidade da criança⁷⁹.

3.2 AUTONOMIA PRIVADA DOS ENVOLVIDOS

Para além das discussões internacionais, que, como visto, giram em torno da liberdade da mulher em escolher gestar uma criança e da violação à sua dignidade humana, porquanto a reduziriam a uma máquina reprodutora de útero para alugar⁸⁰, é também necessária uma análise do panorama brasileiro. Para isso, com forma de elucidar a matéria em torno da possibilidade ou não de remuneração à gestante, examinar o que já se encontra no ordenamento jurídico brasileiro, bem como trazer um efêmero panorama social do Brasil, é medida que se impõe.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges em sua obra reconhece que a remuneração das gestantes de substituição ocorre na via informal. Acerca da remuneração em sentido geral sustenta ser preciso

esclarecer que a remuneração da mãe gestacional, como dito, não se faz pela entrega da criança, mas pelo abrigo do embrião em útero alheio, durante o tempo da gestação. Portanto, não há falar em compra e venda de pessoas, mas num contrato similar à prestação de serviço ou numa recompensa pelos serviços prestados pela mãe hospedeira, ou uma compensação por ter suportado a gravidez de interesse de terceiros.⁸¹

Essa realidade brasileira está cada vez mais difundida em nossa sociedade e com o advento das redes sociais na internet há uma maior facilidade de se encontrar

⁷⁹ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Processo nº 95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete, Acórdão 225/2018, julgado em 07 de maio de 2018.> p. 1946.

⁸⁰ BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p. 128.

⁸¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 219-220.

mulheres que disponibilizam seu útero para gestar filho de pessoas impossibilitadas de levar uma gestação à termo.⁸²

3.2.1 AUTONOMIA DOS QUE CONTRATAM

Como tratado anteriormente, quando da abordagem acerca dos direitos ao livre planejamento familiar e de reprodução, garante-se à família a busca pela efetivação da opção da procriação. Nos termos do artigo 9º da Lei 9.263, que assegura o livre planejamento familiar, não cabe ao Estado brasileiro qualquer forma de coação sobre os direitos reprodutivos, devendo ser "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".⁸³

É, assim, aberto às famílias que lancem mão das técnicas de reprodução assistida, como a cessão de útero, para a efetivação do seu projeto familiar. Pela visão dos autores deste projeto não se pode dizer que estão atentando a algum direito. Pelo contrário, fundados no livre planejamento familiar, buscam, por meio da cessão de útero, uma forma de concretizarem seu desejo de procriação⁸⁴.

No entanto, Pierto Perlingieri é resistente à remuneração das gestantes na cessão de útero e defende que, além de examinar a licitude do objeto, é necessário valorá-lo quando se trata de técnicas de inseminação artificial. O autor faz um juízo absolutamente contrário à comercialização ou patrimonialização deste fenômeno, frisando a necessidade de se distinguir satisfação da necessidade de procriar com interesse patrimonial⁸⁵.

Heloisa Helena Barboza trata o contrato de cessão de útero como ineficaz, pois para ela o estado de filiação não pode ser objeto de contrato, muito menos

⁸² BBC, 'Carrego seu filho por R\$ 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>>. Acesso em: 18/05/2019. METROPOLES, Mulheres negociam barriga de aluguel em grupos de Facebook e WhatsApp. Disponível em <<https://www.metropoles.com/brasil/mulheres-negociam-barriga-de-aluguel-em-grupos-de-facebook-e-whatsapp>>. Acesso em: 18/05/2019.

⁸³ BRASIL, Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do artigo 226 da Constituição Federal.

⁸⁴ CARDIN, Valeria Silva Galdino; CAMILO, Adryelle Vanessa. Das Implicações Jurídicas da Maternidade de Substituição. **Instituto de Direito e Bioética**, p.4.

⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999., p. 177

remunerado⁸⁶. A autora sugerindo a admissão da contratação da cessão temporária de útero indaga e responde

qual seria seu objeto? Empréstimo de útero por tempo determinado, ou gestação com obrigação de entrega do produto final? No caso de inadimplemento, como executar? Caberia a conversão em perdas e danos? Seria hipótese de contrato de depósito? O embrião não é coisa. Nitidamente estamos fora do campo patrimonial. Inadequado qualquer tipo de contratação.⁸⁷

Para Sergio Ferraz a mãe é aquela que gerou o óvulo, assim como, categoricamente sustenta que a cessão de útero não pode ser remunerada, pois ao seu ver as pautas constitucionais brasileiras não permitem falar em contrato e muito menos remuneração de pessoas e presentes e futuras, já que não podem ser objeto de contrato⁸⁸.

Partindo da premissa de que a cessão de útero é uma realidade social, as limitações ao casal que procura a técnica encontram-se na Resolução 2.168/2017 que, como visto acima, estipulam alguns requisitos a serem preenchidos como a impossibilidade ou contraindicação da gestação, a ser observado pelos médicos no momento do procedimento. Extrai-se desta previsão que sempre será preciso a existência de um interesse legítimo do casal, que não se esgotará no direito subjetivo de procriar, uma vez que não é um direito absoluto.

Esse interesse legítimo se caracteriza por situações peculiares como a impossibilidade genética ou contraindicação médica a reprodução natural. Dessa forma, não seria plausível aceitar a busca pela cessão de útero por motivos estéticos

⁸⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993. p.88.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 92.

⁸⁸ FERRAZ, Sergio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais**: uma Introdução. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991. pg. 56

ou falta de tempo para se dedicar a uma gravidez, uma vez que faltam nessas hipóteses uma motivação justa, razoável e proporcional.⁸⁹

A Resolução 2.168/2017 abarcou o conceito de "contraindicação à gravidez" para os casos de risco para a mãe genética ou também para o feto. Há no mundo trabalhos extremamente insalubres. Dessa forma, poderiam as mulheres que laboram em condições perigosas para a sua saúde e para a gestação, se valerem da técnica da cessão de útero como forma de resguardar a saúde do bebê? Há neste caso interesse legítimo para se valer da cessão de útero?

O que se traduz por interesse legítimo é a tentativa de afastar a utilização da gestação por outrem para os casos em que autora do projeto parental não está disposta a suportar os infortúnios de uma gravidez e as modificações que dela decorrem, sem que haja real risco a sua saúde⁹⁰. A exemplo, o caso de uma modelo que precisa do seu corpo para trabalhar. Poderia ela utilizar a gestação por cessão de útero, sob a justificativa de que a mudança de seu corpo durante a gravidez é incompatível com os padrões de beleza do mundo da moda, o que a inviabilizaria de seguir laborando?

Pertinente relembrar um aspecto que agravaria a situação das mulheres grávidas no cenário brasileiro quando da introdução pela Reforma Trabalhista do artigo 394-A, incisos I e II⁹¹. Essa modificação legal previa a manutenção das gestantes em seu trabalho, mesmo em condições insalubres, salvo a existência de atestado médico indicando seu afastamento. Não seria demais pensar que em decorrência deste dispositivo (considerado inconstitucional pelo julgamento da ADI 5938⁹² em 29/05/2019, ainda sem a publicação do acórdão) haveria certa adesão de mulheres que quisessem ter filhos e que, por conta de seu trabalho, o mais indicado seria a gravidez por meio da cessão de útero.

⁸⁹ TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM: São Paulo: Magister, 2011.p.32-33.

⁹⁰ FERRAZ, Sergio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma Introdução**. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991. pg. 56.

⁹¹ BRASIL, Consolidação das Leis Do Trabalho, Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

⁹² BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Supremo Tribunal Federal, Tribunal do Pleno, Ministro Relator Alexandre de Moraes, julgado em 29/05/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>

Compreensível a tentativa de limitar os motivos pelos quais as mulheres podem buscar a cessão de útero, independentemente da modalidade, se onerosa ou gratuita. Essa prevenção soa razoável e com uma finalidade clara de evitar a banalização da reprodução humana, da gravidez e seus riscos, bem como frear eventual terceirização da reprodução. Percebe-se que o conceito de contra-indicação é vago e assim dá margem interpretativa, o que por meio de uma lei regulando o instituto, seria cabível prever os casos os quais permitir-se-ia a reprodução via cessão de útero.

3.2.2 AUTONOMIA DA MULHER CONTRATADA

A despeito dos direitos dos autores do projeto parental que buscam uma forma de realização do desejo de ter filhos, a discussão também se volta aos direitos da mulher que gesta.

Contudo, anterior à discussão sobre o princípio da autonomia privada⁹³, expressão do direito fundamental à liberdade, forçoso adentrar na reflexão sobre até onde se pode reivindicar este último, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, porquanto não é absoluto e pode ser limitado. Esse bem jurídico fundamental possui relação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a liberdade ao mesmo tempo que repousa sobre o este princípio é por ele também restringida⁹⁴ (como demonstrado acima, a dignidade da pessoa humana é balizadora também do livre planejamento familiar).

⁹³ "O conceito de autonomia privada, mais restrito, corresponde ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Entende-se, em geral como poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que esse possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. [...] Com esse poder que o ordenamento jurídico atribui ao sujeito, este se torna apto a estabelecer "miniordenamentos jurídicos" para situações específicas de sua vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, que disciplinem situações concretas em seu dia-a-dia". In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 47.

⁹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.171. No mesmo sentido: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 56.

Carlos Romeo Casabona entende que a liberdade do homem é inerente à sua pessoa, que é também dona de si e, portanto, a autonomia é a base da dignidade da natureza do homem ou qualquer outra dignidade racional⁹⁵.

O Tribunal Constitucional Português no teor do acórdão 225/2017, anteriormente referido, enfrentou a alegação dos autores da ação, de que em qualquer circunstância a cessão de útero atingiria a dignidade humana da mulher, a colocando em uma posição de mero instrumento de incubação e a fazendo desaparecer como sujeito de direitos. Isto então, geraria um processo de coisificação da mulher. No acórdão, no entanto, foi sustentado que a gestação de substituição gratuita é, na verdade, mais uma amostra da livre vontade da mulher, é mais uma forma de expressão de sua autonomia, reafirmando a sua dignidade.⁹⁶

Outro aspecto elencado pela Corte portuguesa foi que ao atacar a prática da cessão de útero por meio da instrumentalização do corpo da mulher "deixam na sombra o papel ativo da gestante, ignorando as suas motivações, e sobrevalorizando os condicionamentos à sua vida decorrentes de uma gravidez."⁹⁷ Para os ministros seria exagerado sugerir que a subordinação das mulheres gestantes aos interesses dos beneficiários, poderia ser vista como uma condição análoga à "escravatura temporária consentida."⁹⁸ Pelo contrário, a Corte sustenta que a cessão de útero é a exteriorização da personalidade da gestante associada a sua liberdade de autoconfirmação como um sujeito autodeterminado, ou seja, exteriorização da sua dignidade humana.⁹⁹

Marcelo Otero Truzzi sugere, acompanhando o Tribunal português, que para além do argumento contrário à contratação da cessão de útero, pois sinônimo de redução da mulher gestante e da criança à objetos, deve-se admitir que há um reforço do exercício de autodeterminação pessoal dos envolvidos. Isso ocorre, de

⁹⁵ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y La Bioética Ante los Limites de la Vida Humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994. p. 45.

⁹⁶ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Processo nº 95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete, Acórdão 225/2018, julgado em 07 de maio de 2018. p.1908.

⁹⁷ *Op. Cit.*, p. 1909.

⁹⁸ *Op. Cit.*, p.1910.

⁹⁹ *Op. Cit.*, p.1911.

um lado, pelos pais autores do projeto parental alcançando seu direito de procriar e, por outro, pela gestante independentemente se de forma altruísta ou não¹⁰⁰.

E essa autonomia privada pode ser também limitada quando seu exercício implicar em afronta ao ordenamento jurídico¹⁰¹ a moral e os bons costumes¹⁰². Outrossim, o artigo 13 do Código Civil¹⁰³ prevê uma limitação à autonomia privada dos indivíduos, coibindo a disposição do próprio corpo de maneira que isto implique na sua diminuição ou vá contra os bons costumes. Por bons costumes entende-se um conjunto de regras morais de uma sociedade, pelos quais se expressam a boa-fé, solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana¹⁰⁴.

A gravidez, por sua vez, não significa atentar contra a saúde da gestante, nem aos bons costumes. Pelo contrário, é um ato humanitário¹⁰⁵ e biologicamente natural. Não obstante, muito se fala que a autonomia da mulher em gerar o filho alheio, recebendo contraprestação, implica na ilicitude do ato que, sendo de conteúdo extrapatrimonial, perde o seu caráter altruísta e reduz a mulher à condição de objeto, deturpando sua dignidade humana¹⁰⁶.

Não se olvida que optando a mulher em gestar, mostra-se injusto fazê-la suportar uma gestação, e as adversidades dela originadas, por 9 meses sem nada receber em troca. Indaga-se, por que o mesmo raciocínio lógico não é seguido nos casos de pessoas que se submetem à trabalhos que alegadamente diminuirão sua expectativa de vida ou implicarão negativamente na sua saúde¹⁰⁷?

Antigamente havia certa resistência em admitir a autonomia privada relacionada à negócios jurídicos existenciais, no entanto, passou-se atualmente a

¹⁰⁰ TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM: São Paulo: Magister, 2011.p.31.

¹⁰¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 55.

¹⁰² *Ibid.*, p.135-136.

¹⁰³ BRASIL, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

¹⁰⁴ VELASCO, Carolina Altoé. **O objeto no contrato de gestação de substituição: na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais**. 2016. 197. Tese (Doutorado em Direito). Pontifício Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2016. p. 87.

¹⁰⁵ CARDIN, Valeria Silva Galdino; CAMILO, Adryelle Vanessa. Das Implicações Jurídicas da Maternidade de Substituição. **Instituto de Direito e Bioética**, p.10.

¹⁰⁶ TRUZZI, *Op. Cit.*,p. 35.

¹⁰⁷ BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p. 131.

admitir também seu exercício em situações que envolvam os direitos subjetivos existenciais¹⁰⁸. A mulher no exercício de seu direito de dispor do direitos da personalidade, por ato de sua vontade, reconhecida pela sua autonomia está reforçando sua dignidade¹⁰⁹ quando escolhe dispor seu útero para gestar uma criança. Ademais, os atributos da personalidade podem ser objetos de direitos e quando submetidos à negócios jurídicos, relações jurídicas ou situações jurídicas tornam-se o instrumento principal de expressão da autonomia privada.¹¹⁰

Assumindo essa viabilização de disposição dos direitos de personalidade, pelo exercício da autonomia privada, atentando ao limites previstos em lei e sem contrariar a ordem pública, seria possível admitir que a cessão de útero seria mais um exemplo de expressão de autodeterminação da mulher na busca de satisfação de seus interesses em benefício de terceiros.

3.3 DO DIREITO AO CORPO

A "comoditização" da mulher gestante e da criança gestada são temas que se entrelaçam e vêm recebendo atenção redobrada pelos contrários à cessão de útero, principalmente na modalidade onerosa. A discussão abarca dentre diversos aspectos, os direitos fundamentais da mulher. Como já visto, um dos pontos mais atacados refere-se à inobservância da dignidade da pessoa humana¹¹¹ da mulher que se submeteu à cessão de útero e que acaba reduzida a uma coisa¹¹².

Em uma reportagem do jornal El País foram expostos, de maneira não aprofundada, alguns casos em que foi utilizada a prática da cessão de útero, os

¹⁰⁸ BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p. 204.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 152.

¹¹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 46.

¹¹¹ "La dignidad de la persona implica una determinada concepción del ser humano (que ha de desprenderse de los textos normativos, principalmente constitucionales, si en ellos ha encontrado acogida aquélla), y supone el reconocimiento de su calidad de ser humano en cuanto tal, por el mero hecho de serlo". In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y La Bioética Ante los Límites de la Vida Humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994. p.44.

¹¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 195.

quais tiveram finais variados. Foi descrito o relato de uma americana que já havia tido 5 filhos seus e gestou 3 crianças como gestante de substituição, chamada Kelly Martinez. Hoje ela sofre de estresse pós-traumático, decorrente da sua última experiência vivida com a cessão de útero para um casal espanhol. Os pais autores do projeto parental alegaram descumprimento do contrato, culpando Kelly pelo nascimento antecipado da filha, devido ao quadro de pré-eclâmpsia que a gestante desenvolveu, e a acusaram de ter realizado um exame além do que fora combinado no contrato. Dessa forma, além do estresse psicológico suportado por Kelly deixaram de pagar U\$ 10.000,00 à ela.¹¹³

Kelly acabou encontrando apoio no movimento chamado *Stop Surrogacy Now*. A campanha surgiu em 2015, no estado da Califórnia e se identifica como uma reunião de pessoas das mais variadas culturas, etnias, classes sociais e gêneros que buscam terminar com a prática da cessão de útero. A grande bandeira do grupo é contra a exploração e tráfico de mulheres e crianças que a cessão de útero fomentaria, bem como sustentam que o desejo de ter um filho esbarra em limites representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹⁴

No citado julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal nº 225/2017, também foi analisada a questão da coisificação da criança e da mulher que gesta nos casos de cessão de útero. A Corte entendeu que, nos casos de contratos gratuitos, não é possível afirmar a redução da mulher a um objeto de instrumentalização da gestação alheia, porquanto não há violação à sua liberdade de ação¹¹⁵. No que se refere à criança, sua dignidade também não é violada, mesmo quando se fala em cessão de útero onerosa, pois ao nascer a criança terá à sua espera uma família ansiosa em lhe dar amor, respeito, lar, educação.¹¹⁶

¹¹³ EL PAIS, Barriga de aluguel: os dilemas éticos e legais de gestar o filho dos outros. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/17/internacional/1487346402_358963.html> Acesso em: 17/05/2019.

¹¹⁴ Together we affirm the deep longing that many have to be parents. Yet, as with most desires, there must be limits. Human rights provide an important marker for identifying what those limits should be. We believe that surrogacy should be stopped because it is an abuse of women's and children's human rights. *Stop Surrogacy Now*. Disponível em <<http://www.stopsurrogacynow.com/the-statement/#sthash.oBctMSaC.dpbs>> Acesso em: 20/06/2019.

¹¹⁵ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Processo nº 95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete, Acórdão 225/2018, julgado em 07 de maio de 2018. p. 1912.

¹¹⁶ TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM: São Paulo: Magister, 2011. p. 36.

No Brasil, o direito ao corpo, ou os atos de disposição são uma derivação do direito constitucional da liberdade e autodeterminação, sendo um direito de uma pessoa em dispor de seu corpo, por meio de um ato voluntário e livre, em favor de si mesmo, ou de terceiros tanto em vida quanto após a morte¹¹⁷. Esse direito ao próprio corpo tem sua origem nos direitos da personalidade, ou seja, próprios da natureza humana, como direito à vida, à honra, à liberdade e são inatos, essenciais e permanentes.¹¹⁸

Não só, em se tratando de um dos direito de personalidade, discute-se quais os limites admissíveis de intervenção já que não pode ser visto como direito absoluto¹¹⁹ e não é possível somente a vontade individual para seu exercício.¹²⁰ Aceita-se a existência de um limite para a pessoa de atuar em seu próprio corpo, afastando o caráter absoluto deste direito¹²¹, devendo observar a ordem pública e o que a lei prevê expressamente como possível ou proibido.

No Brasil um dos limite da disposição do próprio corpo encontra-se no artigo 199, §4º da Constituição Federal que assim dispõe

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.¹²²

¹¹⁷ ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Tratado de Derecho de Las Personas**. Lima: Gaceta Juridica, 2014. p. 418.

¹¹⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 130.

¹¹⁹ "O tratamento dos direitos da personalidade como direitos absolutos em face de sua oponibilidade não gera controvérsias doutrinárias. São direitos essencialmente absolutos assim como os direitos reais, contrapondo-se aos direitos de crédito que são relativos. Todavia tal característica não pode gerar a compreensão equivocada de que os direitos da personalidade são direitos de conteúdo absoluto." *In*: CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 136

¹²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 167.

¹²¹ *Ibid.* p. 168.

¹²² BRASIL, Constituição (1998), Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Heloísa Helena Barboza assume que há neste dispositivo evidente vontade do Constituinte Originário em proibir comércio do corpo¹²³. Pontes de Miranda, por sua vez, demonstra rigorosa posição no sentido de que não existe negócio jurídico com seu objeto sendo parte do corpo¹²⁴.

Atendendo à norma constitucional foi feita a Lei 9.434/1997 dispondo sobre "a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências"¹²⁵. Dita lei, contudo, não abarca implícita ou explicitamente a cessão de útero, uma vez que "o procedimento não é assimilável ao transplante de órgão, nem à pesquisa, nem ao citado tratamento. Também não ocorre remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas."¹²⁶

O artigo 15 da citada Lei 9.434 tipifica penalmente a comercialização de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, prevendo sua pena. Todavia, não incide o artigo no procedimento de cessão de útero, pois a gestante presta um serviço, cedendo o "invólucro", chamado de útero, para o desenvolvimento do feto. Além disso, não se admite a aplicação da lei à placenta, pois esta não é órgão ou tecido, somente um anexo embrionário oriundo do embrião¹²⁷.

Dessa forma, não há correlação da cessão de útero onerosa com a venda de órgãos, pois aquela é o fornecimento de abrigo por 9 meses para o desenvolvimento do bebê e não implica, necessariamente, em abrir mão da saúde, afora os casos em que ocorra algum tipo de problema¹²⁸.

O argumento de que a mulher se torna apenas um objeto de satisfação de um desejo alheio de ter filho, pois estaria utilizando seu corpo em troca de uma remuneração, cai por terra quando um olhar para todas as profissões revela o recebimento dinheiro pelo uso do corpo¹²⁹. A diferença está na quantia recebida,

¹²³ BARBOZA, Heloisa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993. p. 91.

¹²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Tomo II, Campinas Editora Bookseller, 2000. p.40-41.

¹²⁵ BRASIL, Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

¹²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 405.

¹²⁷ CARDIN, Valeria Silva Galdino; CAMILO, Adryelle Vanessa. Das Implicações Jurídicas da Maternidade de Substituição. **Instituto de Direito e Bioética**, p.10.

¹²⁸ *Ibid.*, p.10.

¹²⁹ Utilizando o exemplo dos esportistas, pode-se concluir que são possíveis os atos de disposição voluntária que impõe restrição ao direito de personalidade mesmo pondo em risco a vida ou a

pois certos empregos são melhores remunerados que outros, assim como algumas profissões exigem mais do corpo físico e outras da mente. No caso da cessão de útero onerosa a exploração advém da pouca quantia que recebem estas mulheres e não pela escolha de gestar o filho alheio.¹³⁰

No Brasil à primeira vista se pensa na proibição legal da disposição onerosa do corpo, conseqüentemente na cessão de útero mediante remuneração, ao passo que, como dito acima, não existiria negócio jurídico que tenha por objeto parte do corpo. A extrapatrimonialidade do direito da personalidade, aqui caracterizado pelo direito de disposição ao corpo, não pode ser objeto de negócio jurídico, pois não é passível de alienação por ser um direito essencial e vital à pessoa humana.¹³¹

Contudo, os objetos de negócios jurídicos podem ser um direito real (bens jurídicos), faculdades (direitos), ou condutas (prestações)¹³². Na cessão de útero, o seu objeto tem conteúdo não patrimonial, sendo ele um direito da personalidade¹³³. Ou seja, o contrato de cessão de útero terá como objeto o direito da gestante em dispor do próprio corpo¹³⁴ sendo o seu efeito patrimonial.

Os direitos da personalidade, por sua vez não são absolutos e justamente por serem direitos fundamentais, não é possível manter esse caráter, pois esses direitos se limitam reciprocamente.¹³⁵ No caso dos direitos da personalidade, há certa relativização do seu caráter indisponível, uma vez que a sua escolha pela disposição

integridade física do sujeito, como os lutadores de vale tudo, restrição que se evidencia também nos contratos de trabalho insalubres e periculosos. Essas possibilidades restritivas arriscadas sequer geram perplexidade, já que decorrem de práticas socialmente aceitas. Nessa perspectiva poder-se-ia dizer lícita a disposição voluntária de direito de personalidade, mesmo que imponha risco à integridade ou até mesmo vida, em razão de um justificado interesse de seu titular e decorrente de práticas socialmente aceitas. *In*: CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 152.

¹³⁰ BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p. 131

¹³¹ CANTALI, *Op. Cit.*, p. 132.

¹³² ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Tratado de Derecho de Las Personas**. Lima: Gaceta Juridica, 2014. p. 314.

¹³³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **A gestação de substituição como um negócio jurídico e a humanização desse procedimento**. Revista Iberoamericana de Bioética, [s.l.], n. 9, p.1-12, 21 fev. 2019. Universidad Pontificia Comillas. <http://dx.doi.org/10.14422/rib.i09.y2019.004>. p.10.

¹³⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. **Gestação de Substituição: Entre Autonomia e Vulnerabilidade**. Virtua Jus, Minas Gerais, v.3, n.4, p 19-36, 2018. Disponível em < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17477/17477-64984-1> > p. 23.

¹³⁵ CANTALI, *Op. cit.* p. 136.

se torna uma expressão da sua autodeterminação do indivíduo, sendo uma forma de realização de sua dignidade.¹³⁶

Para Fernanda Borghetti Cantali não é possível restringir esse direito de disposição somente aos atos gratuitos, trazendo o exemplo do direito à voz ou à imagem que são comercializados de maneira inquestionável em nossa sociedade.¹³⁷ Assim, a vontade do titular do direito de personalidade em limitá-lo, dele dispondo, está intimamente ligada ao direito de liberdade da pessoa.¹³⁸

É preciso haver grande cautela ao se restringir ilimitadamente a opção da mulher em dispor temporariamente seu útero para gestar o filho de terceiros, alegando a indisponibilidade do seu direito ao corpo. Inexiste direito absoluto e, mesmo sendo o direito ao corpo um direito fundamental, precisa ser ponderado por outros, atentando sempre para resguardar o seu núcleo essencial, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

3.4 QUESTÕES SOBRE O VÍCIO DO CONSENTIMENTO

Admitindo-se o negócio jurídico¹³⁹ da cessão de útero, regulado pela Resolução 2,168/2017 do Conselho Federal de Medicina extrai-se a obrigatoriedade do consentimento informado das partes para a realização do procedimento.

Saber se o consentimento é livre e esclarecido em questões éticas e morais, significa atestar a manifestação da dignidade, liberdade e autonomia privada da pessoa¹⁴⁰.

Acerca da necessidade da gratuidade dos procedimentos de procriações medicamente assistidas, englobando a cessão de útero, Eduardo Oliveira Leite entende que ela protege a liberdade da pessoa, permitindo que ela analise o seu

¹³⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 150.

¹³⁷ *Ibid.* p. 151.

¹³⁸ *Ibid.* p. 152.

¹³⁹ VELASCO, Carolina Altoé. **O objeto no contrato de gestação de substituição**: na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais. 2016. 197. Tese (Doutorado em Direito). Pontifício Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2016. p. 97.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 98.

melhor interesse, a sua vontade de agir, e, nas palavras do autor, "não é perturbada por considerações financeiras."¹⁴¹

Essa vedação ao recebimento pecuniário pela gestação seria justificada, pois a mulher não externaria livre e espontaneamente sua vontade, sem poder admitir a absoluta consciência do que ela irá suportar e sendo um ato existencial este requisito é essencial à sua validade.¹⁴²

Nesse entendimento somente a gratuidade da cessão de útero manteria hígida a expressão de vontade da mulher gestante e a existência de remuneração tornaria sem efeitos o negócio jurídico entabulado entre as partes¹⁴³, pois floresceria a dúvida sobre a qualidade do consentimento proferido pela gestante.

Há quem defenda que, face às consequências psicológicas advindas de uma gravidez e tendo em vista que a mulher realmente estimará ao que se submeteu ao longo dos 9 meses, somente mulheres que já vivenciaram a gestação é que poderiam se candidatar à cessão de útero e assim expressar seu consentimento totalmente esclarecido.¹⁴⁴

Ademais, como dito, sendo o negócio jurídico da cessão de útero de matéria existencial a validade do contrato, necessita da plena capacidade das partes, interesse legítimo e consentimento qualificado. E por consentimento qualificado, não basta a mera declaração, como nas relações de direito patrimonial, mas sim efetiva declaração, após a explicação de todo o procedimento, suas características e possíveis consequências¹⁴⁵.

Como visto, a disponibilidade do corpo é ato que deve partir voluntaria e conscientemente de seu titular respeitando os limites da sociabilidade e ordem

¹⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p.144.

¹⁴² TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM: São Paulo: Magister, 2011. p.34.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 36.

¹⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 416-417.

¹⁴⁵ TRUZZI. *Op. Cit.*, p. 29.

pública, bem como respeitado o núcleo dos direitos da personalidade, qual seja, a dignidade.¹⁴⁶

O consentimento na ideia atual, além de expressão da autonomia privada do indivíduo, é mais uma forma de exercício de autodeterminação dos interesses pessoais, decorrente da própria dignidade.¹⁴⁷ Esse consentimento será a própria tutela da pessoa humana, sendo instrumento maior do direito de autodeterminação pessoal.

Assim, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido que prevê a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina é indispensável para afirmar a voluntariedade e consciência da mulher ao se submeter à cessão de útero. A assinatura desse Termo reforça a existência prévia de uma deliberação e informação da mulher que, no exercício de sua autonomia, concorda com a gestação. A informação passa a ser o elemento legitimador do consentimento¹⁴⁸.

Admitindo-se a força vinculante da Resolução 2.168/2017, no momento em que prevê o consentimento livre e esclarecido dos envolvidos, isso não significa somente atestar a idoneidade do consentimento. É preciso haver uma avaliação dos riscos e consequências do ato. Principalmente, no que se refere à gestante, essa deliberação é ainda mais importante, pois seu ato de disposição de um direito de personalidade beneficiará a terceiros¹⁴⁹ e mais importante gerará uma vida.

Se ainda assim, o consentimento seguir viciado, o contrato oneroso de cessão de útero seguirá produzindo efeitos observado o superior interesse da criança que receberá amor e carinho daqueles que tanto lhe esperam.¹⁵⁰

Como o objeto de estudo do presente trabalho foi principal e majoritariamente a mulher, deixando de analisar as discussões que envolvem a criança vindoura, um último questionamento se faz pertinente. Há verdadeira hipocrisia quando se trata de

¹⁴⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 152.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 160.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 152.

¹⁴⁹ LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. **Gestação de Substituição**: Entre Autonomia e Vulnerabilidade. *Virtua Jus*, Minas Gerais, v.3, n.4, p. 19-36, 2018. Disponível em < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17477/17477-64984-1> > p. 26.

¹⁵⁰ TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. IBDFAM. São Paulo: Magister, 2011, p. 31.

negação acerca da onerosidade da cessão de útero, quando comparada a outras situações presentes em nossa sociedade que são encaradas diuturnamente. Com o advento das redes sociais e seu poder de influência sob as pessoas, surgiu também um movimento de pessoas que transformam seu corpo por meio da alimentação regrada, exercícios físicos e uso de substâncias.

Essas pessoas, comumente conhecidas por blogueiras *fitness*, recebem valores exorbitantes de empresas e já se transformaram em marcas de vida saudável¹⁵¹. Os consentimentos dessas pessoas enquanto expressão da autonomia privada, no entanto, não são questionados se estariam viciados, nem mesmo se observa um movimento contrário que pretenda limitar a disposição do seus corpos.

Dessa forma, fazendo um juízo somente sobre o direito da mulher em gestar o filho de terceiros, após expressão livre e esclarecida de sua vontade, sendo uma forma de realização de seus interesses pessoais, não seria cabível nulificar um pacto nestes moldes somente sob o argumento de que estaria viciado por seu ato ser realizado mediante remuneração.

¹⁵¹INFOMONEY, Bella Falconi: conheça a empresária brasileira de corpo sarado que conquistou os EUA. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/carreira/gestao-e-lideranca/noticia/3233905/bella-falconi-conheca-empresaria-brasileira-corpo-sarado-que-conquistou-eua>> Acesso em: 18/06/2019. VIVA BEM. Para ter corpão musculoso, Gracyanne Barbosa segue lema "No pain, no gain". Disponível em: <<https://vivabem.uol.com.br/noticias/redacao/2017/09/26/para-ter-corpao-musculoso-gracyanne-barbosa-segue-lema-no-pain-no-gain.htm>> Acesso em: 18/06/2019.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou abordar inicialmente uma noção acerca do direito à reprodução no Brasil. Constatou-se tratar de direito de cunho positivo ou negativo, garantido constitucionalmente pela liberdade de planejamento familiar. Porém, admitindo-se ser a infertilidade uma realidade de muitos indivíduos, tanto por questões médicas quanto por aspectos biológicos, a medicina reprodutiva auxilia na garantia do exercício do direito de reprodução destas pessoas.

E uma das formas de concretizar o desejo da prole é via instituto da cessão de útero que atribui, seguindo o que alguns autores tem sustentado, o vínculo da filiação conforme a verdade afetiva. Ou seja, para além da verdade biológica prevalecerá a paternidade e a maternidade daqueles que planejaram e tanto desejaram ter um filho.

No Brasil a técnica da cessão de útero não tem lei que a discipline, de forma que relega-se à Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina as normas a serem seguidas pelos envolvidos (autores do projeto parental, gestante e médicos). Contudo, sem deixar de enaltecer o trabalho da instituição, não se pode negar que a falta de norma legal cria certa insegurança jurídica àqueles que procuram a técnica.

Valendo-se de algumas experiências internacionais, como é o caso dos países que foram aqui escolhidos e contextualizados, sabe-se que o advento de eventual lei, no Brasil, estaria longe de pacificar a matéria. Contudo, poderá quando menos, garantir, com maior certeza, certos direitos como o de filiação, de registro, de liberdade, assim como limitar o direito de disposição do corpo e sobretudo atentar à dignidade da pessoa humana.

Enquanto os Estados Unidos da América, país com um viés mais liberal, é tido como um dos grandes polos de procura para cessão de útero no mundo, sendo que mínima a ocorrência de submissão das gestantes à condições sub humanas, a Índia, por sua vez, encontra-se em situação diametralmente oposta. Percebe-se que é a prática mal remunerada e degradante que torna a cessão de útero onerosa uma

evidente afronta à dignidade humana das mulheres indianas, não necessariamente o ato a que elas se sujeitam.

No Brasil, a omissão legal leva a uma interpretação sistemática do que já existe no ordenamento jurídico vigente. O instituto da autonomia privada dos indivíduos, quando realizado de forma consciente, admite a remuneração pela disposição de um direito da personalidade. Da mesma forma, a liberdade da mulher que escolhe em ceder seu útero de maneira temporária para gestar o filho alheio, pode ser feita mediante pagamento. Este ato será legítimo quando, expressando seu livre consentimento, a mulher se dispõe a ajudar terceiros, concretizando seus interesses pessoais e beneficiando terceiros. Feito dessa forma, estaria perfectibilizada a sua autodeterminação e a reafirmação de sua dignidade.

O temor da mercantilização dos direitos da personalidade e da transformação da mulher em objeto, atacando a sua dignidade, são extremamente pertinentes. Contudo, resumir que a prática da cessão de útero onerosa necessariamente reduz a mulher a um objeto é simplificar a discussão e não dar devido espaço de reflexão aos interesses envolvidos.

A degradação da mulher não precisa ocorrer, de maneira a se garantir uma remuneração digna e condições confortáveis para que possa desenvolver com certa liberdade o bebê em seu ventre. Esse medo quanto à objetificação da pessoa, não pode ser argumento para vedar totalmente a disponibilidade dos direitos da personalidade, pois justamente a relativa liberdade em dispor destes direitos são o exercício do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa. Essa relativa disponibilidade que atende aos interesses pessoais da gestante, não pode ser confundida com a busca pelo lucro. O entendimento que predomina quando a proteção da dignidade da mulher mediante a não patrimonialização das situações jurídicas existenciais, deve ser ponderado, porquanto a forma e a técnica aumentam a segurança do método, sendo descabido falar em desumanização da mulher.

Deve-se ter em mente, todavia, a necessidade de uma lei que regule pormenorizadamente a cessão de útero a fim de evitar possíveis condições indignas às mulheres. Com efeito, não se pode esquecer das consequências do ato da cessão de útero, pois ele não diz respeito somente ao corpo da gestante, que sofrerá modificações temporárias, mas gerará uma vida. Por esse motivo, se faz

premente a existência de uma lei sobre o assunto, já que adentra-se na seara do direito à vida, de proteção à criança.

5. BIBLIOGRAFIA:

ALEMANHA, *Embryonenschutzgesetz- ESchG*, de 13 de dezembro de 2012. Disponível em < http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/___1.html>

ARAÚJO, Nádia. et.al. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado**. In: Direito Internacional Contemporâneo. BAPTISTA, Luiz Olavo. et.al. (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2014.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A Filiação em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**, 2ª Edição, Editora Saraiva, 2007.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 17/05/2019.

_____, Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.

_____, Consolidação das Leis Do Trabalho, Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>

_____, Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>

_____, Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>

_____, Tribunal Regional Federal 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL - 350709 / MS, 0008452-65.2013.4.03.6000, Rel Consuelo Yoshida, 6ª Turma, e-DJF 18/12/2014. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3765356>>

_____, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Plenário, Relator Ministro Carlos Ayres Brito, julgada em 05/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>

BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. **Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations**. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. DOI: <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>..

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Derecho y La Bioética Ante los Limites de la Vida Humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994

CARDIN, Valeria Silva Galdino; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia; SANTOS, Andreia Colhado Gallo Grego. **Dos limites da disposição do próprio corpo**: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos. *Revista de Bioética y Derecho*, [s.l.], n. 35, p.79-93, 2015. Publicacions UB. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2015.35.14283>.

_____, Valeria Silva Galdino; CAMILO, Adryelle Vanessa. Das Implicações Jurídicas da Maternidade de Substituição. **Instituto de Direito e Bioética**, Disponível em <<http://direitoebioetica.com.br/download/ver/13/das-implicacoes-juridicas-da-maternidade-de-substituicao>>

COLTET, Joaquim, GOLDIM, José Roberto e FRANCISCONI, Carlos Fernando, **Consentimento Informado e a sua prática da assistência e pesquisa no Brasil**, Editora Edipucrs, Porto Alegre, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.168, de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Barriga De Aluguel No Exterior E A Aquisição Da Nacionalidade Brasileira**. *Revista Brasileira de Direito Animal*, [s.l.], v. 11, n. 22, p.177-199, 31 ago. 2016. Universidade Federal da Bahia.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ESPANHA, *Ley 14*, 26 de maio de 2006. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Supreme Court, Order List* 10/02/207. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/100217zor_o7jp.pdf>

_____, *Surrogate Parenting Act*, 1988. Disponível em <<http://legislature.mi.gov/doc.aspx?mcl-Act-199-of-1988>>

ESTASBURGO, Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application nº 25358/12, julgado em 24 de janeiro de 2017 Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>>

FACHIN, Luiz Edson. **Soluções Práticas de Direito: Pareceres**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

FERRAZ, Sergio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma Introdução**. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

INDIA, *The Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill*, 30 de setembro de 2015. Disponível em <[https://www.prsindia.org/uploads/media/draft/Draft%20Assisted%20Reproductive%20Technology%20\(Regulation\)%20Bill,%202014.pdf](https://www.prsindia.org/uploads/media/draft/Draft%20Assisted%20Reproductive%20Technology%20(Regulation)%20Bill,%202014.pdf)>

_____, *The Surrogacy (Regulation) Bill*, Nº 257-C de 2016. Disponível em: <http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/PassedLoksabha/257-C%20_2016_Eng..pdf>

ITÁLIA, *Codice Civile*, 16 marzo 1942. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile>>

_____, *Corte Costituzionale, Sentenza* 162/2014. Disponível em <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=162>>

_____. *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, 24 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>>

_____. *Legge 91, 5 de febbraio 1992*. Norma sobre cidadania. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1992/02/15/092G0162/sg>>

_____, *Mozione: Maternita' Surrogata a Titolo Oneroso*, Comissão Nacional de Bioética, 18 de março de 2016. Disponível em <http://bioetica.governo.it/media/1408/m17_2016_surroga_materna_it.pdf>

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá. **Gestão de Substituição: Entre Autonomia e Vulnerabilidade**. *Virtua Jus*, Minas Gerais, v.3, n.4, p 19-36, 2018. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17477/17477-64984-1>>

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Tomo II, Campinas Editora Bookseller, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

PORTUGAL, Decreto - Lei 25/2016. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/74661194/details/maximized?p_auth=3sID4Z0m>

_____, Lei 32/2006. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/539239/details/maximized>>

_____, Tribunal Constitucional, Processo nº 95/2017, Relator Conselheiro Pedro Machete. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>>.

REINO UNIDO, *Surrogacy arrangement Act*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49#commentary-key-29dc34850a142dee30e2439fa3ab8d76>>

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Tratado de Derecho de Las Personas**. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **A gestão de substituição como um negócio jurídico e a humanização desse procedimento**. Revista Iberoamericana de Bioética, [s.l.], n. 9, p.1-12, 21 fev. 2019. Universidad Pontificia Comillas. DOI: <http://dx.doi.org/10.14422/rib.i09.y2019.004>.

TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM: São Paulo: Magister, 2011.

VELASCO, Carolina Altoé. **O objeto no contrato de gestão de substituição: na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais**. 2016. 197. Tese (Doutorado em Direito). Pontifício Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2016.