

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito e Ciências do Estado
Programa de Pós-graduação em Direito

Alessandra Margotti dos Santos Pereira

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO BRASIL:
sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro**

Belo Horizonte
2021

Alessandra Margotti dos Santos Pereira

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO BRASIL:
sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro**

Versão final:

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

Linha de pesquisa: História, Poder e Liberdade.

Área de estudo: Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade.

Orientador: Túlio Lima Vianna

P436g Pereira, Alessandra Margotti dos Santos
Gestação de substituição onerosa no Brasil [manuscrito]: sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro / Alessandra Margottidos Santos Pereira. - 2021.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses. 2. Gestação assistida - Teses. 3. Autonomia - Teses.
4. Reprodução humana - Legislação - Teses. I. Vianna, Túlio Lima.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343:57.08

Alessandra Margotti dos Santos Pereira

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO BRASIL:
sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Túlio Lima Vianna

Prof. Dr. Túlio Lima Vianna (Orientador/UFGM)

Profa. Dra. Flávia Siqueira Cambraia (FGV/SP)

Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA)

Prof. Dr. Marcelo Sarsur Lucas da Silva (Newton Paiva)

Prof. Dr. Renato César Cardoso (UFGM)

Profa. Geovana Tavares de Mattos (suplente)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA

BEL^a. ALESSANDRA MARGOTTI DOS SANTOS PEREIRA

Aos três dias do mês de dezembro de 2021, às 14h horas, na Sala da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Professor Dr. Tulio Lima Vianna (orientador da candidata/UFMG); Professor Dr. Renato César Cardoso (UFMG); Professor Dr. Marcelo Sarsur Lucas da Silva (Newton Paiva); Professora Dra. Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie) e Professor Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Universidade Federal de Lavras), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado da Bel^a. **ALESSANDRA MARGOTTI DOS SANTOS PEREIRA**, matrícula nº 2017650387, intitulada: **GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO BRASIL: SUA CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador da candidata, Prof. Dr. Tulio Lima Vianna, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Renato César Cardoso, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Renato César Cardoso, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Marcelo Sarsur Lucas da Silva, Flávia Siqueira Cambraia, Gustavo Pereira Leite Ribeiro e Tulio Lima Vianna. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:



Professor Dr. Túlio Lima Vianna (orientador da candidata/Orientador - UFMG)

Conceito: *100 (cem)*

Professor Dr. Renato César Cardoso (UFMG)

Conceito: *100 (cem) Renato C. Cardoso*

Professor Dr. Marcelo Sarsur Lucas da Silva (Newton Paiva)

Conceito: *100 (cem)*

Professora Dra. Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie)

Conceito: *100 (cem)* *[assinatura]*

Professor Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Universidade Federal de Lavras)

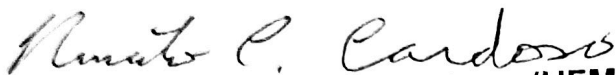
Conceito: *100 (cem) Gustavo Ribeiro*

A Banca Examinadora considerou a candidata..... *APROVADA*, com a nota *100 (cem)* (0 a 100). Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Túlio Lima Vianna, Presidente da Mesa e Orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Priscila Campos Silva, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:



Professor Dr. Tulio Lima Vianna (orientador da candidata/UFMG)



Professor Dr. Renato César Cardoso (UFMG)



Professor Dr. Marcelo Sarsur Lucas da Silva (Newton Paiva)



Professora Dra. Flavia Siqueira Cambraia (Universidade Presbiteriana Mackensie)



Professor Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Universidade Federal de Lavras)



- CIENTE: Alessandra Margotti dos Santos Pereira (Doutoranda)

AGRADECIMENTOS

A conclusão dessa tese dependeu, logicamente, muito de mim, mas não só. Foi de suma importância a participação e apoio da enorme rede de afeto que estabeleci no decorrer da vida. Entre familiares e amigos, todos me ajudaram material, moral e/ou emocionalmente, e isso deve ser ressaltado: é impossível completar um processo denso como um doutorado sozinha.

Início pelas pessoas que o próprio Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG me apresentou, ao longo desses sete anos, a contar do mestrado. Agradeço a todos os professores com quem tive o prazer de aprender, de debater, nas pessoas de Frederico Horta, Livia Miraglia e do meu orientador, Tulio Vianna. A este, agradeço em especial por me garantir a liberdade de pesquisar o que eu bem entendesse, que julgasse necessário e interessante, orientando e efetivando minha autonomia enquanto estudante e pesquisadora. Com sua recepção amistosa, uniu seus orientandos em um verdadeiro ciclo de amizade, para além da parceria de orientação, agradeço também a esses amigos, especialmente ao Galvão, Guilherme, Lucas Miranda, Lucas Azevedo, Natália e Thais, meus principais contemporâneos.

Às Abolis, pessoas queridas cujos laços transcendem a relação acadêmica e profissional, agradeço também pela amizade sincera, pelo apoio e partilha constantes. Orgulho de fazer parte desse grupo que formamos. Agradeço especialmente ao Éder, Flávia e Tatiana, e também à Bárbara, Érika, Marcela e Nayara, que (cada um a sua maneira e sabendo como) tiveram participação direta e muito importante no início, no desenvolvimento ou na conclusão do meu doutorado.

Quero agradecer também aos servidores da Faculdade de Direito, o que faço nas pessoas de Angelina, Priscila e Saul, sempre solícitos, dedicados a tranquilizar e facilitar nossa vida.

Aos professores que compõem a banca de defesa, Flávia Siqueira, Gustavo Ribeiro, Marcelo Sarsur e Renato Cardoso, e também à Geovana Mattos, agradeço, antecipadamente, não só pelas importantes contribuições e críticas que dela sairão, mas também pelo que a precedeu. Especialmente à professora Flávia e ao professor Gustavo, que, além de serem eles mesmos importantes referências sobre temas relevantes que aqui desenvolvi, ainda enriqueceram muito este trabalho com indicações bibliográficas e com trocas e debates constantes.

Agradeço também aos estudantes da UFLA, com os quais, entre aulas, grupos de estudos e eventos, compartilhei e recebi muito, inclusive sobre esse processo de escrita. Aos professores

e professoras que ali conheci – especialmente Ícaro, Paula, Pedro Ivo, Pedro Viana e Seferian - faltam palavras para descrever e agradecer, são amigos que pretendo levar para a vida.

À minha amiga e amigos do bairro - Érica, Douglas, Marcel, Michel, Pablo, Tiago e Vinícius - agradeço pela presença constante, real e virtual, sempre essencial. Tenho orgulho de fazer parte da história de vida de vocês, e partilhar com vocês a minha. Admiro e respeito cada um. À Ana Elis, amiga que lucrei junto com a querida família do Pedro; à Nayara Medrado, pela amizade e amor gratuitos que nos une; ao Lucas Mourão, meu sempre sócio e parceiro na vida; ao Sidmar Araújo, meu psicólogo sempre atento e preciso, pessoas fundamentais nesse processo.

Ao Pedro, meu companheiro de vida, agradeço pelo amor e parceria que me permite usufruir, pela relação saudável e inimaginável que estabelecemos; sou muito feliz e grata por tê-lo ao meu lado. Você foi essencial nesse processo de escrita, tanto para fritar no tema comigo, quanto para me ajudar a esquecer-lo quando necessário.

À Marina, minha irmã e também companheira de vida, agradeço por tudo que dividimos, pela preocupação, pela amizade sincera e pelas mais variadas trocas, principalmente pelo incentivo para iniciar logo a escrita, e depois para encerrá-la (logo).

Aos meus pais, Silvana e Francisco, obrigada por tudo. Tudo que conquistei até aqui, e continuarei conquistando, devo a vocês, à dedicação que tiveram para que Marina e eu alcançássemos o que para nós, garotas da periferia contagense, era mais difícil. Minha mãe, altruísta e feminista, e meu pai, paciente e resiliente - ambos sem consciência direta disso - me ensinaram valores inestimáveis que carregarei para sempre, que formam o meu sentido de dignidade. A vocês três, mãe, pai e Marina, obrigada pela convivência e alegria diárias, das quais usufruí muito bem até meados desse ano e sentirei sempre alegre saudade.

O simples fato de passar por esse processo de escrita com vida e saúde, bem como meus familiares e amigos também terem permanecido saudáveis e vivos, em meio ao caos pandêmico ocasionado pela Covid-19 nos seus já quase dois anos, já seria motivo suficiente para agradecer a Deus(a?). À essa energia superior e naturalmente boa, não captada por religiões, agradeço, por fim, pelo milagre da vida e pela saúde física e mental, que me permitiram continuar pesquisando e estudando, apesar da Covid e das milhares (e milhares) de mortes ocasionadas não só pelo vírus no Brasil, mas sobretudo pelo desgoverno daquele que, evidentemente, não nominarei neste trabalho.

A Igreja diz: o corpo é uma culpa. A Ciência diz: o corpo é uma máquina. A Publicidade diz:
o corpo é um negócio. E o Corpo diz: eu sou uma festa.

Eduardo Galeano.

RESUMO

A presente tese analisa se a gestação de substituição onerosa, conhecida popularmente como barriga de aluguel, é legitimamente criminalizada, ou mesmo proibida civil ou administrativamente no Brasil, ou se seria mais um suposto impedimento de base exclusivamente moral no país. Acredita-se que uma mulher autônoma não pode ser impedida de exercer a gestação de substituição mediante remuneração, dispondo de seu corpo como ferramenta de trabalho em uma democracia liberal que preza pela liberdade individual, sobretudo pelo direito à autodeterminação, corolário da própria dignidade humana. Para tanto, como metodologia, foram adotados levantamento e análise da bibliografia nacional e estrangeira sobre temas estruturantes da tese, como autonomia, e temas diretamente a ela relacionados, como os argumentos contrários à legalização da técnica e suas diferentes abordagens jurídicas. Em seguida, analisou-se amplamente a legislação brasileira e obras doutrinárias a ela referentes, visando encontrar eventuais normas acerca da técnica, mormente proibitivas ou criminalizadoras. A tese constatou, afinal, não haver proibição legítima muito menos criminalização legal que abranja a gestação de substituição onerosa, ou justificativa constitucional para eventualmente criminalizá-la, pelo que se pode concluir ser ela possível e adequada no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser, pois, regulamentada.

Palavras-chave: Gestação de substituição onerosa; “Barriga de aluguel”; Autonomia; Autodeterminação; Direito ao próprio corpo.

ABSTRACT

This work investigates whether the commercial surrogate motherhood, popularly known as surrogacy, is validly criminalized, or even prohibited by Brazilian civil or administrative law, or whether such prohibition is provided by the legal system on exclusively moral basis. It suggests that an autonomous woman cannot be prevented from offering the service of a surrogate mother for monetary compensation, using her body as a work tool in a liberal democracy that values individual freedom, especially the right to self-determination, a corollary of the person's own human dignity. For that, as a methodology, it proceeds to a survey and analysis of national and foreign bibliography on structuring themes of the study, such as autonomy, and themes directly related to it, such as arguments against the legalization of the technique and its different legal approaches. Then, the Brazilian legislation and scholar works related to commercial surrogacy were widely examined, aiming to find potential norms about the technique, mainly prohibiting or criminalizing it. The work verifies, after all, that there is no legitimate prohibition, much less legal criminalization that covers the commercial surrogacy, or constitutional justification to eventually criminalize it, in a way that it can be concluded that the arrangement is possible and adequate in the Brazilian legal system, and should, therefore, be regulated.

Keywords: Commercial surrogate motherhood; Surrogacy; Autonomy; Self-determination; Bodily autonomy.

RESUMEN

Esta tesis analiza si la gestación de sustitución, conocida popularmente como vientre de alquiler, está legítimamente penalizada, o incluso prohibida civil o administrativamente en Brasil, o si se trata más bien de una prohibición moralista prevista en el ordenamiento jurídico. Se considera que no se puede impedir que una mujer autónoma lleve a cabo una gestación de sustitución por remuneración, haciendo uso de su cuerpo como herramienta de trabajo en una democracia liberal que valora la libertad individual, especialmente el derecho a la autodeterminación, corolario de la propia dignidad de la persona humana. Para este fin, la metodología adoptada fue un relevamiento y análisis de bibliografía nacional y extranjera sobre los temas estructurantes de la tesis, como la autonomía, y temas directamente relacionados con ella, como los argumentos en contra de la legalización de la técnica y sus diferentes enfoques jurídicos. A continuación, se analizó exhaustivamente la legislación brasileña y los trabajos doctrinales relacionados, con el objetivo de encontrar eventuales normas sobre la técnica, especialmente las prohibitivas o criminalizadoras. La tesis constató, al fin y al cabo, que no existe una prohibición legítima y mucho menos una criminalización legal que abarque la gestación subrogada, o una justificación constitucional para eventualmente criminalizarla, por lo que se puede concluir que es posible y adecuada en el ordenamiento jurídico brasileño, y por lo tanto debe ser regulada.

Palabras clave: Gestación por sustitución; “Ventre de alquiler”; Autonomía; Autodeterminación; Derecho al propio cuerpo.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	– Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ART.	– Artigo
ARTS.	– Artigos
CCB	– Código Civil Brasileiro
CEM	– Código de Ética Médica
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CFM	– Conselho Federal de Medicina
CNJ	– Conselho Nacional de Justiça
CPB/CP	– Código Penal Brasileiro
CRM	– Conselho Regional de Medicina
DEP.	– Deputado
DNV	– Declaração de Nascido Vivo
DR.	– Doutor
DEM	– Democratas
ECA	– Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV	– Fertilização <i>In Vitro</i>
ICSI	– Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides
IUI	– Inseminação Intrauterina
LGBTQIA+	– Lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais ou transgêneros, queer, intersexo, assexuais e outras possibilidade de orientação sexual e/ou de identidade de gênero existentes, diversas da norma binária.
Min.	– Ministro
Nº	– Número
PDT	– Partido Democrático Trabalhista
PL	– Projeto de Lei
PMDB	– Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PFL	– Partido da Frente Liberal
PRP	– Partido Republicano Progressista
PSD	– Partido Social Democrático
PTB	– Partido Trabalhista Brasileiro

PT	– Partido dos Trabalhadores
RA	– Reprodução Assistida.
RHA	– Reprodução Humana Assistida
SBRA	– Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida
S.M.J.	– Salvo melhor juízo
SUS	– Sistema Único de Saúde
SS.	– Seguintes
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TRA	– Técnicas de Reprodução Assistida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. CONHECENDO CONCEITOS E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	17
1.1. Gestação de substituição	18
<i>1.1.1. Inseminação Artificial</i>	<i>20</i>
<i>1.1.2. Fertilização In Vitro (FIV) e Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI).....</i>	<i>21</i>
<i>1.1.3. Doação de gametas - ovodoação e banco de sêmen</i>	<i>23</i>
2. A DIGNIDADE HUMANA: AUTONOMIA, PATERNALISMOS E DIREITO AO PRÓPRIO CORPO	27
2.1. Dignidade humana: mínimo existencial, reconhecimento, valor intrínseco e autonomia.	29
2.2. Definindo a autonomia	39
<i>2.2.1. Feinberg, Dworkin e a definição de pessoa autônoma</i>	<i>40</i>
<i>2.2.2. Autonomia da mulher por uma perspectiva crítica feminista</i>	<i>52</i>
<i>2.2.3. A escolha autônoma: contribuições de Beauchamp e Childress</i>	<i>60</i>
2.3. Paternalismo como inviabilizador da autonomia	65
2.4. Consentimento Informado como instrumento da autonomia.....	71
2.5. A gestação de substituição onerosa como exercício da autonomia.....	86
3. RESPEITO À AUTONOMIA: DESMISTIFICANDO A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	90
3.1. Outra perspectiva: os argumentos contrários à gestação de substituição onerosa	90
<i>3.1.1. Objeção da equanimidade: o argumento da exploração de mulheres como prática inerente à gestação de substituição onerosa.....</i>	<i>91</i>
<i>3.1.2. Objeção da corrupção: o argumento da mercantilização e consequente objetificação de corpos, das mulheres e das crianças geradas</i>	<i>98</i>
3.1.2.1. Objetificação de corpos e das mulheres	100
3.1.2.2. A objetificação pela compra e venda de crianças.....	105
3.2. A objeção do amor materno.....	113

3.2.1. “O mito do amor materno” e a maternidade naturalmente definida	120
4. UM LEVANTAMENTO GLOBAL: AS DIFERENTES ABORDAGENS JURÍDICAS SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	127
4.1. A abordagem de livre mercado.....	128
4.2. A abordagem proibitiva	134
4.3. A abordagem tolerante.....	138
4.4. A abordagem reguladora	139
4.4.1. Uma possibilidade para o Brasil.....	143
5. UM CENÁRIO INCONSTITUCIONAL: A TÉCNICA DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	144
5.1. Artigo 199, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	144
5.2. Código Civil Brasileiro	149
5.2.1. <i>Dos direitos da personalidade</i>	<i>149</i>
5.2.1.1. Art. 11 do Código Civil Brasileiro	153
5.2.1.2. Art. 13 do Código Civil Brasileiro	166
5.2.2. <i>Filiação e maternidade</i>	<i>170</i>
5.2.2.1. Conflitos positivos e negativos de maternidade decorrentes das técnicas de Reprodução Assistida	176
5.2.2.2. A necessidade de definição legal da maternidade	179
5.3. Declaração de Nascido Vivo e o Provimento CNJ nº 63 de 2017.....	183
5.4. As resoluções do Conselho Federal de Medicina	187
5.4.1. <i>Resolução nº 1.358 de 1992</i>	<i>188</i>
5.4.2. <i>Resolução nº 1.957 de 2010</i>	<i>189</i>
5.4.3. <i>Resolução nº 2.013 de 2013</i>	<i>190</i>
5.4.4. <i>Resolução nº 2.121 de 2015</i>	<i>192</i>
5.4.5. <i>Resolução nº 2.168 de 2017</i>	<i>193</i>
5.4.6. <i>Resolução nº 2.294 de 2021</i>	<i>194</i>

5.5. Ilegitimidade e inconstitucionalidade da regulamentação de Técnicas de Reprodução Assistida por parte do Conselho Federal de Medicina	195
5.5.1. <i>Afronta ao princípio da legalidade</i>	196
5.5.2. <i>Afronta ao livre planejamento familiar.....</i>	199
5.5.3. <i>Afronta à autodeterminação da gestante e à sua livre iniciativa</i>	204
5.6. ANVISA e a Resolução de Diretoria Colegiada nº 23 de 2011.....	217
5.7. Projetos de Lei.....	219
6. CRIMINALIZAÇÃO: AS SUPOSTAS TIPIFICAÇÕES PENAIS	228
6.1. Artigo 15 da Lei nº 9.434 de 1997, a Lei de Transplantes	232
6.1.1. <i>Ofensa ao princípio da legalidade</i>	237
6.2. O artigo 242 do Código Penal	241
6.3. O artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente	250
6.4. Os projetos de lei 1184/2003 e 4892/2012 e a impossibilidade de se criminalizar a gestação de substituição onerosa	254
6.4.1. <i>Bem jurídico e o princípio da lesividade</i>	255
6.4.2. <i>A inconstitucionalidade dos tipos penais descritos no projeto</i>	260
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	265
REFERÊNCIAS	271

INTRODUÇÃO

No século XXI, várias são as formas de se conceber uma criança, para além do método tradicional. A tecnologia caminha a passos largos nesse sentido, de modo que, já há alguns anos, a concepção independe de uma relação sexual heterossexual; independe, inclusive, da presença física simultânea de um homem e de uma mulher.

Isso decorre do avanço da Reprodução Humana Assistida, RHA, método que se refere a um conjunto de técnicas de manipulação de gametas e embriões, com o intuito de permitir a fecundação humana em situações em que esta não seria possível de forma natural. O objetivo é o nascimento de uma vida humana, combatendo a infertilidade e demais impossibilidades gestacionais de qualquer natureza¹.

Por meio da reprodução assistida é possível realizar gestações que não aconteceriam espontaneamente, seja pelo fato de as pessoas que idealizam a gravidez apresentarem alguma irregularidade no sistema reprodutivo, ou por quererem gerar uma criança sozinhas, ou na constância de um relacionamento homoafetivo.

O presente trabalho tem como objeto uma dessas técnicas de reprodução assistida (TRA), a gestação de substituição, mais especificamente, sua modalidade onerosa, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel. Por meio da gestação de substituição, uma mulher gesta e concebe a criança para outra pessoa, a idealizadora da gravidez, quem terá com a criança o vínculo de filiação, será sua figura materna/paterna.

Apesar de muito difundido, o nome barriga de aluguel não será utilizado neste texto, por ser equivocada a associação da prática à figura do contrato de locação. Por esse contrato, a parte locadora se obriga a conceder à outra, remunerada temporariamente, o livre uso e gozo da coisa não-fungível objeto do contrato², o que não é possível com o útero, já que não se destaca do corpo. Também se considera equivocado nomear a prática como maternidade substitutiva ou de substituição, em suma, por não se poder considerar mãe a gestante substituta, e já haver bastante conflito derivado exatamente dessa associação³. O Conselho Federal de Medicina recentemente adotou a expressão “cessão temporária de útero”, a qual também se entende indevida. No ordenamento jurídico-civil brasileiro, a figura da cessão sugere a transferência de

¹ RAMIREZ-GALVEZ, Martha Celia. Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões. *Ciência e Cultura*, vol.60, n.1, 2008, p. 39.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginalda Paranhos de, (atualiz.). 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 272. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. MULHOLLAND, Caitlin (atualiz.) 22ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2018, paginação irregular, tópico 236.

³ Para maiores informações, consultar o tópico 5.2.2. “Filiação e maternidade”.

um bem ou direito entre as partes⁴, e na figura da gestação de substituição definitivamente não há transferência do útero entre a gestante e a pessoa que idealiza a gravidez.

Considera-se mais adequadas as expressões gestação de substituição ou substituta, por se entender refletir exatamente os termos da relação estabelecida: a gestação contingente, transitória, a que substitui o evento natural por e para terceira pessoa idealizadora da gravidez.

Atualmente, no país, é possível realizar o que é denominado gestação de substituição altruísta, ou útero solidário, em que uma mulher, de modo gratuito e voluntário, gesta a criança idealizada por pessoas que não possam tê-la de modo direto e natural, desde que com elas tenha algum grau de parentesco. A proibição da técnica onerosa é expressamente prevista em resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) desde 1992, havendo quem apresente diversas outras previsões no ordenamento jurídico supostamente proibitivas, as quais serão analisadas no decorrer da tese. Não há, até a atualidade, qualquer legislação específica para regulamentar minimamente as técnicas de reprodução assistida, apesar de serem vários os projetos de lei já apresentados para tanto nos últimos 30 anos.

Há quem defenda ser a gestação de substituição onerosa inclusive crime no país, tipificada nos artigos 15 da Lei de Transplantes (Lei 9.434/97), 242 do Código Penal e/ou 238 do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90).

A técnica da gestação de substituição, mesmo que de forma altruísta, ainda é atravessada por intensos dilemas morais e implicações jurídicas sérias, as quais limitam o direito de pessoas autônomas disporem de seus corpos, seja pela suposta criminalização, pela falta de legislação aparente, ou pela moral social que paira sobre a maternidade. Daí decorre a necessidade de se dedicar maior atenção ao tema. Buscou-se responder, então, se e em que circunstâncias, a gestação de substituição onerosa é legitimamente proibida no país e se sua prática pode, de fato, incidir em algum ilícito penal ou justificar criminalização vindoura.

A pesquisa se pautou na autonomia como dimensão da própria dignidade humana, da qual deriva o direito à liberdade e ao próprio corpo. Optou-se por estruturar a tese de modo periódico, subdividida em seis capítulos principais. O primeiro deles apresenta conceitos e técnicas de reprodução assistida essenciais ao desenvolvimento do trabalho. Além da gestação de substituição e da doação de gametas, considera-se importante discorrer sobre as técnicas de

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 157. No mesmo sentido, Caio Mário afirma ser a *cessão* o nome comumente atribuído à relação de “compra e venda” de bens incorpóreos, também obriga a transferência de domínio. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. *Op. Cit.*, paginação irregular, tópico 217.

inseminação artificial e fertilização *in vitro*, sendo as duas últimas constantemente associadas à técnica objeto da tese.

O segundo capítulo desenvolve o marco teórico da pesquisa. Acredita-se que uma pessoa capaz de agir autonomamente não deve ser impedida de decidir sobre os rumos de sua vida, de decidir sobre seu próprio corpo, de se autodeterminar. Foi necessário, então, discorrer sobre definições de autonomia, traçando o conceito que acompanha e fundamenta todo o texto; passando-se em seguida, criticamente, ao paternalismo, um notável limitador do agir autônomo, e, ao fim, ao instituto do consentimento informado, enquanto instrumento operacionalizador da autonomia.

Já no terceiro capítulo, procura-se desmistificar a técnica da gestação de substituição onerosa, analisando-se as principais objeções à sua implementação, a objeção da equanimidade, da corrupção e a objeção do amor materno. No quarto capítulo, apresenta-se as diferentes abordagens sobre o tema no âmbito internacional, evidenciando aspectos de legislação aplicada de alguns países específicos, o que pode orientar a definição de uma abordagem jurídica possível para a técnica de gestação de substituição onerosa no Brasil.

No quinto capítulo, analisa-se a legislação vigente minimamente relacionada ao tema em ordem constitucional, civil e administrativa, bem como os projetos de lei que tramitam a passos lentos acerca das TRA, demonstrando estar a gestação de substituição onerosa em conformidade com o ordenamento jurídico liberal e democrático de um país capitalista.

No sexto e último capítulo, continua a análise da legislação brasileira, agora no âmbito penal, demonstrando que os tipos penais que são comumente associados à gestação de substituição onerosa, visando justificar sua criminalização, na verdade, a ela não se referem. Analisa-se também as tentativas de criminalização da técnica onerosa por dois projetos de lei em trâmite atualmente, evidenciando como são indevidos e não poderão ser aprovados sem que se ofenda a preceitos básicos de um Estado Democrático de Direito.

1. CONHECENDO CONCEITOS E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Reprodução Assistida (RA), pela sua capacidade de redefinir as formas e limites da concepção humana natural e as relações filiais e de parentesco como um todo, sendo parte da biotecnologia moderna, foi considerada, no fim do século XX, como uma das três maiores tecnologias estratégicas do pós-guerra, ao lado da energia nuclear e das tecnologias da informação⁵.

A reprodução humana assistida pode ser um meio eficaz e importante para aqueles que, apesar de apresentarem dificuldades reprodutivas ou mesmo infertilidade, possuem um projeto parental diferente da adoção. O termo é utilizado para designar uma série de métodos médico-tecnológicos que permitem a realização da fecundação humana e de gestações que não aconteceriam de maneira espontânea⁶.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) considera a infertilidade humana um problema de saúde, cujas implicações médicas e psicológicas em quem a detém asseguram a legitimidade do anseio de superá-la. O CFM ressalta que as “técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar no processo de procriação”⁷, deixando claro não se tratar de um meio independente ou uma alternativa à reprodução natural, sendo ela possível.

São várias as TRA disponíveis na atualidade, podendo ser categorizadas em homólogas ou heterólogas, conforme utilizem ou não gametas ou embriões de quem está envolvido no projeto parental⁸. Podem ser utilizados espermatozoides e óvulos do próprio casal idealizador, caso em que será homóloga. E será heteróloga quando um ou ambos os componentes genéticos forem estranhos ao casal. Em casais homoafetivos, só é possível RA heteróloga, pois é

⁵ BAUER, Martin W.; DURANT John; GASKELL, G. *Biotechnology in the public sphere: a European sourcebook*. London: Science Museum, 1998, p. 103.

⁶ RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Reprodução assistida, consumo de tecnologia, deslocamentos e exclusões. *Revista Ciência e Cultura*, v. 60, n.1, pp. 39-41, 2008, p. 39.

⁷ CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.294 de 2021. *Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73*. Publicado em 15 de junho de 2021, p. 03. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 01º jul. 2021.

⁸ ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Saúde & Ciência em Ação*, Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde, v.2, n.01, Jan-Jul., 2016. CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: *CONPEDI*. (Org.). XVIII Congresso Nacional do CONPEDI - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 103. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 745.

necessário ao menos um gameta do sexo oposto. Também será heteróloga a RA para beneficiar pessoa em projeto parental solo.

Subdividem-se também em intracorpóreas ou extracorpóreas, conforme a fecundação seja procedida dentro ou fora do corpo humano. E por fim, também entre técnicas de baixa ou alta complexidade, conforme o procedimento necessário para sua implementação⁹. Os tratamentos de baixa complexidade geralmente são menos onerosos, podem ser eficazes em algumas situações, mas, em geral, apresentam taxas de sucesso não muito elevadas (como o coito programado¹⁰ e a inseminação artificial). Os de alta complexidade são mais dispendiosos e possuem maior taxa de sucesso (fertilização in vitro, por exemplo)¹¹.

Como já sabido, neste texto o foco será a TRA de gestação de substituição, mas é importante apresentar algumas demais técnicas contemporâneas disponibilizadas, principalmente, porque alguns procedimentos podem envolver mais de uma das modalidades disponíveis, e é exatamente o que ocorre na gestação de substituição.

1.1. Gestação de substituição

A técnica de reprodução assistida, que é o objeto da presente pesquisa, recebe diversos nomes, como útero ou barriga solidária, útero substituto ou de substituição, gestação substituta ou de substituição, cessão temporária de útero, maternidade substitutiva ou de substituição, ou ainda, popularmente, barriga de aluguel.

⁹ PESSINE, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 7. ed. São Paulo: Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2005.

¹⁰ Denominado por algumas clínicas também como “Indução da Ovulação com Namoro Programado”, o coito programado é um procedimento considerado de baixa complexidade e intracorpóreo. É indicado para mulheres com disfunções no processo de ovulação, inclusive as que se encontram ou já passaram pelo período de menopausa. Consiste na utilização de hormônios para estimular a produção de óvulos em época fértil, momento em que o casal deve manter relações sexuais com frequência. Pelo que se observa do método, é normalmente indicado para casais heterossexuais com dificuldades de concepção, motivo pelo qual pode ser considerado um método homólogo. Pela técnica, controla-se o momento da ovulação e de crescimento dos folículos ovarianos por meio de ultrassonografias, de modo a se ajustar as doses durante o tratamento. A mulher deve fazer acompanhamento semanal na clínica, passando por alguns exames até que se verifique um embrião com batimentos cardíacos, momento em que passará a se consultar com obstetras. É um procedimento eficaz, inclusive apresentando resultados tão positivos quanto à conhecida inseminação artificial, transcrita no tópico 1.1.. Para maiores informações, cf.: COELHO, C. Bioética em Reprodução Medicamente Assistida. *Nascer e crescer, Revista do hospital de crianças Maria Pia*, vol XV, n.º 1, ano 2006, p. 28-32, p. 28. DELGADILLO, Juan Carlos Barros; BARRIOS, Evaristo Martínez; ABURTO, Christian Moreno; ENRÍQUEZ, Mirna Souraye Godines; NAVARRETE, Félix Manzur; SOLÍS, Víctor Sánchez; VILLA, Gerardo Barroso. Inseminación intrauterina versus coito programado en ciclos de hiperestimulación ovárica controlada. *Ginecología y Obstetricia de México*, v. 76, n. 1, p. 18-31, enero, 2008, p. 22.

¹¹ MATER Prime, Clínica de Reprodução Humana. *Qual a complexidade dos tratamentos de uma clínica de reprodução?* Disponível em: <https://www.materprime.com.br/qual-a-complexidade-dos-tratamentos-de-uma-clinica-de-reproducao/>. Acesso em: 05 mar. 2020.

Como já mencionado, apesar de muito utilizado o nome barriga de aluguel, há de ser evitado neste texto, por ser equivocada a associação da prática à figura do contrato de aluguel¹². Também se considera equivocado nomear a prática como maternidade substitutiva ou de substituição, em suma, por não se poder considerar mãe a gestante substituta¹³.

O CFM, até 2017, utilizava a expressão “doação temporária de útero”, passando então a adotar “cessão temporária de útero”. Mas também não se utilizará essas expressões no trabalho, porque não se defende que deva ser doação; e o termo jurídico *cessão* se refere a relações em que há transferência do objeto cedido entre as partes¹⁴, o que não ocorre com o útero da gestante, que continua sob sua posse e domínio imediatos. Adotar-se-á no decorrer do texto, prioritariamente, a expressão *gestação de substituição* ou *substituta*, por acreditar refletir mais verdadeiramente o sentido da técnica, uma prestação de serviços que não gera qualquer vínculo de filiação. À modalidade paga se incluirá o termo *onerosa*: gestação de substituição onerosa.

Por meio dessa técnica, uma mulher gesta em seu útero um embrião que não será considerado seu filho¹⁵, devendo entregar a criança gestada, após o parto, ao casal ou à pessoa idealizadora da gravidez, seus verdadeiros pais. O procedimento da gestação de substituição pode envolver até três mulheres diferentes, a gestante, a doadora do gameta e a eventual idealizadora da gravidez, dissociando os elementos genético, gestacional e intencional, até então constitutivos da maternidade¹⁶.

É indicada em casos em que a pessoa idealizadora da gravidez não puder gestar a criança pessoalmente, seja por impossibilidade médica, decorrente de alguma doença ou anomalia, ou por impossibilidade biológica, como ocorre com homens em projeto parental solo ou com casais homoafetivos masculinos.

¹² Como já informado na *Introdução*, pelo contrato de locação, a parte locadora se obriga a conceder à outra, remunerada temporariamente, o livre uso e gozo da coisa não-fungível objeto do contrato, o que não é possível com o útero, já que ele não pode ser destacado do corpo para que outrem dele use e goze livremente. GOMES, Orlando. *Contratos*. BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginalda Paranhos de, (atualiz.). 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 272. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. MULHOLLAND, Caitlin (atualiz.) 22ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2018, paginação irregular, tópico 236.

¹³ Para maiores informações, consultar o tópico 5.2.2. “Filiação e maternidade”.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 157. No mesmo sentido, Caio Mário afirma ser a *cessão* o nome comumente atribuído à relação de compra e venda de bens incorpóreos, também obriga a transferência de domínio. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. *Op. Cit.*, paginação irregular, tópico 217. Também Rosenvald e Farias concordam ao disporem sobre a cessão de crédito: “É que a cessão se aproxima da compra e venda, pois o cedente transfere onerosa (venda) ou gratuitamente (doação) o seu crédito contra o cedido, tornando-se o cessionário o novo proprietário do crédito”. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. Contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 623.

¹⁵ Ou pelo menos não deveria ser, como será alvo de crítica adiante

¹⁶ A essa dissociação Schuenzer dá o nome de *split motherhood*, que pode ser traduzido como *maternidade cindida*. SCHWENZER, Ingeborg. *Model Family Code: from a global perspective*. Antwerpen: Intersentia. 2006.

O procedimento poderá ser homólogo ou heterólogo, conforme se utilize gametas do casal idealizador da gravidez ou de pessoas estranhas ao projeto parental, por meio de doação. Em casos de idealização solo ou de casal homoafetivo, obrigatoriamente será heterólogo.

Pelas resoluções do CFM - desde que o conselho começou a regulamentar o assunto - “a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”¹⁷, ou seja, não pode haver contraprestação para a gestante. E é esse o principal ponto a ser questionado pela presente tese: não haver justificativa legítima e constitucional para essa proibição.

O embrião a ser gestado pela técnica da gestação de substituição será gerado a partir de outras formas de reprodução assistida, como por *inseminação artificial* ou por *fertilização in vitro*, sendo certo que também a *doação de gametas* pode ser extremamente relevante à técnica, motivo pelo qual se aborda, sucintamente, essas três TRAs a seguir.

1.1.1. Inseminação Artificial

Conhecida formalmente como Inseminação Intrauterina (IIU), consiste na inserção artificial do gameta masculino no trato genital feminino. É um procedimento de baixa complexidade, intracorpóreo e tanto pode ser homólogo quanto heterólogo, considerando a utilização ou não de gametas externos, quando os idealizadores forem um casal heterossexual.

No caso de gestação de substituição, a gestante substituta, além do útero, forneceria também seu próprio óvulo, considerada, por isso, a gestação de substituição tradicional. Nesse caso, o óvulo seria fecundado pelo espermatozoide do homem que idealiza a gravidez ou oriundo de banco de sêmen.

Na inseminação artificial, pode ser utilizada a indução à ovulação por meio da ministração de hormônios. A mulher é acompanhada por meio de ultrassonografia e quando se constata a presença de ao menos um folículo ovariano é administrado um hormônio intramuscular (hormona gonadotrofina coriônica, hCG) até 36 horas antes da inseminação¹⁸.

Os espermatozoides são coletados e, em seguida, os mais aptos à fecundação são selecionados e tratados em laboratório. Em seguida, são inseridos no útero por meio de uma seringa intrauterina e a mulher fecundada poderá ir para casa e executar suas atividades normalmente após um rápido repouso.

¹⁷ CONSELHO Federal de Medicina. *Op. Cit.*, p. 8, seção VII, item 2.

¹⁸ COELHO, C. Bioética em Reprodução Medicamente Assistida. *Op. Cit.*, p. 28.

É indicada em casos em que haja alterações seminais, distúrbios da ovulação, endometriose leve, entre outras, mas ao menos uma trompa deve estar saudável e ativa¹⁹.

1.1.2. Fertilização *In Vitro* (FIV) e Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI)

Outra forma de se implementar a gestação de substituição é por meio fertilização *in vitro*, pela qual um óvulo é fecundado externamente e inserido no útero da mulher que prestará a gestação substituta. Esse óvulo pode ser tanto da eventual mãe que idealiza a gestação, a qual terá com a criança também um vínculo genético, como ainda de uma terceira mulher, uma doadora. Por não utilizar o óvulo da própria gestante, em contraposição à gestação de substituição *tradicional*, essa é denominada apenas *gestacional*²⁰.

O procedimento da FIV clássico é externo, ocorrendo a fecundação do óvulo pelo espermatozoide naturalmente, *in vitro*, mas fora do corpo da mulher²¹. É mais indicada às pessoas idealizadoras da gravidez que não obtiverem resultados positivos com técnicas mais simples (como coito programado ou inseminação artificial) ou se forem impossibilitadas de obter gravidez naturalmente, como casais homoafetivos²².

Inicialmente, há uma hiperestimulação ovariana da mulher que fornecerá o óvulo por meio de hormônios, em um procedimento próximo ao anterior, mas com uma duração de sete a 15 dias. O objetivo nesse método é fazer com que amadureçam mais folículos, possibilitando a coleta de mais óvulos maduros para a fecundação. A maturação dos folículos é acompanhada por ultrassonografias e, quando no ápice, a maturação dos ovócitos é induzida por mais aplicação hormonal poucas horas antes de colhê-los, para que se tornem óvulos aptos à fecundação. Essa coleta é feita por meio da “aspiração folicular”, a qual é possibilitada por

¹⁹ SOCIEDADE Brasileira de Reprodução Assistida. Infertilidade: como enfrentar o diagnóstico e buscar o tratamento adequado. Conversa Coletivo de Comunicação Criativa. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/infertilidade-como-enfrentar-o-diagnostico-e-buscar-o-tratamento-adequado/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

²⁰ Na verdade, os conceitos comumente utilizados para distinguir a técnica que utiliza o óvulo da própria gestante, da que não utiliza, é “barriga de aluguel tradicional”, no primeiro caso, e “barriga de aluguel gestacional”, no segundo. Como não se adota aqui a expressão *barriga de aluguel*, mas sim *gestação de substituição* para referenciar a técnica, a segunda nomenclatura soa redundante (“gestação de substituição gestacional”).

²¹ É o método que concebe os apelidados *bebês de proveta*. GERA, Clínica da Fertilidade. *Fertilização in vitro*. Disponível em: <https://clinicagera.com.br/tratamentos/fertilizacao-in-vitro-ou-fiv/>. Acesso em: 23 out. 2019.

²² CORRÊA, M. V. *Novas tecnologias reprodutivas - limites da biologia ou biologia sem limites?* Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2001. SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Saúde & ciência em ação – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde*. v. 2, n.01. Jan-Jul, 2016. p. 31-32.

ultrassonografia transvaginal com a sedação total da mulher; o procedimento dura de dez a quinze minutos²³.

Concomitante ao momento da aspiração, o sêmen é selecionado e preparado pelo método anterior descrito, da inseminação artificial. Após, os óvulos colhidos são colocados em um recipiente de cultura, exterior ao corpo feminino, com aproximadamente quarenta mil espermatozoides capacitados, para que ali ocorra espontaneamente a fecundação.²⁴

A partir de então, no laboratório, acompanha-se o desenvolvimento celular do(s) óvulo(s) fecundado(s) até a formação de embrião(ões). Havendo, pois, é(são) transferido(s) para o útero da mulher, seja ela a própria idealizadora da gravidez ou uma gestante substituta, na quantidade máxima aconselhável de três embriões²⁵. As chances de se efetivar a gravidez são direta e igualmente proporcionais à idade da mulher, à qualidade dos embriões produzidos e a causa da infertilidade²⁶.

Por sua vez, a ICSI, Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides, é um método de FIV que parte do mesmo processo inicial acima. O que difere, contudo, é o momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, que não será espontâneo no recipiente de cultura, mas sim pela inserção direta de apenas um espermatozoide no gameta feminino por meio de uma agulha extremamente fina, (cerca de seis vezes mais fina que um fio de cabelo²⁷), e a utilização de microscópios. Após, caso gere embrião, o mesmo procedimento de FIV é observado.

A ICSI é geralmente indicada para casais em que o homem apresenta incapacitações mais severas, como uma quantidade pequena ou nula de espermatozoides. Também em casos em que o homem tenha passado por procedimento de vasectomia e não seja possível ou aconselhável a reversão; ou quando sofreu traumas na coluna ou medula que tenham afetado a ereção peniana ou ejaculação. Ou, por fim, em casos em que a FIV clássica não tenha sido efetiva, em decorrência da idade da mulher ou da qualidade de um gameta congelado²⁸.

²³ COELHO, C. Bioética em Reprodução Medicamente Assistida. *Op. Cit.*, p. 28-29. SOCIEDADE Brasileira de Reprodução Assistida. *Op. Cit.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ COELHO, C. Bioética em Reprodução Medicamente Assistida. *Op. Cit.*, p. 29.

²⁶ SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Op. Cit.*, p. 32.

²⁷ SOCIEDADE Brasileira de Reprodução Assistida. *Op. Cit.*

²⁸ COELHO, C. Bioética em Reprodução Medicamente Assistida. *Op. Cit.*, p. 29. SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Op. Cit.*, p. 32. SOCIEDADE Brasileira de Reprodução Assistida. *Op. Cit.*

1.1.3. Doação de gametas - ovodoação e banco de sêmen

Muitas vezes o problema de infertilidade ou a dificuldade gestacional de uma pessoa ou casal com projeto de gravidez está diretamente relacionado a seus gametas ou à ausência deles. Assim, além da aplicação das técnicas acima apresentadas, pode ser necessária a utilização de óvulos e/ou sêmen doados.

A ovodoação é indicada para casais homoafetivos masculinos, para homem solo, ou para mulheres que não produzam mais óvulos; ou que já tenham passado pela menopausa ou por alguma doença ou tratamento de saúde que afete o sistema reprodutor; ou que já tenham tentado diversas TRA com seus próprios óvulos sem, contudo, obterem resultados positivos.

Apesar da suposta proibição de disponibilizar gametas mediante contraprestação financeira estabelecida pelo CFM²⁹ e pela ANVISA³⁰, existe a modalidade de doação compartilhada³¹, pela qual uma mulher doa óvulos para outra pessoa que idealize uma gravidez, em troca do custeio de seu tratamento de reprodução assistida. Ou seja, a mulher doadora também deve estar interessada nessas técnicas, pois a contraprestação não pode se dar de outra forma³². Ciocci, Viana e Borges Jr. criticam essa possibilidade, afirmando ser forma velada de comercialização do corpo humano³³.

Sá e Naves discordam. Para os autores, com os quais se concorda, não há como comparar tal feito com comercialização de gametas, já que “compartilhar custos não gera a figura contratual da compra e venda ou da prestação de serviços”, pois, para os autores, não equivale a uma contraprestação direta e equivalente. “Na compra e venda exige-se preço, seu elemento essencial, que implica na avaliação pecuniária de um bem e correspondente prestação do valor,

²⁹ CONSELHO Federal de Medicina. *Op. Cit.*, p. 6, seção IV, item 1.

³⁰ ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução de Diretoria Colegiada*, RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. “Art. 15 (...) § 6º A doação não pode ser remunerada.” Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514. Acesso em: 03 mar. 2020.

³¹ CONSELHO Federal de Medicina. *Op. Cit.*, p. 5, seção IV, item 8.

³² CORRÊA, Marilena C. D. V; LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso. *Physis Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 25 [3]: 753-777, 2015, p. 766.

³³ CIOCCI, Deborah; VIANA, Rui Geraldo Camargo; BORGES JÚNIOR, Edson. Aspectos legais na utilização de doação de gametas e embriões nas técnicas de reprodução humana assistida. *Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida*. V. 13, nº 3, July-August-September, 2009, pp. 35-36. Afirmam os autores: “Tal prática para o Direito é inaceitável, contrária ao disposto na Constituição, bem como na Resolução do Conselho Federal de Medicina, pois implica comercialização e permite desvios inaceitáveis, em razão da figura de um intermediário, o médico, que seguramente se beneficia com a transação.”

mediante a entrega de um bem comercializável. É negócio comutativo, bem como a prestação de serviços”³⁴.

Obtidos os óvulos, utiliza-se o procedimento da fertilização *in vitro*, procedendo a fecundação com o sêmen do eventual parceiro idealizador³⁵ ou de um banco de sêmen. Em seguida, transfere-se os embriões para o útero da mulher que vai gerar a criança, que tanto pode ser a idealizadora, quanto uma gestante substituta. Antes da transferência dos embriões para o útero, o endométrio da gestante é preparado através de aplicação hormonal via oral, vaginal ou transdérmico³⁶.

De modo oposto, quando os idealizadores da gravidez são casal homoafetivo feminino, ou mulher solo, ou quando o homem, por disfuncionalidade, doença ou tratamento de saúde, não produz espermatozoides, é necessário recorrer ao denominado banco de sêmen. Após selecionados e tratados, os gametas masculinos são inseridos na gestante por meio de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*.

A doação deve ser feita por pessoas dentro da idade limite prevista pelo CFM, de 37 anos para mulheres e 45 para homens³⁷. A clínica de reprodução, no momento de combinar doadores e receptores, deve tentar adequar, na medida do possível, a semelhança fenotípica entre eles³⁸.

Todo o procedimento de doação deve ser feito de modo anônimo, conforme previsão do Conselho³⁹ e da ANVISA⁴⁰. Com a vigência da nova resolução do CFM a respeito do tema, no entanto, passou-se a permitir a doação de gametas por parentes até o quarto grau de um dos receptores⁴¹, surgindo, então, essa exceção à obrigatoriedade de anonimato dos doadores.

³⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. *Revista de Bioética y Derecho*. Vo. 34, 2015, pp. 64-80, p. 71.

³⁵ Quando o casal idealizador for homoafetivo masculino, pode haver a junção de espermatozoides de ambos.

³⁶ SOCIEDADE Brasileira de Reprodução Assistida. *Op. Cit.*

³⁷ CONSELHO Federal de Medicina *Op. Cit.*, p. 4, seção 4, item 3.

³⁸ CONSELHO Federal de Medicina *Op. Cit.*, p. 5, seção 4, item 9.

³⁹ “2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.” “4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a)”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Op. Cit.*, p. 5-6.

⁴⁰ ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Op. Cit.* “Art. 15 - A doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo garantir o sigilo, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: §1º Toda a informação relativa a doadores e receptores de células, tecidos germinativos e embriões deve ser coletada, tratada e custodiada no mais estrito sigilo.”

⁴¹ CONSELHO Federal de Medicina *Op. Cit.*, p. 4, seção 4, item 2. “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau – pais/filhos; segundo grau – avós/irmãos; terceiro grau – tios/sobrinhos; quarto grau – primos), desde que não incorra em consanguinidade.”

Com efeito, isso pode gerar importantes alterações na prática, as quais ainda não se consegue mensurar. Uma delas se refere à gestação de substituição tradicional, aquela em que se utiliza o óvulo da própria gestante substituta. No Brasil, as clínicas de reprodução assistida oferecem a técnica da gestação de substituição apenas a partir da fertilização *in vitro*⁴², evitando utilizar o óvulo da própria gestante. O CFM não prevê expressamente essa obrigatoriedade, nada dispõe a respeito, mas, até a vigência da Resolução 2.294/21, não havia exceções à obrigatoriedade de sigilo quanto à doação de gametas⁴³, o que, indiretamente, impedia que a própria gestante substituta doasse também seu óvulo, uma vez que seria conhecida pelos idealizadores da gravidez.

Agora, com a aceitação de doação de gametas por parentes até o quarto grau de algum dos idealizadores, acredita-se que as clínicas devam começar a utilizar, na prática, a gestação de substituição por meio de inseminação artificial, utilizando o útero e o óvulo da gestante substituta. Não se defenderá aqui a utilização de óvulos da própria gestante - apesar de agora possivelmente receber guarida também essa forma - visando evitar a maximização de possível vínculo entre a gestante e a criança, garantindo também o afastamento genético, além do intencional. Como se verá no decorrer da tese, essa é uma preocupação relevante.

Não sendo a doação de gametas oriunda de parentes até o quarto grau de algum dos idealizadores, o dever de anonimato quanto aos doadores se impõe. Mas é importante observar

⁴² SOCIEDADE Brasileira de Reprodução Assistida. *Op. Cit.* PRÓ-CRIAR, Medicina Reprodutiva. *Fertilização in vitro com útero de substituição*. Disponível em: <https://www.procriar.com.br/utero-de-substituicao>. Acesso em: 03 mar. 2020. PRÓ-CRIAR, Medicina Reprodutiva. *Útero de Substituição: Entenda o que é*. Disponível em: <https://www.procriar.com.br/blogprocriar/utero-de-substituicao-entenda-o-que-e/>. Acesso em: 03 mar. 2020. GERA Restauração da Fertilidade. *Útero de substituição: o que é? Quem pode utilizar?* Disponível em: <https://clinicagera.com.br/utero-de-substituicao/>. Acesso em: 03 mar. 2020. ORIGEN. *Útero de Substituição (Barriga Solidária)*. Disponível em: <https://origen.com.br/utero-de-substituicao-barriga-solidaria/>. Acesso em: 03 mar. 2020. VIDA bem-vinda, Clínica de Reprodução Assistida. *Útero de Substituição – (“Barriga de Aluguel”)*. Disponível em: <http://www.vidabemvinda.com.br/tratamentos/reproducao-humana/utero-de-substituicao-clinica-de-reproducao-humana/>. Acesso em: 03 mar. 2020. SESMA Clínica de Reprodução Humana. *Doação temporária de útero ou útero de substituição*. Disponível em: <https://www.clinicasesma.com.br/tratamentos/reproducao-humana/doacao-temporaria-de-utero-ou-utero-de-substituicao>. Acesso em: 03 mar. 2020. DOUTOR João Dias, Reprodução Humana. *Útero de substituição*. Disponível em: <https://drjoaodias.com.br/reproducao-humana/tratamentos/utero-de-substituicao/>. Acesso em: 03 mar. 2020. CLÍNICA Mãe. *Útero de Substituição*. Disponível em: <https://www.clinicamae.med.br/reproducao-humana/utero-de-substituicao/>. Acesso em: 03 mar. 2020. CONCEPTION Centro de Reprodução Humana. *Como funciona a gravidez através do útero de substituição (barriga de aluguel)*. 08 de abril de 2010. Disponível em: <https://www.conceptionbr.com/single-post/2019/04/18/Como-funciona-a-gravidez-atrav%C3%A9s-do-%C3%BAterode-substitui%C3%A7%C3%A3o-barriga-de-aluguel>. Acesso em: 03 mar. 2020. FERTILIDADE.ORG Clínica de Fertilidade e Reprodução Humana. *Gestação de substituição (Barriga de Aluguel)*. 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://fertilidade.org/content/gestacao-de-substituicao-barriga-de-aluguel>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁴³ CONSELHO Federal de Medicina. *Op. Cit.*, p. 4, seção IV, item 4, “Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).”

que o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 48, ao dispor sobre o regime de adoção, prevê a possibilidade de a pessoa, após completar dezoito anos, ter acesso às informações sobre sua origem biológica⁴⁴, direito esse que, acredita-se, pode ser estendido às TRAs, por analogia⁴⁵. Isso porque opera na mesma lógica de acesso à informação sobre a origem biológica, o que independe do reconhecimento de suposto vínculo de filiação. O assunto será melhor analisado no quarto capítulo.

Apresentadas, nesse capítulo introdutório, a gestação de substituição e as principais técnicas de reprodução assistida a ela atinentes, cujo conhecimento é essencial ao desenvolvimento deste trabalho, passa-se, então, a discorrer sobre o marco teórico. A concepção de autonomia enquanto manifestação da dignidade humana, em um Estado liberal e democrático, é ponto fulcral que permeará todo o debate.

⁴⁴ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 08 mar. 2020.

⁴⁵ No mesmo sentido, de ampliação do direito previsto no artigo 48 para abranger as técnicas de reprodução assistida, conferir: GARRAFA, Volnei; ARANHA Anderson Vieira; LUSTOSA, Cátia; MEIRELLES, Ana Thereza; VASCONCELOS, Camila. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. *Revista Bioética*. 22 (3), 2014, pp. 509-518. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. *Op. Cit.*, p. 69. SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. Ebook. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, posição 2.396, paginação irregular.

2. A DIGNIDADE HUMANA: AUTONOMIA, PATERNALISMOS E DIREITO AO PRÓPRIO CORPO

A autonomia, em tese, deveria ser fundamento para permitir que uma mulher pudesse escolher livremente dispor de seu corpo para gestar a criança de outrem mediante contraprestação financeira. Numa perspectiva constitucional, deveria ser reconhecido o direito, a liberdade, de utilizar do corpo da forma que parecesse mais adequada.

Para se traçar a capacidade de autodeterminação de uma mulher para tanto, é necessário, primeiramente, entender a própria autonomia e estabelecer seus critérios, conceito esse que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, já se adianta entender como expressão e consequência da própria dignidade humana.

A dignidade (da pessoa) humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, está prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁶. O preceito - um suposto consenso ético⁴⁷, mas não de conteúdo -, cuja genealogia remonta aos primórdios da civilização⁴⁸, apenas no pós-guerra passou a ser incluído em variados documentos internacionais, além de constituições e leis de vários locais do mundo⁴⁹, ora como direito fundamental, ora como valor absoluto, ora como regra ou como princípio jurídico⁵⁰. Atualmente, está presente em 149 de 194 constituições vigentes no mundo⁵¹.

⁴⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 72.

⁴⁸ PELÊ, Antônio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 1, diciembre-enero, 2004, pp. 9-13, p. 10.

⁴⁹ Como exemplos de documentos internacionais: Carta da ONU de 1945, Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 e diversos outros de conteúdo de direitos humanos. Além das constituições do Japão, Itália, Portugal, África do Sul, Israel, Hungria, Suécia, Alemanha, China e Espanha, entre tantas outras. E países que não tem a dignidade humana incluída na constituição, ainda assim a mencionam na jurisprudência, como Estados Unidos e França. BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*, p. 5. HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A human dignitas? The contemporary principle of human dignity as a mere reappraisal of an ancient legal concept. *European University Institute Working Papers. Law* 2008/18, p. 02. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9009/LAW_2008_18.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 mar. 2021. MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. Vol 1. 2ª ed. Epub. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 279.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais no Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.74.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 13.

Por meio da dignidade humana, o ser humano é trazido para o centro de todo o ordenamento jurídico⁵², é um “princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão”⁵³, devendo ser celebrado seu papel de destaque em grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Não obstante, seu conteúdo é fluido e não há harmonia sobre ele. É polissêmico, devido à amplitude de seus termos, de contornos vagos e imprecisos⁵⁴. É plástico e dúbio e, em decorrência disso, seu entendimento pode ser impactado não só pelas diferenças culturais, como também pelo tempo, pela história, pelas conjunturas políticas, sociais e ideológicas. Ou, pior, por aspectos pessoais hegemônicos de moralidade e dignidade: “a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores”⁵⁵.

Pode ser utilizado tanto para assegurar o respeito à liberdade e autonomia de alguém, quanto para lhe impor valores e comportamentos que porventura individualmente não concorde. Assim, pode ser invocado para travestir um jusnaturalismo conservador, hegemônico, hierárquico e avesso à autonomia e liberdade individual⁵⁶. Seu sentido pode invocar uma noção axiológica externa de padrão de dignidade correto, cujos valores tendam a ser impostos, o que se teme e contra o que se deve lutar em um Estado Democrático de Direito, que preza pelo pluralismo.

Esse movimento leva ao descrédito de tão importante fundamento, como denuncia Ascenção: “alguma coisa não está certa na invocação da dignidade humana [...] serve para tudo, então, não serve para nada”, transforma-se em “fórmula vazia”⁵⁷.

Mas como bem defende Sarmento, isso não implica em abandonar ou relegar papel de menor importância à dignidade humana, ou permitir que discursos conservadores, contrários à autonomia e à emancipação, se apropriem de seu uso⁵⁸. Ao contrário, é necessário determinar seu conteúdo mínimo e entender sua aplicação em uma democracia regida pelo pluralismo. Por

⁵² *Ibid.*, p. 70.

⁵³ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, n. 09, jan./jun. 2007, pp. 361-388, p. 363.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. *Op. Cit.*, p. 9-10.

⁵⁶ HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A human dignitas? The contemporary principle of human dignity as a mere reappraisal of an ancient legal concept. *Op. Cit.*, p. 02.

⁵⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 52, n. 1 e 2, 2011, p. 12.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 18-19.

isso, procura-se analisá-la e defini-la mais precisamente, para que possa fundamentar adequadamente tudo o que seguirá a partir daqui.

2.1. Dignidade humana: mínimo existencial, reconhecimento, valor intrínseco e autonomia.

Dignidade humana: seu conteúdo, variado e variável, “além de comportar interpretações radicalmente divergentes, tem sido invocado muitas vezes de modo arbitrário e inflacionado”⁵⁹. É indefinida, mas soa como se fosse autoevidente, simulando argumento irrecusável. Há grande possibilidade de ser utilizado como ferramenta moral e paternalista, em aplicação heteronômica⁶⁰, o que preocupa.

Devido à complexidade do que é o ser humano e do meio no qual ele desenvolve a sua personalidade, usa-se falar em dimensões da dignidade humana, pelas quais se torna mais plausível identificar seu conteúdo corretamente e evitar sua banalização e moralização. Pois, conforme bem ressalta Sarlet, a “noção de dignidade humana (especialmente no âmbito do Direito), para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações”⁶¹. Essas dimensões conceituais guardam intrínseca relação entre si, e compõem o núcleo essencial de compreensão do fundamento constitucional⁶².

Adota-se, na presente tese, o entendimento de que a dignidade humana se decompõe em quatro elementos básicos (dimensões), os quais são o seu conteúdo mínimo, o que é defendido por Sarmento⁶³, também por Sarlet⁶⁴, entre outros⁶⁵. De acordo com o primeiro autor, a

⁵⁹ *Ibid. Op. Cit.*, p. 69.

⁶⁰ BAER, Susanne. Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism. *University of Toronto Law Journal*, vol. 59 issue 4, fall 2009, pp. 417-468, p. 418. HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A human dignitas? The contemporary principle of human dignity as a mere reappraisal of an ancient legal concept. *Op. Cit.*, p. 01.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Op. Cit.*, p. 362.

⁶² *Ibid.*

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Op. Cit.*, p. 23.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Op. Cit.*, p. 362

⁶⁵ Barroso também considera essas dimensões da dignidade humana, mas inclui uma mais, corroborando sua ideologia coletivista, denominada *valor comunitário*: “A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”. Considera-se tal percepção extremamente equivocada e contraditória com a própria dimensão da autonomia, pois garante ao Estado e, principalmente, à “comunidade” o direito de estabelecer padrões hegemônicos do que se considera melhor e mais adequado à vida boa, e o direito de impô-los aos demais, aos dissidentes. As restrições ao indivíduo devem se amparar apenas na proteção de direitos fundamentais de terceiros. Nenhuma formulação de conteúdo moral, comunitário e hegemônico, deve ser imposto a pessoas autônomas. Por isso, utiliza-se referido autor de modo limitado, apenas referente aos pontos que

dignidade humana apresenta (e implica) o seguinte conteúdo⁶⁶: o mínimo existencial, o reconhecimento, o valor intrínseco e a autonomia⁶⁷.

A despeito de serem relevantes, não se aprofundará nos conteúdos do mínimo existencial e do reconhecimento no presente estudo, uma vez que possui exígua relação com o que aqui se dedica; serão apenas apresentados brevemente, passando-se, em seguida, às dimensões do valor intrínseco e da autonomia, esta sim, ponto nevrálgico da tese.

O *mínimo existencial*⁶⁸ é um componente essencial da dignidade humana, já que visa assegurar a todos os seres humanos condições materiais básicas para que possam livremente desenvolver sua vida e personalidade. A Constituição de 1988 compreende o mínimo existencial não só da dignidade humana, como da positivação dos direitos sociais como direitos fundamentais⁶⁹.

Ao ser humano deve ser resguardado um “mínimo vital”⁷⁰, para que possa viver e se desenvolver sem ter que se dedicar tão somente à preocupação de como sobreviver diariamente,

convergem e que não contradigam as demais formulações. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. *Op. Cit.* Também Maria Celina Bodin entende a dignidade humana como constituída de quatro elementos básicos, mas que, para ela, são a própria liberdade, a integridade psico-física, a igualdade e a solidariedade. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.105-147.

⁶⁶ O que Sarlet interpreta como suas diferentes dimensões, sendo elas: ontológica, relacional e comunicativa, de limite e de tarefa, histórico-cultural. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Op. Cit.*, p. 366-379.

⁶⁷ Ronald Dworkin, a partir do contexto social e político estadunidense, defende haver apenas duas dimensões na dignidade humana, que são sua base e condição, as quais chama de princípios do valor intrínseco e da responsabilidade pessoal (esta, em estreito paralelo com a autonomia). Para o autor, o “primeiro princípio parece uma invocação abstrata do ideal de igualdade, e o segundo, de liberdade”. Essa divisão também é bastante adequada, mas a percepção de Sarmento se mostra mais adaptada ao contexto democrático brasileiro, devido à importância de se identificar as dimensões do mínimo existencial e do reconhecimento, enquanto elementos que definem a dignidade humana. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 9-10.

⁶⁸ Sobre o mínimo existencial enquanto dimensão da dignidade humana, indica-se as leituras de: CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Op. Cit.* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-54. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.* TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 212.

⁷⁰ Conceito cunhado por Pontes de Miranda já na década de trinta: “Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standart of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. [...] Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque este deve. Em vez de súplica, direito.” Por ser um livro bastante antigo, lançado em 1933, não se conseguiu acesso à obra original, intitulada *Direitos à subsistência e direito ao trabalho*. PONTES DE MIRANDA, *apud*. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 191.

condição essa que afeta diretamente a liberdade e autonomia individual. “[N]ão há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência”⁷¹.

Assim, é dever do Estado assegurar a todos o atendimento das necessidades materiais básicas - tais como saúde, educação, alimentação, moradia, entre outras -, para que a igualdade seja implementada entre os indivíduos; “o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais”⁷².

O Estado deve, pois, garantir direitos sociais aos indivíduos, visando implementar a própria liberdade, não só em sua perspectiva negativa, mas também na positiva. Para que a pessoa seja realmente livre, não basta que o Estado se abstenha de impor obstáculos às escolhas e vida individual, sendo também “indispensável assegurar os meios necessários para que a liberdade possa ser efetivamente fruída”⁷³.

Mas, ao mesmo tempo que deve garantir um mínimo existencial, não deve impedir que as pessoas o alcancem à sua maneira, utilizando dos meios e ferramentas de que dispõe para livremente garantir o seu sustento e subsistência, desde que não afete, evidentemente, direitos de terceiros. Isso é possível pelo respeito à autonomia.

A dimensão do *reconhecimento*⁷⁴, por sua vez, destaca a importância de se garantir um direito de divergência, de se manifestar - ou simplesmente ser - a despeito de uma hegemonia, e de ser reconhecido pelo Estado, pelas instituições e pelos seus pares como igual. Não é tema novo, pois vem sendo desenvolvido na filosofia política desde o início do século XIX⁷⁵. “Para que as pessoas possam se realizar e desenvolver livremente as suas personalidades, o adequado reconhecimento pelo outro é vital. O ser humano é ser de relação”⁷⁶.

Por essa dimensão, extrai-se da dignidade humana um direito fundamental ao reconhecimento, “ao igual respeito da identidade pessoal”⁷⁷. É por ele que se reconhece o

⁷¹ CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 8, 2003, p. 151-161, p. 159. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-8-julho-setembro-de-2003/a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-sociais>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁷² *Ibid.* p. 160.

⁷³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 154.

⁷⁴ Sobre o reconhecimento enquanto dimensão da dignidade humana, indica-se as leituras de: ASSY, Betânia; FERES JUNIOR, João. Reconhecimento. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.* SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Op. Cit.* SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.50, pp.133-158. 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452000000200008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 243.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 241.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 333.

respeito às diferentes culturas, raças, etnias, orientações sexuais e de gênero, por exemplo. E também por meio dele deve se respeitar as diferentes formas e escolhas de vida, os valores individualmente manejados pela pessoa autônoma. Em atenção a isso, o Estado deve garantir formas de implementar o reconhecimento e políticas públicas para incentivá-lo coletivamente.

“Dignidade humana significa que um indivíduo ou grupo deve sentir autorrespeito e autoestima. [...] é atingida pelo tratamento injusto baseado em traços ou circunstâncias pessoais que não sejam relacionadas às necessidades, capacidades ou méritos individuais”, entendeu a Suprema Corte Canadense, em 1999⁷⁸. E ressaltou que, ao contrário, a dignidade sempre será aprimorada por leis sensíveis a tais circunstâncias dos diferentes indivíduos, levando-se em consideração seus diferentes contextos⁷⁹.

Isso não quer dizer, obviamente, que se dependa do reconhecimento para que alguém seja livre, ou autônomo, ou sujeito de direitos. Apenas que o direito ao reconhecimento implica se efetivar a dignidade, na medida em que gera o pertencimento e respeito à liberdade individual, independente de submissão ou atendimento a padrões hegemônicos.

O *valor intrínseco* atribuído à pessoa, por sua vez, é o elemento ontológico, não contingente, da dignidade humana no direito contemporâneo⁸⁰. Ele exprime que a dignidade é uma condição inata ao ser humano, a qual nunca é perdida, nem dele retirada, independente do que lhe ocorra⁸¹. Por ser intrínseca ao humano, “embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular”⁸². É o elemento que distingue o ser humano de animais ou objetos, garantindo-lhe que seja respeitado enquanto fim em si mesmo, que não seja instrumentalizada por outros.

⁷⁸ “Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. (...) Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits.” SUPREME Court Of Canada. *Law v. Canada* (Minister of Employment and Immigration). Date 1999-03-25. Report [1999] 1 SCR 497. Case number 25374. Judges: Lamer, Antonio; L’Heureux-Dubé, Claire; Gonthier, Charles Doherty; McLachlin, Beverley; Iacobucci, Frank; Major, John C.; Bastarache, Michel. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1691/index.do>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁷⁹ “It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences.” *Ibid*.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. *Op. Cit.*, p. 76. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 104. Sarmento ressalta que, até ser reconhecida como valor intrínseco ao ser humano, a dignidade humana já foi entendida como *status* e como *virtude*. Na primeira forma, ela era atribuída a indivíduos que ocupavam determinadas funções proeminentes na sociedade, era atribuída ao que fosse considerado *nobre*. Já no segundo sentido, dignidade era associada àquelas pessoas cujas atitudes eram consideradas louváveis, altivas, sendo atribuída não mais pelo status social, mas agora pelas ações e posturas do indivíduo. *Ibid*, p. 103.

⁸¹ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 461p. Tese (Doutorado em Direito Público), Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 155. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 76.

⁸² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 104.

Esse aspecto inerente da dignidade remonta à teoria moral deontológica de Kant, equivalente ao que dispõe sua segunda máxima do imperativo categórico: “[a]ge de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”⁸³.

Apesar de se reconhecer a importância, desconsidera-se aqui as construções kantianas sobre autonomia e dignidade, posto que formuladas sob perspectiva moral, baseada em noções de razão e dever, quando aqui se busca definição política. Não se preocupa aqui com o valor da ação ou escolha individual (nem de seu resultado, muito menos de sua motivação, o que para Kant é o que garante ou retira a moralidade da ação), pois isso, em última análise, equivaleria a atribuir valoração heterônoma ao âmbito autônomo⁸⁴, o que não se admite.

Apesar disso, é de se observar rapidamente a incongruência de tal premissa do imperativo categórico kantiano na sociedade atual (e mesmo à sua época). E isso diz respeito à interpretação extensiva da proibição de ser “utilizado” o ser humano como meio para se atingir fins que não próprios dele mesmo, uma vez que isso ocorre constantemente na sociedade, tal como se conhece. Nas relações de emprego cotidianas, prestações de serviços e demais

⁸³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Coimbra: Atlântida. 1960, p. 68. O primeiro e principal enunciado do imperativo categórico é: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. *Ibid.* p. 56. O segundo é o acima apresentado; e é comumente apontado um terceiro: “Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível”. *Ibid.* p. 82.

⁸⁴ Para o autor, em apertada síntese, o que confere dignidade à vida humana é a capacidade de agir com autonomia, e só é autônomo aquele que se orienta, que pauta suas ações e escolhas em lei que impõe a si mesmo, governado pela razão pura, ignorando aspectos externos, naturais e sociais, que, para o autor, são heteronomia. Autônoma é a pessoa que escolhe agir conforme sua própria lei, cujos preceitos sejam moralmente válidos, pois em sintonia com a razão e com o imperativo categórico. Os imperativos categóricos, por sua vez, são “imperativos da moralidade”, definem o dever moral que deve orientar o ser humano, sendo princípios tão benéficos a ponto se tornarem leis universais a serem adotadas por todos os seres humanos racionais, deve ser uma lei universalizável. Para Kant, o imperativo categórico “[...] não está relacionado com o objetivo da ação e seus supostos resultados, e sim com sua forma e com o princípio do qual ele partiu. E o que há de essencialmente positivo na ação é a disposição mental, quaisquer que sejam as consequências”. Quer dizer, as ações moralmente justificadas, como oriundas da razão pura, são universalizáveis, e devem se tornar a legislação individual do sujeito autônomo. Ao mesmo tempo, por ser uma regra universal, também implicará as demais pessoas racionais, que estarão igualmente submetidas às mesmas regras. Concluindo, então, para o autor, o valor moral da escolha deve ser considerado para definir a pessoa como autônoma ou não. E só tem dignidade o ser autônomo, o que, por sua vez, mostra-se um contrassenso perante a ideia de valor intrínseco. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Coimbra: Atlântida. 1960, p. 56, ss. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 62, ss; p. 78, ss. Vários são os que criticam a teoria kantiana pelos mesmos argumentos, mormente pelo paradoxo de se definir autonomia condicionada a caracteres puramente heteronômicos e se mostrar inaplicável especialmente na atualidade. Conferir, por todos: BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 75 ss. SANDEL, Michael J. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. 31ª ed. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 135 ss.

atividades laborais, são as pessoas consideradas meios para se chegar aos fins almejados por seus contratantes⁸⁵.

Observa-se, não obstante, dois pontos. Primeiro, que Kant, ao dispor o imperativo, ressalta que a humanidade não pode ser utilizada *simplesmente* (apenas, somente) como meio, sendo do próprio autor essa ressalva⁸⁶. Segundo, que, havendo autonomia e consentimento daquele que é momentaneamente meio para se atingir fins alheios, isso não pode ser considerado como ofensivo à sua dignidade como valor intrínseco, mormente em relações de emprego, quando há contrapartida almejada pelo ser humano, a contraprestação financeira, sendo esse, pois, seu próprio *fim*. Como concorda Sarmiento, “[...] quando celebramos um contrato, não tratamos o outro contratante apenas como um instrumento para servir os nossos interesses, pois a celebração pressupõe o exercício da autonomia de ambas as partes”⁸⁷. Esse ponto é essencial à construção da tese e à possibilidade de se gestar, substituta e onerosamente, o filho de outrem.

Mccrudden destaca que há consenso quanto ao valor intrínseco da dignidade humana⁸⁸, com o que também se concorda (independentemente de critérios como a capacidade e autonomia, como Kant defende), sendo a dignidade atributo que nasce com o ser humano, e com sua vida encerra.

O conflito surge, no entanto, quando se procura definir o que pode ofender ou violar a dignidade, sendo constantemente levantados argumentos morais ou concepções pessoais do que venha a afetar o valor intrínseco do ser humano. Aqui se defende a percepção de que a dignidade, enquanto valor intrínseco, será respeitada sempre que se respeitar a autonomia de quem a detém.

E a *autonomia* é a dimensão da dignidade que garante ao ser humano o direito, a prerrogativa de tomar suas próprias decisões, realizar escolhas pessoais e definir sua própria concepção de vida boa e digna, respeitando o mesmo direito de terceiros. “[A]utonomia é a

⁸⁵ Com o que concordam Beauchamp e Childress, os quais, para além das relações de trabalho, ressaltam que também pessoas que se voluntariam para pesquisa científica humana poderiam ser impedidas de assim agir por meio desse imperativo. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 74.

⁸⁶ O que também é observado por Sarmiento: “[...] há que se atentar para o fato de que a interdição contida no imperativo categórico é de que as pessoas sejam tratadas *apenas* como meios. Não se veda que, em alguma medida, uma pessoa se valha de outra para atingir os fins que persegue”. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 107.

⁸⁷ *Ibid.* p. 107-108.

⁸⁸ MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European journal of international law*, Firenze, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008, p. 675. Disponível em: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

capacidade de ditar as normas que regem a própria conduta. Em outras palavras, trata-se da autodeterminação”⁸⁹.

Em oposição, dá-se o nome de heteronomia à determinação externa de dignidade, uma limitação individual pela padronização do que se considera bom e adequado, a partir de preceitos coletivamente eleitos como tal. Geralmente, esse conceito se presta bem ao intuito paternalista (que se aprofundará adiante⁹⁰) de proteger o ser humano autônomo de atos considerados degradantes, indignos, mesmo que sejam decorrentes de escolhas próprias e individuais⁹¹.

O que anula tal perspectiva, contudo, tornando-a indefensável, é a incapacidade do Estado de se determinar, externamente, valores de dignidade igualmente oponíveis e esperados de todos os cidadãos que o compõem, sem que haja imposição de uma maioria à minoria dissidente, em clara tirania da maioria⁹². Essa interpretação, em última análise, justifica intervenções autoritárias no âmbito das liberdades individuais⁹³.

É impossível ao Estado e/ou à sociedade precisar uma concepção de dignidade humana em termos universais, que agrade a cada ser humano individualmente, em todo tempo e espaço. Em sociedades livres e plurais - como é o caso do Brasil, que inclusive tem o pluralismo como outro de seus fundamentos⁹⁴ - não é possível se estipular padrões únicos de condutas, valores morais e modelos de caráter para serem seguidos por todos os cidadãos, a partir de único modelo de dignidade. “[A]o seguir um ideal de sujeito moral, a dignidade pode se mostrar um atributo

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 139. Essa parcela da autonomia é denominada privada. Na tese, em todo momento em que se mencionar *autonomia* é à autonomia privada que se refere. A autonomia pública, por sua vez - não relevante nesse trabalho e, por isso, tratada apenas nessa nota - está ligada à participação democrática, à capacidade de participar da vida e das deliberações coletivas de sua comunidade política. *Ibid.* p. 140.

⁹⁰ Cf. 2.3. Paternalismo como inviabilizador da autonomia.

⁹¹ Barroso é dos que defendem tal possibilidade, por meio de sua concepção de valor comunitário enquanto dimensão da dignidade humana, do que se discorda e já se justificou em nota anterior. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. *Op. Cit.* Da mesma forma, entende pela necessidade de diferentes graus de heteronomia, MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou uma pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119-143.

⁹² Conceito trabalhado, entre outros, por MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 27-28.

⁹³ HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. *A human dignitas? The contemporary principle of human dignity as a mere reappraisal of an ancient legal concept*. *Op. Cit.*, p. 16. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. *Op. Cit.*, p. 184.

⁹⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político.

para poucos, ou ainda um atributo que pode ser perdido”⁹⁵, o que contraria sua essência de valor intrínseco.

Com efeito, o que ocorre quando assim se procede, é uma imposição de regras e crenças hegemonicamente consideradas dignas e valorizáveis pela maior parte da coletividade, a qual, por isso, acredita serem esses preceitos universalizáveis, oponíveis a todo e qualquer ser humano. Dessa forma, percebe-se a tirania da maioria, a qual, por meio de uma interpretação heterônoma, perfeccionista de dignidade, tenta impor ao indivíduo condutas (tanto suas, quanto de terceiros a ele relacionadas) adequadas a um padrão hegemonicamente considerado bom, virtuoso, digno.

Pode-se dizer que a autonomia é o principal componente indissociável da dignidade humana. Uma pessoa tem sua dignidade respeitada na medida em que a ela se garante a capacidade de se determinar, fazer suas escolhas e definir o que é bom, virtuoso e digno para si mesma. “Afim, se a dignidade é da pessoa humana e não da sociedade ou de terceiros, a autonomia se torna um pressuposto do seu verdadeiro reconhecimento”⁹⁶.

Cada um deve “preenche[r] o seu conteúdo de acordo com a sua noção individual acerca do que é a própria dignidade”⁹⁷, deve determinar a si mesmo o que é vida digna, trabalho digno, moradia digna, e assim por diante, fazendo as escolhas referentes à própria vida.

Estabelecer padrões morais hegemônicos⁹⁸, em última instância, abre margem para atuação paternalista do Estado, que enaltece determinadas posturas em detrimento de outras. Se se começa a categorizar externamente determinadas escolhas como dignas, outras não, pessoas que eventualmente venham a discordar do Estado em suas decisões, serão consideradas dissidentes e tratadas como vítimas e/ou incapazes de defender a própria dignidade. Isso pode ser observado em algumas situações já existentes no país.

⁹⁵ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Op. Cit. p. 154.

⁹⁶ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 76-77.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 77.

⁹⁸ Diz-se isso de valores e princípios morais, não de regras sociais essenciais para se viver em coletividade, como respeitar a vida, a integridade física e outros elementos vitais para se viver em sociedade. Esses constituem direitos fundamentais do ser humano, orientados pela própria dignidade humana, então devem ser estabelecidos hegemonicamente e respeitados.

Por exemplo⁹⁹, um relacionamento heteroafetivo (ou homoafetivo lésbico) em que ambos são praticantes de BDSM¹⁰⁰. A mulher, em primeira análise, não teria autonomia para consentir com determinadas práticas que envolvam lesão corporal contra sua pessoa, uma vez que o companheiro pode ser criminalizado por crimes contra a integridade física, independentemente de sua anuência¹⁰¹. Quer dizer, a mulher pode ser considerada vítima, a despeito de sua capacidade de escolha e anuência, por se considerar que tais práticas sexuais são contra a dignidade humana, enquanto padrão digno estabelecido pelo Estado.

Outro exemplo¹⁰², a mulher que escolhe se prostituir de forma livre e consciente. Ela pode se prostituir na rua, desamparada, mas não pode ser intermediada, receber qualquer tipo de ajuda, nem mesmo encontrar local fixo para a prática remunerada sexual, pois todas as pessoas ao seu redor são criminalizadas pelos artigos 227 e seguintes do Código Penal. Isso porque o Estado procura protegê-la. É considerada vulnerável, incapaz de perceber tal vulnerabilidade, incapaz de escolher o trabalho¹⁰³ de forma livre e consciente. É vítima para o direito penal, por “ter sido inserida” em uma ocupação contra a dignidade humana.

Um último exemplo¹⁰⁴, pacientes em tratamento médico em situação de risco de morte. O Código Penal Brasileiro tem previsão legal que justifica a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente, ou mesmo contra sua vontade, quando se encontra em iminente perigo de morte¹⁰⁵, esteja a intervenção relacionada à própria vida ou à integridade

⁹⁹ Para maiores informações sobre o tema, a despeito de ser ainda muito incipiente, sobretudo no âmbito do direito, cf. SILVA, Vera Lúcia Marques. Sexualidades dissidentes: um olhar sobre narrativas identitárias e estilo de vida no ciberespaço. *Ciência e saúde coletiva*, vol. 23, n.10, Rio de Janeiro, out. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018001003309. Acesso em 10 mar. 2020.

¹⁰⁰ BDSM é a sigla para identificar condutas sexuais anteriormente denominadas sadomasoquistas. A sequência de letras significa *bondage* e disciplina, dominação e submissão, sadismo e masoquismo.

¹⁰¹ O STF, em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 e da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, declarou que a Ação Penal é Pública Incondicionada em casos que envolvam lesão corporal, mesmo leve, contra mulher em contexto de violência doméstica e familiar (Lei 11.343/06). Isto é, independente da vontade da mulher, seu companheiro será processado por lesão corporal, ela, teoricamente, não pode dispor do seu bem jurídico integridade física.

¹⁰² Para estudo mais aprofundado sobre o assunto, cf. MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*. Legalização e regulamentação do lenocínio do Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

¹⁰³ Em 2002, o Ministério do Trabalho e Emprego incluiu a prostituição no rol da Classificação Brasileira de Ocupações, constando sob o código 5198-05: “Profissional do sexo: Garota de programa, Garoto de programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da vida, Prostituta, Trabalhador do sexo” Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/BuscaPorTitulo.jsf>. Acesso em 10 mar. 2021.

¹⁰⁴ Para estudo aprofundado sobre o assunto, indica-se a leitura de SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

¹⁰⁵ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. [...] § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; [...]

física do paciente¹⁰⁶. Tal exclusão da ilicitude da conduta do médico contra esses bens jurídicos se baseia em perspectiva heterônoma do que seja melhor para o paciente, pela qual não se respeita sua capacidade de autonomia.

Nota-se que, em todos esses casos, ao se aplicar um conceito heterônimo de dignidade humana, não se considera a opinião das partes envolvidas a respeito do que consideram vida digna. No primeiro cenário, pouco importa se a mulher tem um fetiche sexual que inclua alguma espécie de lesão corporal; no segundo, não interessa se a mulher quer se prostituir, se considera mais digna a prostituição, do que outras profissões do mesmo patamar de acessibilidade; no terceiro, desconsidera-se se o paciente prefere morrer a receber determinado tratamento.

Estabelecer a dignidade humana a partir de preceitos heterônimos equivale a limitar, sob a falácia de proteger, a liberdade e autonomia individual. Em suma, a dignidade enquanto heteronomia abre espaço para autoritarismo hegemônico indevido em uma sociedade democrática, plural e laica; “[...] pode facilmente se tornar uma tela por trás da qual o paternalismo e o moralismo são elevados acima da liberdade”¹⁰⁷.

Deve-se definir um conteúdo para a dignidade humana atrelado e comprometido com a autonomia. Caso assim não seja, abre-se um precedente para que o Estado aja de modo paternalista, inserindo valores morais no ordenamento jurídico positivo, o que não pode ser permitido. Ele não pode utilizar a dignidade humana como simulacro para resguardar e impor valores morais hegemônicos considerados mais adequados a todos os cidadãos, devendo evitar a indevida devastação do ordenamento jurídico por moralismos de toda espécie

¹⁰⁶ Apesar da previsão penal, no âmbito civil parece haver maior preocupação com a autonomia do paciente, expressada não pela lei, mas pelos entendimentos de civilistas exarados nas Jornadas de Direito Civil, dos quais se destaca: “Enunciado 403 - O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante.” Há também o “Enunciado 533 - O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos. Há que se destacar, no entanto, a previsão do artigo 15 do Código Civil. Em texto estranhamente escrito, *ipsis literis*, parece garantir ao paciente o direito de negar tratamento quando este tratamento, por si mesmo, colocar sua vida em risco, mas não lhe garante o direito de negar o tratamento quando a ausência dele colocar a vida em risco: “[n]inguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Ou seja, o texto não dispõe sobre o direito autônomo de se negar a receber tratamento, quando for ele indicado a salvar a vida ou a integridade física do paciente, por serem esses valores heteronomicamente mais importantes à sociedade.

¹⁰⁷ FELDMAN, David. *Human dignity as a legal value*. Part. II. nº 1 (Spring), 2000, pp. 61-76, p. 75. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3908437>. Acesso em: 12 mar. 2020.

2.2. Definindo a autonomia

Como argumentado até aqui, a dignidade, atributo intrínseco ao ser humano, deve ser interpretada sob a perspectiva da autonomia. Desde que não ofenda direitos de terceiros, cabe ao indivíduo pessoalmente escolher para si mesmo o que é vida digna, determinar seu critério de dignidade, o que a afeta e o que a respeita. E isso decorre do preceito geral de liberdade e, em segundo plano, da incapacidade do Estado de determinar o que é digno ou não para toda e qualquer pessoa, considerando as diversas personalidades individuais, diferentes culturas, contextos; em outros termos, considerando o pluralismo democrático.

A dignidade interpretada sob uma forma geral, imposta hegemonicamente, sempre será heteronomia, e violará a liberdade e autonomia de alguém dissidente, geralmente da minoria. A heteronomia não é - e não pode ser considerada - dimensão da dignidade humana.

“‘Autonomia’ e ‘respeito pela autonomia’ são termos vagamente associados a várias ideias, como privacidade, voluntariedade, autodomínio, escolha livre, liberdade de escolha, escolha da própria moral e responsabilização por suas próprias escolhas”¹⁰⁸. Comumente interpretada como autogoverno e ausência de influências externas nas tomadas de decisões, sua melhor compreensão é fundamental para desenvolver e fundamentar o estudo aqui pretendido, acerca da possibilidade legal de contratação onerosa da gestação de substituição.

É possível extrair o significado intencional da autonomia da própria origem grega da palavra: *autos*, referindo a *self*, interpreta-se como “si próprio”, e *nomos*, “norma”, induzindo, assim, a ideia de criar normas para si mesmo, “ter ou fazer suas próprias leis”¹⁰⁹. De imediato, então, percebe-se que a pessoa autônoma define, determina sua própria vida, realiza suas próprias escolhas, atua livremente.

À autonomia, é imprescindível a liberdade. E não a liberdade referente à ausência de influências e intervenções externas na vida e escolhas individuais. É necessária uma interpretação a despeito disso, a liberdade que seja capaz de (r)existir juntamente com influências externas, as quais são verdadeiramente inafastáveis em sua totalidade. É necessário observar o grau e a capacidade de autonomia de uma pessoa livre diante do contexto social, sob pena de se perseguir uma concepção utópica de autonomia. Nesse intuito, mostra-se essencial

¹⁰⁸ “‘Autonomy’ and ‘respect for autonomy’ are terms loosely associated with several ideas, such as privacy, voluntariness, self-mastery, choosing freely, the freedom to choose, choosing one’s own moral position, and accepting responsibility for one’s choices”. BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A History and Theory of Informed Consent*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 07.

¹⁰⁹ FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. Vol. III. New York: Oxford University Press, 1986, p. 27. No original, “the having or making of one’s own laws”.

analisar a construção conceitual e os requisitos da autonomia, trazendo, para tanto, importantes expoentes sobre o tema.

Procura-se definir uma perspectiva de autonomia que respeite a liberdade, que afaste qualquer viés heterônomo amparado no dever, ou qualquer outra valoração moral externa ao próprio indivíduo, almeja-se formular um conceito político de autonomia, para a qual será irrelevante o conteúdo ou a motivação das escolhas individuais¹¹⁰. Ainda, acredita-se que, mais importante do que definir uma pessoa autônoma, é essencial se perceber uma escolha autônoma, já que a autonomia pode se operar de modo contingencial, e não estanque. Para tanto, inicia-se com as teorias de Joel Feinberg e Gerald Dworkin, autores clássicos da autonomia, às quais se complementa com importante crítica feminista. Por fim, traz-se estudos dos autores Beauchamp e Childress, os quais destacam exatamente a necessidade de se observar a autonomia em perspectiva circunstancial, traçando seus critérios.

2.2.1. Feinberg, Dworkin e a definição de pessoa autônoma

Para Feinberg, a autonomia pessoal apresenta quatro significados que estão intimamente relacionados. Quando se fala em autonomia, pode-se referir: i. à *capacidade* de se autogovernar; ii. à real *condição* de autogoverno e de exercício das virtudes a ela associadas; iii. a um *ideal* de autonomia; e iv. a um *direito* soberano à autodeterminação¹¹¹.

O autor ressalta que é possível a uma pessoa possuir capacidade e condição de ser autônoma, mas não ter o direito de autogoverno; assim como também é possível ter a capacidade e o direito, sem apresentar condição. Contudo, não é possível ter condição ou direito à autonomia, sem possuir *capacidade*, que se refere à habilidade de fazer escolhas racionais¹¹².

Quando menciona escolhas *racionais*, não é intenção do autor avaliar moralmente a qualidade da escolha, enfatiza, inclusive, que o sujeito capaz de autonomia tem o direito de fazer escolhas consideradas “ruins” externamente¹¹³. Longe disso, visa analisar a aptidão da pessoa para ponderar racionalmente sobre suas decisões, estando de posse de suas faculdades mentais, de modo são e desenvolvido. O autor assevera que a concepção de capacidade é

¹¹⁰ Por isso, a despeito de ser comumente utilizado e mencionado em estudos sobre autonomia, considera-se a teoria deontológica kantiana inadequada e não será aqui considerada, pois, apesar do autor entender ser a dignidade efetivada por meio da autonomia, considera autônoma a pessoa que age racionalmente, em exercício da razão pura (ignorando inclusive sentimentos, que são heteronomia, para o autor), conforme sua própria lei. Mas essa lei deve, obrigatoriamente, ser elaborada em conformidade com os imperativos categóricos, os quais são normas gerais consideradas boas em sua essência, passíveis de universalização. Cf. nota de rodapé 84.

¹¹¹ FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. *Op. Cit.* p. 28.

¹¹² *Ibid.* p. 28

¹¹³ *Ibid.* p. 28

expressamente interpretada de forma a, por si só, abarcar todas as pessoas adultas e mentalmente capazes de racionalidade, e excluir pessoas com deficiência mental, senis, em coma, e crianças¹¹⁴.

A capacidade, para Feinberg, é definida como um limite mínimo de “competência natural”, uma linha imaginária, acima da qual todas as pessoas serão igualmente consideradas capazes de se autodeterminar, têm competência¹¹⁵ para tanto, enquanto as abaixo são consideradas incapazes (sem competência para tanto).

Para o autor, há diferentes graus e qualificações de competência, assim como a inteligência, mas, acima da linha limítrofe, todos são igualmente considerados capazes para a “*tarefa* de viver suas próprias vidas, de acordo com seus próprios valores”, não se diferencia as pessoas mais competentes para tanto. É dizer, uma pessoa muito acima do limite é tão capaz de autonomia quanto a mediana; mesmo que apresente mais habilidade para a racionalidade, isso seria apenas “um excedente não utilizado”¹¹⁶. A pessoa acima do limite mínimo de capacidade detém a competência natural para exercer o *direito soberano* à autodeterminação. Ao contrário, a que se encontra abaixo desse mínimo necessário para exercer a autonomia, não possui condições fáticas e o direito de se autodeterminar.

No contexto jurídico brasileiro, a capacidade das pessoas de responderem por si mesmas e definirem os contornos de suas próprias vidas segue, em certa medida, esse parâmetro limítrofe, apesar de se afastar um pouco dele após 2015. Em termos gerais, no país, são consideradas absolutamente incapazes para os atos da vida civil as pessoas abaixo de dezesseis

¹¹⁴ *Ibid.* p. 28. Quando o autor observa a capacidade enquanto habilidade para se fazer escolhas *racionais*, não o faz sobre valoração moral, sobre bom ou ruim, “racional” ou não, mesmo porque defende o direito de se fazer “escolhas ruins”, eventualmente “não racionais”, avaliando de uma perspectiva heteronômica.

¹¹⁵ Capacidade e competência, como destaca Feinberg, são indevidamente iguados e, no mesmo sentido, Pablo Lorda traz importantes contribuições ao debate. Não se aprofundará no tema, todavia, por recorte metodológico necessário: “‘Competency’ es un término jurídico, y significa el reconocimiento legal de las aptitudes psicológicas para tomar determinadas decisiones. El término equivalente en nuestro Derecho sería ‘capacidad de derecho’ o ‘legal’. En cambio ‘capacity’ es un término psicológico y clínico. [...] Deberíamos tratar de generalizar el uso del término ‘capacidad’, referido a la ‘capacidad de obrar’, esto es, la que se refiere a las condiciones que permiten a las personas ejercer efectivamente sus derechos y cumplir sus obligaciones. Éstas, como ya hemos visto, son de dos tipos o formas ‘capacidad (de obrar) legal o de derecho’ y ‘capacidad (de obrar) natural o de hecho’. O en su traducción al inglés, ‘competency’ y ‘capacity’ respectivamente. LORDA, Pablo Simon. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.*, 2008, vol. XXVIII, n.º 102, pp. 325-348, p. 328.

¹¹⁶ FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. *Op. Cit.*, p. 30. “It is the threshold conception of natural competence—minimal relevant capability for a task—that is used in stipulations of necessary and sufficient conditions for the sovereign right of self-government ascribed to individuals. Some competent persons are no doubt more richly endowed with intelligence, judgment, and other relevant capabilities than others, but above the appropriate threshold they are deemed no more competent (qualified) than the others at the “task” of living their own lives according to their own values as they choose. In respect to qualification for rightful self-government, their greater resources are “simply an unused surplus.”

anos¹¹⁷, relativamente capazes as entre dezesseis e dezoito anos¹¹⁸, e plenamente capazes as acima dos dezoito anos. Pessoas acima dessa linha limítrofe são igualmente capazes (competentes, pois), podendo haver diferença ocasionalmente em relação às com deficiência mental.

Após a reformulação dos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro pelo recente Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2015, não há mais incapacidade decorrente de deficiência mental, falando-se apenas em incapacidade relativa para certos atos da vida civil ou à forma de exercê-los¹¹⁹. Constatou-se que a deficiência mental não é critério suficiente para inferir incapacidade decisória, e referido estatuto, amparado nos princípios da não discriminação e da igualdade de oportunidades, promoveu essa importante alteração¹²⁰. Ou seja, as pessoas, acertadamente, não são mais consideradas incapazes de autonomia apenas por portarem alguma espécie de deficiência mental. São autônomas por regra e a eventual incapacidade será observada casuisticamente, levando-se em consideração seus variados graus e o ato decisório demandado, aplicando-se, quando necessário para resguardá-la, medidas de paternalismo suave.

O problema do parâmetro de capacidade defendido por Feinberg é que a pessoa que não atende ao critério mediano exigido para estar acima da linha definidora da capacidade, será simplesmente incapaz de autonomia para todo e qualquer ato. Aliás, é de se questionar também qual seria um critério genérico legítimo para definir essa capacidade de autonomia subjetivamente, para estabelecer essa linha divisora entre capazes e incapazes, a qual geralmente é definida por critérios de idade e ausência de deficiência mental¹²¹.

Isso contraria a tendência democrática atual, como mencionado acima, de se reconhecer diferentes graus de capacidade de autonomia às pessoas com deficiência mental, bem como a crianças e adolescentes. Estas, no entanto, podem ultrapassar a linha da autonomia ao atingirem

¹¹⁷ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” Crianças e adolescentes abaixo dos dezesseis anos são considerados incapazes, mas lhes são resguardados legalmente a liberdade, a autonomia, inclusive o direito de se manifestarem conscientemente e se posicionarem sobre decisões e escolhas que se refiram diretamente a suas vidas. Cf., por exemplo, artigos 15 a 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 5º e 12 da Convenção sobre Direitos das Crianças.

¹¹⁸ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; [...].

¹¹⁹ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; [...]

¹²⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, pp. 827-859, p. 829.

¹²¹ Beauchamp e Childress apresentam concepção de capacidade que se considera mais adequada; será detalhada adiante.

a maioria, aquelas, não. Não se pode admitir que sejam consideradas autônomas apenas as pessoas tidas como racionais por critérios genéricos, isso impõe, largamente, tratamento diferenciado quanto ao exercício de direitos fundamentais.

Em tempo, ser capaz não implica em tomar decisões obrigatoriamente boas ou sábias. Segundo Feinberg, a pessoa capaz pode fazer “escolhas estúpidas”, possuir uma autogovernabilidade ruim, apresentar pouca *condição de fato* de ser autônoma, mas, mesmo assim, sua capacidade de se autodeterminar deve ser considerada¹²². De modo oposto, para o autor, “um ser genuinamente incompetente, abaixo do limiar, é incapaz de fazer até mesmo escolhas tolas, insensatas, imprudentes ou perversas. [...] Ser estúpido, não menos do que sábio, é prerrogativa exclusiva do competente no limiar”¹²³. Ao abaixo do limiar falta esse direito, que também decorre da autodeterminação.

É de ressaltar que não se pode avaliar externamente a qualidade da decisão, cabe apenas ao sujeito capaz de autonomia assim ponderar. Para que se considere uma escolha boa ou ruim, faz-se necessária uma avaliação moral a respeito da conduta, considerando aspectos externos (e geralmente hegemônicos) à pessoa autônoma. E por mais que, numa perspectiva social, externa ao sujeito, a escolha seja considerada ruim, importa mais, realmente, o que a pessoa escolhe e considera. Julgar externamente como ruim uma decisão autônoma, e tentar impedi-la por isso, equivale a não respeitar a capacidade de autonomia, e determinar que a pessoa aja por preceito heterônomo.

Quanto ao segundo sentido, Feinberg se refere à *condição* de fato de exercer autonomia. Uma pessoa com *capacidade* enquanto competência natural para exercer o *direito* de se autogovernar pode não ter *condição* de fato de assim proceder, o que ocorre com quem é submetido à escravidão, como exemplo do próprio autor. Essa pessoa fica aquém da autonomia, uma vez que não se autogoverna, independente de seus direitos e capacidades¹²⁴.

A condição de autonomia, de autogoverno, na perspectiva do autor, está intimamente ligada à sorte:

Se a sorte de uma pessoa é ruim, circunstâncias fora de seu controle podem destruir suas oportunidades. Eu não me governo se você me dominar pela força bruta e injustamente impor sua vontade à minha, ou se a doença me levar a um estupor febril,

¹²² FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. *Op. Cit.*, p. 30.

¹²³ *Ibid.* p. 30. No original, “A genuinely incompetent being, below the threshold, is incapable of making even foolish, unwise, reckless, or perverse choices. (...) Being stupid, no less than being wise, is the sole prerogative of the threshold-competent.”

¹²⁴ *Ibid.* p. 31.

delírio ou coma, ou se a pobreza me reduzir a uma abjeta dependência da assistência de outras pessoas¹²⁵.

Logo, o autor conclui que, além da capacidade de fato, certa quantidade de boa sorte é quesito necessário da autonomia¹²⁶. E para além das pessoas com boa ou má sorte, existem as medianas, em situações “normais”, para as quais as oportunidades estão mais ou menos igualmente disponíveis. Nessas condições, são autônomas as pessoas que aproveitam essas oportunidades ao máximo¹²⁷.

Discorda-se aqui da redução que o autor faz da vulnerabilidade e desigualdade social, bem como de atos de violência, a situações de boa ou má sorte. Acredita-se estarem elas intrínseca e sistematicamente relacionadas apenas aos profundos problemas sociais que assolam nossa sociedade capitalista desigual. Ainda que o autor considere como má sorte o fato de se nascer em situação de pobreza, mostra-se temerária essa afirmação. Acredita-se que a vulnerabilidade social até pode, em algum grau e em situações específicas, afetar a autonomia, retirando a condição do indivíduo de exercê-la inteiramente, mas não a inviabiliza natural e genericamente (o mesmo não ocorre com a violência, essa retira por completo a autonomia). Não se pode considerar abstratamente que toda pessoa em situação de pobreza - que o autor situa na má sorte - não apresenta condição para o exercício da autonomia¹²⁸.

Nessa perspectiva da *condição*, destaca o autor, a autonomia se refere ao exercício de fato de um conjunto de virtudes derivadas da autodeterminação. A verdadeira condição (enquanto oportunidade, viabilidade) de se autodeterminar livremente, perpassa necessariamente pelas seguintes aptidões: autodomínio, individualidade, autenticidade, autocriação, autolegislação, autenticidade moral, independência moral, integridade, autocontrole, autoconfiança, iniciativa e responsabilidade por si mesmo.

Passando rapidamente por cada uma delas, o autor entende por *autodomínio*, o fato da pessoa autônoma ser dona de si mesma, não pertencer a ninguém, tratando ela mesma sobre seus próprios assuntos¹²⁹. A *individualidade*, por sua vez, marca a característica de não ser a pessoa autônoma considerada apenas como reflexo de outra, ela tem sua própria identidade e

¹²⁵ *Ibid.* p. 31. No original, “If a person's luck is bad, circumstances beyond his control can destroy his opportunities. I do not govern myself if you overpower me by brute force and wrongfully impose your will on mine, or if illness throws me into a febrile stupor, delirium, or coma, or if poverty reduces me to abject dependence on the assistance of others.”

¹²⁶ *Ibid.* p. 31. No original, “So a certain amount of good luck, no less than capability, is a requisite condition of de facto autonomy.”

¹²⁷ *Ibid.* p. 31.

¹²⁸ E se aprofundará nesse debate no terceiro capítulo, tópico 3.1.1. “O argumento da exploração de mulheres como prática inerente à gestação de substituição onerosa”.

¹²⁹ FEINBERG, Joel. *Harm do self. Op. Cit.* p. 32.

deve ser reconhecida por tanto¹³⁰. A *autenticidade* garante que a pessoa autônoma não seja apenas porta-voz de terceira pessoa, mas, ao contrário, que ela mesma defina “seus gostos, opiniões, ideais, objetivos, valores e preferências”, “são todos autenticamente seus”¹³¹.

A *autocriação*, que se evidencia pelo nome, não pode ser interpretada literalmente como a capacidade de “se fazer a si mesmo” sem quaisquer ingerências externas. A pessoa já possui um “caráter rudimentar”, construído a partir do que recebe socialmente desde criança, e, apoiada nisso, “aprende a ser autêntica”, a se reinventar e formar seu próprio caráter autônomo. Como ressalta Gerald Dworkin, citado pelo próprio Feinberg, por mais que haja influência externa, a pessoa autônoma sempre mantém a possibilidade de julgar onde está e aonde quer chegar¹³². Esse ponto é relevante, já se destaca, vez que não se pode definir a autonomia como a completa ausência de influências externas na tomada de decisões, por ser isso absolutamente impossível no contexto social.

Já a *autolegislação* se refere à capacidade de criar as próprias leis, de agir da forma que bem entenda. A pessoa autônoma não deve se sujeitar à vontade de outra pessoa; pode fazer o que lhe dizem, mas não somente porque lhe disseram ou solicitaram (resguardando-se, claro, direitos de terceiros)¹³³. A *autenticidade moral* - entrelaçada à autolegislação, e ambas em profunda relação à teoria kantiana - é o atributo da pessoa autônoma que lhe afirma a capacidade de criar/possuir suas próprias convicções, crenças e princípios morais, sendo estes legitimamente seus, e não puramente herdados ou implantados por terceiros. “A pessoa moralmente autônoma, desde que esteja livre de coerção, mudará suas convicções apenas em resposta a argumentos”¹³⁴.

A *independência moral*, por seu turno, é definida pela capacidade de firmar compromissos morais, sem por isso perder a autonomia pessoal. A pessoa autônoma não se liga a outros para além do que pode oferecer¹³⁵. Ainda que alguns compromissos morais sejam impostos ao indivíduo socialmente (combate à fome, à miséria, cuidado com os pais na velhice), por si só, isso não é capaz de retirar a autonomia, como se fosse algo fragilmente atingível; até porque, mesmo esses compromissos morais sociais, devem ser aderidos, ou não, individualmente¹³⁶.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 32.

¹³¹ *Ibid.*, p. 32. No original, “Rather his tastes, opinions, ideals, goals, values, and preferences are all authentically his.”

¹³² *Ibid.*, p. 35.

¹³³ *Ibid.*, p. 35-36.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 36-39. “The morally autonomous person, provided she is free of coercion, will change her convictions only in response to argument”. *Ibid.* p.37.

¹³⁵ *Ibid.* p. 42.

¹³⁶ *Ibid.* p. 39-40.

A *integridade* é o que mantém a pessoa autônoma fiel a seus próprios princípios, os quais, por sua vez, são forjados em sua autonomia. É preciso, mais do que os definir, também observá-los. Na concepção do autor, a “integridade [...] pressupõe autenticidade moral, mas o oposto não é verdadeiro. Deve-se ter princípios morais próprios para agir em fidelidade a eles [...]”¹³⁷. O *autocontrole*, igualmente importante, se refere à capacidade da pessoa autônoma de se autogerir, de se controlar. Não se refere apenas a estar livre de influências externas, mas também de estar de posse de sua própria razão. Pode ocorrer, às vezes, de, mesmo sem haver influência externa, a pessoa não conseguir se autocontrolar, por motivos variados, relacionados tão somente a ela¹³⁸.

A *autoconfiança* (ou *autossuficiência*) garante à pessoa autônoma a independência perante outras pessoas, que não dependa de compromisso moral de terceiros, ao menos em algumas áreas de sua vida¹³⁹. Já a *iniciativa* é característica da pessoa autônoma que lhe permite pensar e elaborar seus próprios projetos de vida, suas atividades habituais - como trabalho, empreendimentos financeiros, *hobbys*, etc. -, fazendo com que não apenas espere sugestões de terceiros¹⁴⁰. E finalmente, a *responsabilidade por si mesmo* implica exatamente no ato de responsabilização pessoal pelo agir autônomo, pelas consequências advindas da escolha autônoma e voluntária¹⁴¹.

A condição de fato para a autonomia também pode se dar em diferentes graus, visto que algumas pessoas podem apresentar mais autocontrole que outras, mais autoconfiança, mais autenticidade, por exemplo. E isso é ponderado pela autonomia enquanto *ideal*, a qual é atribuída a despeito das construções sociais e falhas individuais inerentes ao ser humano.

Após deliberadamente construir uma concepção vaga e incerta de autonomia como *condição de fato*, visando à flexibilização de seus limites¹⁴², Feinberg passa a analisar a autonomia como *ideal*. Acentua que os seres humanos não são “ilhas isoladas”, vivem em coletividade, são animais sociais. Ninguém seleciona autonomamente sua própria genética ou educação inicial; não escolhe o “país, o idioma, a comunidade social e as tradições. Ninguém inventa novamente suas ferramentas, sua tecnologia, suas instituições e procedimentos públicos”, mas sim, assume um grupo já em funcionamento, toma parte de processos sociais já

¹³⁷ *Ibid.* p. 40. No original, “Integrity therefore presupposes moral authenticity, but the opposite is not true. One must have moral principles of one's own in order to act in fidelity to them (...)”

¹³⁸ *Ibid.* p. 40-42.

¹³⁹ *Ibid.* p. 42.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 42-43.

¹⁴¹ *Ibid.* p. 43-44.

¹⁴² *Ibid.*, p. 44. Nas palavras do autor: “As we have seen, our conception of autonomy as actual condition is sufficiently vague and uncertain to allow us considerable flexibility.”

em andamento¹⁴³. Esses processos deixam marcas perenes nos sujeitos, passam a fazer parte deles.

Ao salientar isso, o autor pretende demonstrar que a perspectiva de autonomia como ideal deve perpassar pelos processos sociais e levá-los em consideração, bem como pelas falhas morais do próprio indivíduo no exercício de suas virtudes. Não se deve reputar autônomo apenas aquele que exerça com excelência e sem falhas as virtudes da condição de fato de autonomia, anteriormente expostas, até porque impossível. O autor já destaca isso quando relata *a autocriação e a independência moral*: não é possível ao ser humano se criar e estabelecer seus princípios morais sem quaisquer influências externas, pois a sociedade lhe transpassa. O exercício de tais virtudes é afetado pelas contingências externas ao sujeito e pelas próprias falhas pessoais, e isso não lhe retira a autonomia, enquanto *ideal*¹⁴⁴. Nas palavras do autor: “o ideal da pessoa autônoma é o de um indivíduo autêntico cuja autodeterminação é tão completa quanto consistente com a exigência de que ele é, obviamente, um membro de uma comunidade”¹⁴⁵.

Assim, a autonomia não deve ser interpretada como a capacidade do ser humano de tomar suas próprias decisões, formar sua personalidade e decidir os rumos de sua própria vida inatingido pelas influências externas, mas, ao contrário, deve ser a capacidade de assim proceder em meio a essas influências, sabendo ponderá-las e se determinar autonomamente a despeito disso.

E, por fim, a autonomia como *direito* é trabalhada por Feinberg pela analogia entre esta e o conceito político de soberania. Para o autor, Estados soberanos tem pleno e irrestrito domínio sobre seu território e, por mais que constituam autonomia a entidades internas, ainda assim mantém sua soberania. Na concepção política, a autonomia diverge da soberania, já que esta é total e indivisa (irrestrita) e aquela parcial e limitada; os entes internos são limitados pelo Estado soberano, que os acopla, e este não deixa de governar quando delega autonomia àqueles¹⁴⁶.

¹⁴³ *Ibid.* p. 46.

¹⁴⁴ *Ibid.* p. 46-47. O autor enfatiza que, apesar de chamar de *ideal*, não se relaciona à perspectiva moral. As pessoas idealmente autônomas podem não agir de modo moralmente ideal. A pessoa autônoma pode ser extremamente egoísta, pode ser cruel, ter princípios morais ruins, afetar outras pessoas igualmente autônomas, mas continua de posse de sua autonomia ideal, apesar de seus preceitos morais não serem considerados (externamente, ressalta-se) moralmente “ideais” para o convívio social. *Ibid.* p.45.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 47. No original, “The ideal of the autonomous person is that of an authentic individual whose self-determination is as complete as is consistent with the requirement that he is, of course, a member of a community.”

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 47-48.

O autor ressalta que a expressão “pessoa soberana” deveria soar tão redundante quanto “Estado soberano”¹⁴⁷, uma vez que a autonomia pessoal deve ser interpretada como um *direito soberano* à autodeterminação, como o que exerce o Estado sobre seu território¹⁴⁸. Um direito soberano de determinar sua própria vida, de fazer as próprias escolhas livremente, quando autorreferentes.

A esse respeito, também refletindo sobre Feinberg, Siqueira observa que “afirmar a soberania sobre o território do próprio corpo implica dizer que apenas o indivíduo pode decidir o que fazer com ele”. Diante disso, no contexto médico, esse “domínio soberano sobre o próprio corpo [...] significa, do mesmo modo, que o consentimento é necessário e suficiente para a determinação da legitimidade de um tratamento”¹⁴⁹.

Ao fim, alcança-se, pois, a autonomia para Feinberg, cujo conceito é formulado a partir desses quatro significados. Para o próprio autor, o reconhecimento da autonomia prescinde da confirmação de todos eles, exceto da capacidade. Feinberg defende ser essencial atingir um grau mínimo de capacidade necessário à competência de se autodeterminar, de ter direito soberano sobre seu corpo, mas não determina esse próprio limite, o que definiria esse grau mínimo.

Em suma, para Feinberg a autonomia é um direito soberano à autodeterminação; a pessoa deve possuir capacidade e condições de fato de exercê-la, mas não se pode olvidar das intercorrências sociais que afetam e modificam naturalmente o ser humano, sem necessariamente excluí-la.

Gerald Dworkin também dedicou tempo a pensar uma teoria da autonomia. O autor critica ser o conceito definido por estudiosos de forma extremamente ampla, e geralmente posta como equivalente a outros conteúdos, como liberdade, dignidade, integridade, individualidade, autoconhecimento; é comumente identificada como autoafirmação. Para Dworkin, o único consenso entre os diversos autores que a ela se dedicam é que a autonomia é uma característica das pessoas e uma qualidade desejável¹⁵⁰.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 50. No original, “(...) one way of looking at individuals is to regard them, in a parallel way, as just naturally persons, so that the phrase ‘sovereign person’ would also be a redundancy.”

¹⁴⁸ Aliás, conclui que a pessoa é mais soberana sobre seu corpo do que o próprio Estado sobre seu território, posto que, caso queira remover/desfazer de suas partes integrantes, seus órgãos e membros, não há quem externamente as proteja, por não terem eles direitos próprios, pertencem à autonomia de seu soberano. Já o Estado, se quiser remover, desfazer de suas partes (por morte, extermínio, por exemplo), tendo as entidades estatais internas vidas e direitos próprios, mostra-se legítimo e desejável que entes externos ao Estado, também soberanos, intervenham em seu meio. *Ibid.* p. 50-51.

¹⁴⁹ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 62.

¹⁵⁰ DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge Studies in Philosophy, 1988, p. 6.

O autor enfatiza a necessidade de se conceituá-la. Começa o feito destacando a diferença existente entre autonomia e liberdade e a importância de não as colocar como sinônimas nesses estudos. Considera, grosso modo, liberdade como a “habilidade de uma pessoa de fazer o que ela quer, de ter (significativas) opções não limitadas ou tornadas menos elegíveis por ações de outros agentes”¹⁵¹; e a autonomia, nesse momento inicial, como um poder de autodeterminação¹⁵².

Opõe ambas analisando as formas pelas quais são limitadas, quando afirma que a “autodeterminação pode ser limitada de outras maneiras que não sejam interferências na liberdade”¹⁵³. Quando se limita a liberdade, tipicamente restringida por meio de força e coação, se limita também a autonomia. Mas a recíproca não é verdadeira, uma vez que existem outras formas de se restringir a autonomia que não necessariamente restringem a liberdade, como por meio de engano, farsa¹⁵⁴.

Explica sua concepção mencionando, primeiramente, uma limitação por meio da coação. Uma Testemunha de Jeová coagida pela equipe médica a receber transfusão de sangue para salvar sua vida, após ter se negado, terá tanto sua autonomia, quanto sua liberdade religiosa diretamente atingidas e desrespeitadas. Contudo, se a exclusão da autonomia for por meio de engano, esse não necessariamente excluirá também a liberdade. Usando o exemplo de Locke, Dworkin destaca o caso de uma pessoa que é colocada em uma cela e convencida de que todas as portas se encontram trancadas, quando uma está aberta. Ela tem liberdade para sair, mas sua autonomia resta prejudicada por uma falsa e enganosa informação, que limita a possibilidade de autodeterminação do sujeito¹⁵⁵.

A coação, a força e o engano, pois, afetam o caráter voluntário das ações do agente, independente de excluir ou não a liberdade. Em ambos os exemplos, o autor ressalta que a pessoa se verá como instrumento da vontade de terceiros. Não obstante, “nem toda interferência no caráter voluntário da ação interfere na capacidade da pessoa de escolher seu modo de vida”¹⁵⁶, ou seja, nem toda interferência na vontade do sujeito afetará também sua autonomia.

Os atos voluntários são desejos de primeira ordem (e geralmente associados à ideia de agir autônomo), mas ainda é necessário atentar aos de segunda ordem, referentes à capacidade

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 14. No original: “Suppose we think of liberty as being, roughly, the ability of a person to do what she wants, to have (significant) options that are not closed or made less eligible by the actions of other agents”.

¹⁵² *Ibid.* p. 14. No original, “[...] autonomy (thought of, for the moment, as a power of self-determination)”.

¹⁵³ *Ibid.* p. 14.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 14.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 14. No original, “[...] not every interference with the voluntary character of one's action interferes with a person's ability to choose his mode of life.”

de se refletir criticamente e, após, promover ou limitar os desejos de primeira ordem. Nas palavras do autor: “Considerar apenas a promoção ou o impedimento dos desejos de primeira ordem [...] é ignorar uma característica crucial das pessoas, sua habilidade de refletir e adotar atitudes em relação a seus desejos de primeira ordem, anseios, intenções”¹⁵⁷.

Quer dizer, para Dworkin, é característica da autonomia a habilidade de ponderar e refletir sobre suas motivações, sobre seus desejos, não apenas ter essas motivações e desejos “por si mesmo”. Nessa perspectiva, uma pessoa reconhece as influências que a motivam, pode se identificar com elas e assimilá-las a si mesma; ou pode, ao reconhecê-las, não gostar e preferir ser motivado de modo diverso¹⁵⁸. Em seus exemplos menciona a pessoa que, para além de querer fumar, quer também não ter mais o desejo de fumar; uma pessoa que age motivada por ciúmes ou raiva, e deseja não mais agir assim¹⁵⁹.

Desse modo, conclui que a “autonomia deve ter alguma relação com a capacidade dos indivíduos, não apenas para examinar criticamente suas motivações de primeira ordem, mas também para alterá-las, se assim o desejarem”¹⁶⁰. Inclusive, essa alteração pode se dar por meio de limitação da própria liberdade, e isso não significa que a atuação do sujeito será menos autônoma, como apresentado inicialmente. O autor ressalta que, normalmente, as pessoas querem agir livremente e, portanto, interferir em sua liberdade afetaria também sua autonomia. Mas há quem queira ser limitado, ter sua liberdade restringida por maneiras diversas¹⁶¹, ou mesmo ser enganado¹⁶², e, na perspectiva do autor, isso não tornaria essa pessoa menos autônoma, quando capaz de refletir sobre seus desejos em segunda ordem¹⁶³.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 15. No original, “To consider only the promotion or hindrance of first-order desires - which is what we focus upon in considering the voluntariness of action - is to ignore a crucial feature of persons, their ability to reflect upon and adopt attitudes toward their first-order desires, wishes, intentions.”

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 15. O autor ressalta sua mudança de perspectiva sobre o conteúdo: “In an earlier essay I suggested that it was a necessary condition for being autonomous that a person's second-order identifications be congruent with his first-order motivations. This condition, which I called “authenticity,” was to be necessary but not sufficient for being autonomous. I now believe that this is mistaken. It is not the identification or lack of identification that is crucial to being autonomous, but the capacity to raise the question of whether I will identify with or reject the reasons for which I now act.”

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 16. No original, “Autonomy should have some relationship to the ability of individuals, not only to scrutinize critically their first-order motivations but also to change them if they so desire.”

¹⁶¹ Como quem escolhe livremente ir para mosteiro, convento, exército, ou mesmo escolhe formas coercitivas, como se amarrar para não agir de determinada forma, ou se submeter a práticas de BDSM (somasoquismo).

¹⁶² O autor cita o contraste entre dois pacientes, em que um é enganado por seu médico contra sua vontade quanto ao diagnóstico, afetando sua autodeterminação, e outro que solicita ao médico que minta para ele se um câncer for diagnosticado. DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. *Op. Cit.*, p. 19.

¹⁶³ Como alegoria, o autor apresenta uma passagem história da obra literária *Odisseia*, de Homero, quando Ulisses pede aos marinheiros que o acompanham que, após taparem seus próprios ouvidos, amarrem-no aos mastros do navio, e de modo algum o liberte, independente do que disser, para que, ouvindo os cantos das sereias, não se lance ao mar, seguindo o que, à ocasião, será de seu desejo. *Ibid.*, p. 14-15.

Acredita-se que essa habilidade de analisar criticamente os próprios desejos e influências externas que eventualmente incidam nas escolhas individuais é complementar e forçosa à construção de Feinberg sobre autonomia como condição de fato e como ideal. Isso porque, como já exposto, as virtudes desenvolvidas pela pessoa autônoma são implementadas em maior ou menor grau, e, por vezes, pode nem haver, de fato, condição de ser autônomo, apesar da capacidade e do direito de se ser.

A autenticidade moral, a individualidade, o autocontrole, e as demais virtudes da autonomia dificilmente serão absolutas e originadas do (e no) próprio indivíduo autônomo, ocorrendo, muitas vezes, vontades e escolhas orientadas pelo contexto social em que se vive. O contexto familiar, religioso, financeiro, social, tudo isso impacta direta e inevitavelmente nas decisões e vida pessoal, e não pode ser interpretado como “ausência de autonomia”.

Deve-se perceber autonomia mesmo em meio a tudo isso. Ela não está vinculada exclusivamente à voluntariedade de uma decisão ou ação. A pessoa autônoma deve ser capaz de analisar e refletir criticamente (habilidade de segunda ordem) sobre suas preferências, desejos, vontades (de primeira ordem), e sobre os fatores externos que lhe tocam e ajudam a moldar tais desejos de primeira ordem. E deve ainda ser capaz de aceitá-los ou tentar alterá-los, caso assim entenda, isso configuraria a autonomia para o autor. “Ao exercer essa capacidade, as pessoas definem sua natureza, dão significado e coerência às suas vidas e assumem a responsabilidade pelo tipo de pessoas que são”¹⁶⁴.

Beauchamp e Childress apresentam uma crítica interessante sobre a teoria de Dworkin. Segundo os autores, a aceitação ou o repúdio dos desejos de primeira ordem, o que seria feito pelo de segunda ordem, podem ter como motivo um desejo apenas mais forte, e não algo mais racional ou autônomo. “Os desejos de segunda ordem podem ser ocasionados pelo poder dos desejos de primeira ordem ou pela influência de uma condição tal como o alcoolismo, que é contrária à autonomia [...]” A pessoa que adquire o hábito do consumo de álcool pode criar um desejo preponderante de continuar consumindo, o qual justificará o desejo de primeira ordem, e, para os autores, desqualificará a autonomia¹⁶⁵. Ademais, considerando o que criticam, seria, então, necessário haver uma terceira ordem de análise para identificar-se com, ou corrigir ou

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 20. No original, “(...) autonomy is conceived of as a second-order capacity of persons to reflect critically upon their first-order preferences, desires, wishes, and so forth and the capacity to accept or attempt to change these in light of higher-order preferences and values. By exercising such a capacity, persons define their nature, give meaning and coherence to their lives, and take responsibility for the kind of person they are”.

¹⁶⁵ BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2013, p. 139.

refutar os desejos de segunda ordem, a respeito dos de primeira ordem, “gerando assim uma regressão infinita de desejos, nunca se alcançando a autonomia”¹⁶⁶.

Por isso, os autores afirmam que a teoria necessitaria diferenciar as influências e os desejos que retiram a autonomia dos que são com ela congruentes. Necessário também acrescentar uma condição: “uma forma de permitir que as pessoas comuns tenham sua autonomia respeitada mesmo quando não refletirem sobre suas preferências num nível mais elevado”¹⁶⁷.

Assim como a conceituação de autonomia de Dworkin necessita de complementação, concordando-se com a crítica acima exposta, também a de Feinberg se acredita necessitar. Por isso, importante continuar observando construções conceituais, passando-se à crítica levantada por grandes expoentes feministas que se dedicam a refletir sobre os impactos que a desigualdade de gênero pode exercer na autonomia da mulher em uma sociedade desigual.

2.2.2. *Autonomia da mulher por uma perspectiva crítica feminista*

É muito importante trazer um debate feminista especificamente sobre a desigualdade de gênero e como ela pode impactar na autonomia das mulheres, dentro do liberalismo igualitário contemporâneo¹⁶⁸.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 139.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 140.

¹⁶⁸ Principais expoentes clássicas do ponto de vista aqui trazido: BARCLAY, Linda. *Autonomy and the social self*. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie (org.). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 52-71. BARTKY, Sandra Lee. *Femininity and domination*. Studies in phenomenology of oppression. Epub. New York: Routledge, 2011 (1990). BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Volumes 1 e 2. Lisboa: Bertrand, 2008 (1949). BIROLI, Flávia. Autonomia, preferências e assimetria de recursos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 31, n° 90, fev. 2016, p. 39-57. BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n° 9, Brasília, set - dez 2012, pp. 7-38. FRIEDMAN, Marilyn. *Autonomy, gender, politics*. New York: Oxford University Press, 2003. FRIEDMAN, Marilyn. *Autonomy, Social Disruption, and Women*. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie (org.). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 35-51. LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*. História da opressão das mulheres pelos homens. Trad. Luiza Sellera. São Paulo: Editora Cultrix, 2019 (1986). MACKINNON, Catherine A.. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie. (Org.). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000. NUSSBAUM, Martha C.. *Woman and human development: the capabilities approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020 (1988). OKIN, Susan Moller. *Justice, gender, and the family*. New York: Basic Books, 1989. YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990. Há também obra de Pierre Bourdieu, não na perspectiva feminista, mas igualmente importante sobre o tema: BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2ª ed. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2002.

Uma das principais preocupações quando se trata de ideal político-social de autonomia, como destaca Flávia Biroli e se pode observar da leitura até então, é ajustar a liberdade individual e o controle social; isso para que a ação de um ou mais indivíduos não afete a forma como outros escolhem viver suas vidas. A consideração e o respeito igualitário aos indivíduos é o que dá corpo à liberdade individual, e ela deve ser exercida de modo que os interesses e vantagens pessoais não afetem a integridade dos demais¹⁶⁹.

No debate contemporâneo, compreensões de autonomia, liberdade individual e igualdade se fundam no ideal “de que os indivíduos são igualmente capazes de definir suas preferências e fazer escolhas sobre como viver suas vidas”¹⁷⁰. Do mesmo modo, ao debate, é essencial a diferenciação entre uma vida controlada interna ou externamente, e esse é o ponto em que a crítica feminista complexifica. Não se pode reduzir o debate tão somente a essa dicotomia, quando “padrões de socialização e relações hierárquicas de poder podem constituir impedimentos à autonomia dos indivíduos, na medida em que naturalizam posições desvantajosas e as práticas de identidades que as mantêm”¹⁷¹.

Marilyn Friedman, em 2003, afirmou que o conceito de autonomia fora cunhado e é expresso em uma concepção estereotipadamente masculina. Os traços que seriam comumente associados à figura autônoma são identificados socialmente como características masculinas - como a postura racional, independência, liberdade e franqueza -, enquanto à mulher atribuiriam a imagem de ser mais sensível, emocional, que teria maior interatividade social, contrário ao que se espera de pessoa autônoma. Além disso, a autora afirma que os homens seriam criados pelos pais e pela sociedade de forma a serem mais autônomos e livres, enquanto o mesmo não ocorreria com mulheres. Também destaca que, frequentemente, filósofos da autonomia apresentam uma concepção de *self-made man* como se fosse forjado sem qualquer interação ou influência social, quando a socialização seria crucial à formação do ser autônomo¹⁷². Tudo isso, para Friedman, impacta diretamente na autonomia da mulher¹⁷³.

¹⁶⁹ BIROLI, Flávia. Autonomia, preferências e assimetria de recursos. *Op. Cit.*, p. 41-42.

¹⁷⁰ BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Op. Cit.*, p. 12.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷² FRIEDMAN, Marilyn. *Autonomy, gender, politics*. *Op. Cit.*, p. 101-102. FRIEDMAN, Marilyn. *Autonomy, Social Disruption, and Women*. *Op. Cit.*, p. 38-39. Em suas palavras: “By neglecting to mention the role of socialization in the development of mature autonomy competency, accounts of autonomy ignore one crucial way in which autonomous persons are ultimately dependent persons, after all, and in particular, dependent on women’s nurturing. This philosophical omission does nothing to undermine the conceited cultural illusion of the “self-made man” as a paradigm of autonomy.”

¹⁷³ Para a autora, em consonância com o conceito que se alcança até aqui, autonomia envolve o ato de refletir sobre os desejos, os valores e os compromissos mais profundos; envolve reafirmá-los, comportar-se e viver de acordo com eles, mesmo em face da eventual resistência de outros. FRIEDMAN, Marilyn. *Autonomy, gender, politics*. *Op. Cit.*, p. 99. FRIEDMAN, Marilyn. *Autonomy, Social Disruption, and Women*. *Op. Cit.*, p. 36.

A crítica aponta que o gênero seria um fator preponderante na tomada de decisão autônoma, e até mesmo no *ser* autônomo. O contexto social hegemônico, heteronormativo, que ainda hoje subalterniza mulheres, pessoas negras e LGBTQIA+¹⁷⁴, apresenta relações de poder, hierarquias e padrões sociais diversificados, o que contribuiria para uma sobreposição dos interesses do homem branco e heterossexual sobre as demais pessoas¹⁷⁵.

Essa hierarquia de gêneros produz preferências e identidades na sociedade que reafirmariam a posição de subordinação, opressão e vulnerabilidade das mulheres¹⁷⁶. Assim, o fato de ser uma decisão livre de controle externo ou coação expressa não implicaria em ser essa decisão inteiramente autônoma, pois ainda deveriam ser consideradas as relações de poder e assimetrias envolvidas¹⁷⁷. Ainda poderia haver, na construção individual da pessoa, preferências e identidades condicionadas por fatores socioculturais e pelas expectativas alheias (como obediência e aceitação).

Marina Oshana afirma que, para serem consideradas verdadeiramente autônomas, as pessoas não deveriam apenas estar livres de influências e controles externos; mais do que isso, suas “escolhas deve[riam] estar socialmente, politicamente e economicamente a seu alcance”¹⁷⁸.

Essa perspectiva é passível de importantes e sérias críticas, das quais aqui se comunga. Atribuir demasiada força aos processos de socialização e opressão pode afetar a própria autonomia, na medida em que se passa a não mais reconhecer qualquer ação como livres dessas interferências, compreendendo indivíduos como incapazes de autodeterminação. Nessa linha, não haveria ação livre, pois as mulheres estão, de fato, inseridas em uma sociedade patriarcal machista que, por meio de seus processos de normalização, inserem valores opressores em suas formações pessoais.

Atribuir à autonomia os requisitos conceituados por Oshana é transformá-la em um conceito tão banal quanto inalcançável. Não só às mulheres, mas a nenhuma pessoa que conviva em qualquer sociedade atualmente será possível minimamente atingir a autonomia, nesses

¹⁷⁴ Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis, queer, intersexuais, assexuais e mais.

¹⁷⁵ Os debates feministas acerca da sociedade patriarcal e suas intercorrências, especialmente na autonomia, são muito interessantes e importantes, contudo, aqui não há espaço para maiores aprofundamentos. Para tanto, indique-se as leituras das obras indicadas de Flávia Biroli, bem como das obras clássicas feministas apontadas na nota 168.

¹⁷⁶ Cf., por tantas outras: BIROLI, Flávia. *Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. Op. Cit.*. LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*. História da opressão das mulheres pelos homens. *Op. Cit.* MACKINNON, Catherine A.. *Toward a feminist theory of the State. Op. Cit.*

¹⁷⁷ BIROLI, Flávia. *Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. Op. Cit.*, p. 16.

¹⁷⁸ OSHANA, Marina. How much should we value autonomy? In: PAUL, Ellen Frankel; PAUL, Jeffrey; MILLER JR., Fred. D. (org.). *Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 104.

termos. Principalmente se considerarmos a sociedade capitalista: todos os cidadãos são subordinados ao capital, em maior ou menor grau. Até mesmo “desobedientes civis” e pessoas que escolhem fugir do convívio social têm sua decisão influenciada pelo capitalismo. Na sociedade tal qual hoje se concebe, à quase totalidade das pessoas não será possível atingir autonomia nesses termos, já que sempre haverá algo que não lhe estará social, econômica e/ou politicamente disponível.

Não se negligencia que, de fato, os valores hegemônicos de uma sociedade exercem influência na formação pessoal do *agir e ser* autônomo dos seus integrantes, de alguma maneira. Contudo, é extremamente perigoso considerá-los de tal modo limitante e incapacitante, pois retira do ser humano qualquer possibilidade de autonomia e agir autônomo. Ela deve ser interpretada de modo a conviver com as influências morais e/ou sociais que podem incidir sobre a formação individual¹⁷⁹. Deve se referir exatamente à capacidade de se autodeterminar e fazer valer sua vontade diante dos fatores externos que atravessam a pessoa, a despeito deles.

Flávia Siqueira, no mesmo sentido, ao dispor sobre autenticidade moral enquanto condição da autonomia, afirma que “a pessoa moralmente autônoma possui, de fato, princípios morais que são verdadeiramente seus; não obstante, o fato de serem seus não quer dizer que a sua simples vontade é a fonte ou a base única de seus próprios princípios”¹⁸⁰.

Regras sociais, posturas religiosas e mesmo aprendizados morais considerados inadequados (como os aqui denunciados pelas autoras) atravessam a pessoa socializada a todo momento, e faz parte do agir autônomo escolher aceitá-los ou não. Não obstante, dizer em aceitar ou não tais incidências opressoras pode parecer simplista, uma vez que não são elas tão evidentes quanto se gostaria.

Natalie Stoljar destaca que abordagens “procedimentais” da autonomia, que foquem no modo como são tomadas as decisões, e não em seu conteúdo, acabariam por não refletir adequadamente as adversidades sociais que podem influenciar as preferências e escolhas autônomas das mulheres. Isso porque seriam neutras quanto ao conteúdo das escolhas e preferências das pessoas; os procedimentos para a definição das condutas e das preferências que evidenciariam a presença real de autonomia e em que medida. Essas abordagens recebem críticas feministas por não considerarem a forma como podem incidir os mecanismos de dominação e de opressão nas sociedades contemporâneas¹⁸¹.

¹⁷⁹ FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁸⁰ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. *Op. Cit.*, p. 61

¹⁸¹ STOLJAR, Natalie. *Autonomy and the feminist intuition*. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie (org.). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 94-111, p. 100.

Em contrapartida, abordagens “substantivas” da autonomia se mostrariam mais adequadas, segundo a autora, pois analisam o que chama de “competência normativa” para autonomia, mirando o conteúdo das escolhas feitas pelas pessoas. Segundo Stoljar, a autonomia necessitaria da capacidade de analisar criticamente os cursos e origens das ações ditas autônomas, mormente as normas sociais que as originam¹⁸². “[A] internalização efetiva de normas falsas ou irrelevantes, juntamente com o fato de que tais normas são falsas ou irrelevantes, diminui ou extingue a capacidade de autonomia dos agentes em relação às decisões regidas por essas normas [sociais]”¹⁸³. Nesse caso, restaria prejudicada a autonomia diante da ausência de competência normativa para avaliar criticamente as normas que orientam suas ações e escolhas.

Tal entendimento é semelhante à conclusão de G. Dworkin em seus estudos sobre autonomia, quando afirma a necessidade de ponderações de segunda ordem, sobre os desejos de primeira ordem¹⁸⁴. Quer dizer, para que uma ação seja considerada efetivamente autônoma, deveria ser observada a capacidade de analisar os motivos de suas escolhas e desejos, e aceitá-los ou modificá-los, conforme bem entenda.

Stoljar exemplifica sua perspectiva com a figura da mulher que aceita a norma/regra social de que a gravidez e a maternidade aumentariam seu valor enquanto mulher, que seria uma expressão natural da feminilidade, ou que uma gravidez deveria levar a um compromisso matrimonial, como algo naturalmente bom. Também com a mulher que acredita que mulheres não teriam potência sexual ativa, desejo sexual. Tudo isso parte de premissas falsas, ela aceita algo falso e, por internalização dessa norma, não teria a capacidade de percebê-la como tal, faltando-lhe, pois, autonomia¹⁸⁵.

Quando a ênfase é posta não mais no modo como são tomadas as decisões, mas no seu conteúdo, passa a ser mais fácil destacar a internalização dessas falsas normas e valores que são inseridos no imaginário coletivo e que influenciariam a identidade e o agir autônomo da mulher. Para a autora e para os que defendem essas abordagens substantivas, mulheres com “competência normativa” seriam as únicas capazes de autonomia.

Acreditam que, mantendo o foco na internalização da opressão, diversas escolhas consideradas autônomas serão problematizadas e “ficarão de fora do que é definido como

¹⁸² *Ibid.*, p. 107-108

¹⁸³ “(...) the effective internalization of false or irrelevant norms together with the fact that such norms are false or irrelevant diminish or extinguish agents' capacities for autonomy with respect to decisions governed by the norms.” *Ibid.*, p. 108.

¹⁸⁴ DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 109.

preferência e agência autônoma”¹⁸⁶, como a aceitação de papéis tradicionalmente considerados femininos¹⁸⁷ e de padrões estéticos¹⁸⁸ e a concordância com relações afetivas violentas¹⁸⁹.

É de se considerar, no entanto, que a mulher capaz de autonomia que proceda a análises de segunda ordem sobre suas vontades, que tenha capacidade de observar criticamente os motivos de sua escolha, caso opte de modo a corroborar com o que é considerado opressivo pela crítica feminista, essa decisão deve, mesmo assim, ser respeitada e implementada.

Não se deve impedir uma pessoa autônoma de livremente deliberar e decidir os rumos de sua própria vida, mesmo quando tais rumos tendam a corroborar com um padrão socialmente imposto a partir de falsas premissas definidas por uma sociedade patriarcal. Caso contrário, esse discurso, que também é heteronômico, afetará, ele mesmo, a autonomia daquela mulher que opta, sob o pretexto de protegê-la.

Discorda-se da concepção que considera que escolhas autônomas individuais, referentes apenas ao próprio corpo, devem ser operacionalizadas em favor de um bem coletivo, de modo a proibir escolhas autônomas que corroborem com acepções impostas por uma sociedade machista¹⁹⁰. Por exemplo, há vertente feminista contra diversas formas de se utilizar o corpo em contextos sexuais, como a prostituição ou pornografia. Afirmam que tais profissões ratificariam a concepção geral do patriarcado de acesso fácil e ilimitado ao corpo feminino, de objetificação de seus corpos, e, com isso, posicionam-se contrariamente a tais atividades e, em situações extremas, até a favor de sua criminalização. Argumentam que a mulher que opta por utilizar seu corpo dessa forma seria vítima de uma sociedade patriarcal opressora, e que não perceberia a influência que sofreu na formação de suas preferências. Em suma, torna essa

¹⁸⁶ BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Op. Cit.*, p. 21.

¹⁸⁷ Cf., por todas: MACKENZIE, Catriona. *Imagining oneself otherwise*. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie. (Org). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 124-150; PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. *Op. Cit.*

¹⁸⁸ Tema que é debatido integralmente em: WOLF, Naomi. *O mito da beleza*. Como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Trad. Waldéa Barcellos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020 (1991).

¹⁸⁹ Cf., por todas: BARTKY, Sandra Lee. *Femininity and domination*. Studies in phenomenology of oppression. *Op. Cit.*; MACKINNON, Catherine. A. *Toward a feminist theory of the State*. *Op. Cit.*; MACKINNON, Catherine. *Feminismo Inmodificado*. Discursos sobre la vida y el derecho. Trad. Teresa Arijón. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (1987). NUSSBAUM, Martha C. *Woman and human development: the capabilities approach*. *Op. Cit.*;

¹⁹⁰ Como a mulher que livremente escolhe ser mãe, parar de trabalhar para educar os filhos, ser dona de casa, seguir padrões estéticos estereotipados, ou a que escolhe se prostituir. Essas escolhas são naturalmente vistas pelas feministas que se filiam ao feminismo radical como decorrentes de uma influência externa da sociedade patriarcal que é naturalizada e aceita pelas mulheres. São desconsideradas como livre escolha da mulher, a qual, seguindo essa “orientação”, é normalmente taxada de incapaz, por supostamente não perceber a influência externa que teria sofrido, como se fosse impossível alguém fazer tais escolhas voluntariamente.

mulher incapaz, não hábil a fazer uma “escolha racional”, que seria a que o movimento considera mais adequada – claramente uma forma de heteronomia¹⁹¹.

Diante disso, ignoram a vontade de diversas mulheres que escolhem, livres de coerção ou engano, exercer tais atividades como profissionais, independentemente de terem elas refletido ou não sobre a decisão, e até sobre os motivos (supostamente opressores, inclusive) que as fizeram escolher de tais formas.

Sherry Ortner, importante antropóloga americana, apresenta contribuições relevantes que se pode trazer ao debate, ao discorrer sobre capacidade de agência de sujeitos em sociedades desiguais¹⁹². Parte da certeza de que a cultura, de forma ampla, constrói as pessoas como tipos particulares de agentes sociais, e que suas vivências, em contrapartida, reproduzem e/ou transformam a cultura que as fez (denominada teoria da prática)¹⁹³. Define *agência* como intencionalidade (que pode ser entendido como agir intencional), e pela ação de “perseguir os projetos próprios”, mesmo que culturalmente definidos. Afirmar que agência é sempre cultural e historicamente construída¹⁹⁴ e “tem a ver com poder, com o fato de agir no contexto de relações de desigualdade, de assimetria e de forças sociais”¹⁹⁵, sendo forma de resistência à dominação, e não só de opressão. Para ela, “o poder, em si, é faca de dois gumes, operando de cima para baixo como dominação, e de baixo para cima como resistência”¹⁹⁶.

Em suma, capacidade de agência, para a autora, é exatamente a possibilidade de conduzir-se, de ser, de perseguir os próprios projetos dentro de uma sociedade, independente da forma como ela molda a si mesma e aos que a integram. Isso tudo importa para se entender a mulher enquanto agente na mesma sociedade opressora informada pela vertente trazida acima, enquanto capaz de resistir, ser e agir autonomamente, independente das interferências e construções sociais que lhe afetem.

Perspectiva mais acertada, a qual abrange a postura aqui adotada - ao lado do que defendem as autoras Stoljar, Biroli e Ortner - parece ser a que considera a autonomia como gradual, que observa sua existência em diferentes graus, e não pressupõem unicamente sua presença ou ausência, “uma vez que a autonomia é exercida sempre em meio a

¹⁹¹ Para maiores aprofundamentos nesses temas, cf. MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição: legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. DÍAZ-BENÍTEZ María Elvira. *Nas Redes do Sexo. Os Bastidores do Pornô Brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

¹⁹² ORTNER, Sherry B. Poder e projetos: reflexões sobre a agência. Trad. Sieni Campos. In: GROSSI, Mirian Pillar; ECKERT, Cornelia; FRY, Peter Henry. *Conferências e práticas antropológicas*. Reunião Brasileira de Antropologia – Goiânia, 2006. Blumenau: Nova Letra, 2007.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 54.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 58.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 58.

constrangimentos”, que é uma autodeterminação imperfeita¹⁹⁷. Parte de uma abordagem procedimental, mas reconhece a necessidade de mobilizar formas de distinguir escolhas voluntárias das interferências opressoras na formação dos valores individuais, apresentando um meio termo entre as formas anteriores.

Pouco provável que se consiga distinguir facilmente essas motivações e separá-las. Aqui se defende ser suficiente para que seja reconhecida a capacidade da mulher de agir, de escolher autonomamente, que ela tenha entendimento, aja intencionalmente e sem controle externo; que tenha condição de fato de exercer as virtudes da autonomia, enquanto direito soberano, mesmo que em menor grau; e que tenha capacidade de racionalizar criticamente sobre o que lhe move a fazer determinada escolha, a agir de determinada forma.

Infelizmente, a desigualdade social, de gênero e racial ainda é uma realidade, e não se pode aceitar que pessoas que já são por ela prejudicadas ainda sejam consideradas como não autônomas, por mais que suas liberdades de ação e escolha sejam limitadas por fatores socioeconômicos. Não será por meio disso que se combaterá a desigualdade.

É necessário garantir a possibilidade máxima de escolha autônoma e informada às mulheres, independentemente do contexto social em que estejam inseridas, quanto a atos e decisões que impactem diretamente sua concepção de vida boa. Escolhas como o que fazer com seu próprio corpo, por exemplo, para mulheres, são mais atravessadas por construções sociais moralistas e opressoras do que para homens, evidentemente. Mas não basta isso para que a mulher seja considerada incapaz de autonomia, enquanto, sobre o mesmo assunto, o homem naturalmente seria considerado capaz.

O respeito à autonomia não se dá pela completa ausência de influência externa, porque impossível. Mas sim pela garantia de que a escolha seja livre de controle externo e pela obrigatoriedade de informação, dando condições para que a decisão seja lúcida, refletida, informada e tão livre quanto possível, convivendo-se em uma sociedade desigual. Afinal, ninguém mais hábil que a própria mulher capaz de agir autonomamente para definir os rumos de sua própria vida, devendo o Estado assegurar que sua escolha seja autônoma e segura, tanto quanto lhe seja possível.

¹⁹⁷ BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Op. Cit.*, p. 21.

2.2.3. A escolha autônoma: contribuições de Beauchamp e Childress

Foram apresentados até agora conceitos de autonomia partindo da perspectiva da pessoa autônoma, aquela capaz de tomar as próprias decisões e deliberar sobre sua própria vida, de definir seus critérios de dignidade humana. Ainda caminhando no mesmo sentido, muda-se, então, o enfoque, visando determinar não a pessoa estaticamente autônoma, mas aquela contingencialmente capaz de agir de modo autônomo, o que se acredita ser crucial para traçar um entendimento da autonomia de modo mais democrático.

Beauchamp e Childress, expoentes consagrados da bioética e ética médica, traçam um conceito especificamente voltado para a “tomada de decisão no cuidado da saúde”¹⁹⁸. Esse conceito será relevante para essa pesquisa, considerando ser a gestação de substituição um procedimento médico, envolver aspectos deontológicos da medicina, além da premissa básica da tese ser autonomia da mulher, a capacidade de se autodeterminar e o seu direito ao próprio corpo. Será essencial para determinar a escolha autônoma da gestante que consente com a prática da gestação de substituição onerosa, trazendo importantes contribuições para sua efetivação.

Os autores destacam a importância de se entender a autonomia como algo alcançável, não uma noção utópica de difícil constatação. Para eles, nenhuma teoria que apresente um ideal fora do alcance de agentes normais é aceitável. Visam a um conteúdo prático, a ser observado no “contexto particular, não uma teoria geral do que constitua um grau de autonomia substancial”¹⁹⁹.

Para tanto, o interesse principal, como mencionado, é entender a *escolha, a ação autônoma*, devido ao foco de seus estudos estar no ato de decisão das pessoas. Ao contrário de teorias que focam na pessoa autônoma, o que acreditam não ter sentido prático, procuram analisar o ato de governar efetivamente, a capacidade para exercer uma escolha autônoma²⁰⁰. Para os autores, “mesmo pessoas autônomas com capacidade de autogoverno falham em governar a si mesmas em suas escolhas em razão de restrições temporárias impostas pela doença ou pela depressão, pela ignorância, pela coerção ou por condições que restringem as opções”²⁰¹.

Logo, para esses autores, não importa se a pessoa é autônoma ou não, mas sim se ela é/foi capaz de agir autonomamente em determinada situação específica, para determinado ato.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 137.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 140-141.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 138. E essa mesma perspectiva é defendida por Beauchamp e pela autora Ruth Faden em: BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A History and Theory of Informed Consent*. *Op. Cit.* p. 7 e ss..

²⁰¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. *Op. Cit.*, p. 138.

A tese dos autores considera autônoma a ação de agentes quando atuam: i) intencionalmente, ii) com entendimento e iii) sem interferências controladoras que determinem a ação²⁰². A mesma teoria é também defendida por Ruth Faden, em obra em coautoria também com Beauchamp²⁰³.

Quanto ao primeiro requisito, os autores ressaltam não haver gradação, ou a ação é ou não é intencional. Ou a pessoa age proposital e premeditadamente, ou sua ação não pode ser considerada autônoma. Já as outras duas condições, entendimento e ausência de interferência, apresentam diferentes graus de satisfação, de modo que há um “*continuum* desde a presença total até a completa ausência” deles²⁰⁴. Não só idosos, pessoas com deficiência mental e crianças, mas todas as pessoas possuem diferentes graus de entendimento e independência de controles externos, o que impacta no grau de autonomia, mas não a retira completa e necessariamente²⁰⁵.

Nessa perspectiva, portanto, para que uma ação seja considerada autônoma, é necessário que seja intencional, que tenha certo grau substancial de entendimento e de liberdade de interferências externas - sendo essa entendida como a coerção, o controle externo, não a mera influência externa, da qual é impossível estar totalmente livre²⁰⁶, o que já se desenvolveu a partir de Feinberg.

Reitera-se, os autores não consideram haver necessidade de pleno entendimento ou de completa ausência de influência externa para que a ação seja considerada autônoma, sob pena de tornar o critério inatingível, com o que se concorda inteiramente. “Limitar a decisão dos pacientes ao ideal da decisão inteiramente autônoma priva esses atos de uma posição significativa no mundo prático, onde as ações das pessoas raramente – ou nunca – são completamente autônomas”²⁰⁷.

²⁰² *Ibid.*, p. 140.

²⁰³ BEAUCHAMP, Tom L; FADEN, Ruth R. *A History and Theory of Informed Consent. Op. Cit.* p. 238.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 140.

²⁰⁵ Por exemplo, os autores destacam que pacientes em instituições psiquiátricas, muitas vezes declarados inaptos e não capazes de cuidar de si mesmos, ainda assim podem ser capazes de fazer escolhas autônomas, como suas preferências alimentares, recusar alguma medicação, telefonar para familiares, etc. *Ibid.*, p. 139.

²⁰⁶ Importa observar que os autores, assim como Feinberg, presumem autônomas escolhas pessoais ainda que orientadas por autoridades religiosas ou governamentais, apesar da terceira condição por eles apontada, a ausência de interferências controladoras que determinem a ação. Isso porque, como destacam, os indivíduos exercem sua autonomia ao aceitarem submeter-se às exigências da instituição tradição, religião ou comunidade a que venha se associar, considerando-se as fontes originais, confiáveis de orientação, direcionamento. “Em algumas ocasiões a autonomia e a autoridade são incompatíveis, mas não porque os dois conceitos sejam intrinsecamente incompatíveis. Os conflitos surgem porque a autoridade não foi propriamente delegada ou aceita”. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica. Op. Cit.*, p. 142.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 141.

A autonomia é um princípio que deve nortear e fundamentar a bioética²⁰⁸ e ser respeitado no momento de tomada de decisões intencionais nesse contexto, pois não basta a uma pessoa ser autônoma, ela deve ser respeitada enquanto agente autônomo. E esse respeito reclama, além da não intervenção nas decisões pessoais, a ação direta de capacitar as pessoas para que escolham autonomamente²⁰⁹, assegurando, por exemplo, acesso transparente às informações e repercussões de uma decisão que necessite ser tomada de modo autônomo, garantindo, assim, real compreensão sobre a decisão.

Assim, apontam os autores para duas exigências do respeito ao princípio da autonomia, uma negativa e outra positiva²¹⁰: a não sujeição de ações a pressões controladoras alheias e “o tratamento respeitoso na revelação de informações e no encorajamento da decisão autônoma”²¹¹.

Mas a obrigação de respeito à autonomia não é oponível a pessoas não autônomas, o “princípio não deve se aplicar a pessoas que não podem agir de forma suficientemente autônoma (e que não podem se tornar autônomas), pois elas são imaturas, inaptas, ignorantes, coagidas ou exploradas”²¹². E essa constatação abre espaço ao relevante debate sobre quais os critérios definidores da *capacidade* de agir autonomamente, de agir com *entendimento*, o que nos autores é extremamente notável, já que não cedem ao critério da idade e da completa ausência de deficiência mental.

Os autores também consideram a capacidade um ponto fulcral para a decisão autônoma, bem como para a validade do consentimento, aludindo a ela quando mencionam o *entendimento* como requisito da escolha autônoma. Definem-na, acreditando ser um significado universal, como a “habilidade de realizar uma tarefa”²¹³. Mas diferem quanto à forma de sua constatação.

Para eles, os critérios para a capacidade variam pelo contexto, modificando de acordo com o momento, com a pessoa, com a tarefa a ser executada, de modo a ser considerada relativa,

²⁰⁸ Impende ressaltar que os autores trabalham o conceito de autonomia a partir de uma lógica principialista da ética médica, na qual o princípio da autonomia é apenas um deles, havendo outros três igualmente relevantes: o princípio da beneficência, da não maleficência e da justiça. Havendo conflitos entre eles, surge, para o médico, um dilema ético. Aqui, contudo, os demais princípios são secundários, não se acredita que, para os efeitos que se pretende debater no trabalho, seria instalado um conflito entre eles, devendo predominar a autonomia das pessoas que procuram pela técnica de reprodução assistida, sejam idealizadores do projeto parental, seja a gestante substituta.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 142-143.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 143-144.

²¹¹ *Ibid.*, p. 144. Os autores destacam algumas regras morais que decorrem das exigências positiva e negativa de respeito à autonomia: dizer a verdade; respeitar a privacidade; proteger as informações confidenciais; obter consentimento para intervenções nos pacientes; e, quando solicitado, ajudar os outros a tomarem decisões importantes. *Ibid.*, p. 145.

²¹² *Ibid.*, p. 145

²¹³ *Ibid.*, p. 152.

dependente da decisão particular que será tomada. “[R]aramente se julga uma pessoa incapaz com respeito a todas as esferas da sua vida. [...] Esses julgamentos de capacidade e incapacidade afetam apenas uma parcela limitada das decisões”²¹⁴. Apesar das determinações padrão de capacidade classificarem as pessoas em dois grupos básicos, capazes ou incapazes, “nem todos os indivíduos capazes são igualmente hábeis e nem todos os incapazes são igualmente inábeis [...]”²¹⁵.

Assim, em analogia à função de um *porteiro*, afirmam ser o papel principal da capacidade distinguir, casuisticamente, as pessoas que decidirão por si mesmas das que não irão, e/ou das que necessitarão de apoio na tomada de decisão.

Como já observado em Feinberg, as pessoas possuem capacidades variadas, conforme o grau e o leque de habilidades que cada uma diferentemente apresenta. O que difere, no entanto, aquele destes autores, é que Feinberg defende ser necessário definir um critério de capacidade de modo a fixar um limiar, abaixo do qual as pessoas são consideradas incompetentes, e acima dele, competentes²¹⁶. Já Beauchamp e Childress (também Faden²¹⁷) rechaçam a ideia de definir esse limite arbitrariamente, a ideia de que crianças, adolescentes e pessoas com doença mental ou transtorno transitório sejam inteira e genericamente considerados incapazes, posicionamento este mais harmônico com nosso ordenamento civil pós Estatuto da Pessoa com Deficiência, como mencionado.

Como a capacidade não pode ser genericamente definida, acreditam que o deva ser casuisticamente, e apresentam alguns modelos para sua determinação, “as condições que devem ser satisfeitas para se julgar alguém capaz”²¹⁸. Destacam que, com frequência, no contexto biomédico, a pessoa é geralmente considerada capaz quando apresenta aptidão para compreender a terapia, para deliberar sobre os riscos e benefícios dela decorrentes e para tomar uma decisão a partir dessa deliberação. Concordam que essas aptidões são, de fato, importantes, mas a diminuição de alguma, ou de todas elas, não deve implicar necessariamente em incapacidade²¹⁹.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 153.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 155.

²¹⁶ FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. *Op. Cit.* p. 28-30.

²¹⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A History and Theory of Informed Consent*. *Op. Cit.*, p.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 155 e ss. Os autores defendem a criação de modelos variados para a determinação da capacidade de acordo com a importância e o risco de dano decorrente da ação/decisão ocasionalmente. Sugerem alguns modelos a partir da p. 155 de sua obra aqui referenciada, aos quais não se aprofundará por questões de espaço e recorte metodológico.

²¹⁹ Os autores apresentam, por exemplo, sete modelos concorrentes aptos a demonstrar a incapacidade de uma pessoa para determinadas decisões, variando o grau entre eles como menos ou mais paternalista: “1. Inabilidade para expressar ou comunicar uma preferência ou escolha; 2. Inabilidade para entender a própria situação e suas consequências; 3. Inabilidade para entender as informações relevantes; 4. Inabilidade para oferecer um motivo; 5.

Dentro dessa perspectiva, os autores defendem a “estratégia da escala móvel” para determinação da capacidade de agir autonomamente, pela qual se entende que o nível de habilidade exigido para se determinar a capacidade para escolha autônoma deve ser proporcional aos riscos que a escolha pode gerar ao indivíduo. Logo, quanto maior o risco para o paciente, tanto maior será o nível exigido de capacidade para se executar a tarefa de escolher. “[A] capacidade que uma pessoa tem de decidir depende da importância da decisão ou de algum dano que possa sobrevir a ela”²²⁰.

Na ocasião prática, então, mormente em contexto médico, observar-se-á critério específico para se definir, a partir de um método, a capacidade da pessoa para tomar determinada decisão autonomamente e para consentir validamente com tal prática. Atendendo a esses critérios, sua autonomia, e conseqüentemente sua vontade e decisão, deve ser respeitada.

O conceito de capacidade, para os autores, em muito se assemelha ao de autonomia, afirmam que os “critérios que definem a pessoa autônoma e a pessoa capaz são surpreendentemente similares”, embora os conceitos tenham significados diferentes²²¹. E apontam duas hipóteses plausíveis de justificar a similitude: “ou uma pessoa autônoma é (necessariamente) uma pessoa capaz (de tomar decisões), ou os julgamentos acerca da capacidade de uma pessoa para autorizar ou recusar uma intervenção devem ser baseados numa avaliação da autonomia dessa pessoa”.

Esse critério de determinação da *ação autônoma* permite reconhecer a capacidade de agir autonomamente mesmo de pessoas não consideradas autônomas *per se*, seja por causas mais resolutas, como deficiência mental transitória ou permanente, seja por causas mais fluidas, como fatores sociais relevantes ou por situação socioeconômica severamente prejudicada. E essa incursão é importante para já começar a se definir a capacidade de agir autônomo da mulher que escolhe proceder à gestação de substituição de modo oneroso.

Inabilidade para oferecer um motivo racional (embora possam ser dados alguns motivos embaixadores); 6. Inabilidade para oferecer motivos relacionados com riscos e benefícios (embora possam ser dados alguns motivos racionais); 7. Inabilidade para chegar a uma decisão razoável (conforme julgado, por exemplo, pelo modelo de uma pessoa razoável).” Defendem a necessidade de aplicação de um teste operacional para a definição da (in)capacidade, em que se observe uma pontuação capaz de aprovar (capaz) ou reprovar (incapaz). *Ibid.*, p. 157.

²²⁰ *Ibid.*, p. 159. Também Paul Appelbaum defendeu a utilização da escala móvel para determinação da capacidade, analisando especificamente a capacidade para consentir com tratamento médico. APPELBAUM, Paul. Assessment of Patients’ Competence to Consent to Treatment. *New England Journal of Medicine*, 357 (18): december, 2007, pp. 1834-1840, p. 1836. Disponível em: <http://depts.washington.edu/psychres/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/100-Papers-in-Clinical-Psychiatry-Psychosomatic-Medicine-Assessment-of-patients%CE%93%C3%87%C3%96-competence-to-consent-to-treatment.pdf> Acesso em: 15 mar. 2021.

²²¹ *Ibid.*, p. 154. Autonomia significa autogoverno; capacidade, a habilidade para executar uma tarefa.

2.3. Paternalismo como inviabilizador da autonomia

O paternalismo demonstra “violação da autonomia de uma pessoa”, há “uma usurpação de seu poder de tomar decisões, quer através do impedimento de que faça aquilo que decidiu, quer através da interferência sobre a maneira como chega às suas decisões”²²².

O conceito paternalismo tem sua origem no radical *pater*, do latim, que significa pai, apontando diretamente a ação de alguém que se considera superior sobre outro, guiando suas ações e indicando o melhor caminho a se seguir, aproximado da figura paterna²²³. Paternalismo jurídico advém da ideia geral de paternalismo e, por sua vez, origina o paternalismo jurídico-penal. Entende-se, inicialmente, como paternalismo jurídico do Estado (que aqui interessa), sua atuação incisiva na vida dos indivíduos, impondo-lhes comportamentos que supostamente visem a evitar que estes produzam danos a si mesmos ou a determinado grupo de pessoas²²⁴. A atuação paternalista estatal pode se dar por diversas frentes de atuação, por leis de natureza civil, administrativa, trabalhista, penal, entre outras.

Feinberg, ao dispor sobre o tema, desmembra o paternalismo em dois grandes grupos de forma bastante oportuna: paternalismo presumivelmente censurável e presumivelmente não censurável²²⁵.

Como se pode imaginar, o presumivelmente não censurável, para o autor, é justificável e devido, em certa medida, a ponto de talvez nem poder ser apontado como paternalismo de fato²²⁶. Trata-se de ações para defesa de pessoas inteira ou relativamente incapazes ou vulneráveis a perigos externos, quando não capazes de se defender ou consentir (mesmo tendo consentido)²²⁷. Ainda, pode ser necessário quando não for possível perceber até que ponto a pessoa estava realmente consciente no momento da tomada da decisão²²⁸. Diante de situações extremas, é necessário que o Estado e/ou a sociedade façam o possível para proteger os interesses dessas pessoas. Esse é denominado majoritariamente pela doutrina como paternalismo *soft* (fraco ou moderado) e é também majoritariamente reconhecido como

²²² DWORKIN, Gerald. Paternalism: Some Second Thoughts. In: *Paternalism*. Rolf Sartorius (Org.). 1983. “There must be a violation of a person’s autonomy. There must be a usurpation of a decision-making, either by preventing people from doing what they have decided or by interfering with the way in which they arrive at their decisions.”

²²³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 85.

²²⁴ VALDÉS, Ernesto Garzón. Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante. n. 5, 1988, p. 155.

²²⁵ FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. Vol. III. New York: Oxford University Press, 1986, p. 5-6.

²²⁶ *Ibid.*, p. 12.

²²⁷ *Ibid.*, p. 5.

²²⁸ *Ibid.*, p. 12-13. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. Cit.*, p. 100.

legítimo²²⁹. Um exemplo, aplicado à gestação de substituição onerosa, seria impedir que crianças e adolescentes, ou que pessoa com transtorno ou doença mental que a impeça de consentir validamente, se submetessem à técnica, o que seria justificável.

Concorda-se com a necessidade de paternalismo moderado quando observado o que se dispôs acerca da capacidade de escolha autônoma; não se considera devido um paternalismo soft para proteger, por exemplo, pessoas com deficiência mental de suas próprias escolhas, quando for demonstrável que detinham capacidade para tal escolha, porque isso implica em reconhecê-la sempre e genericamente como incapaz.

Já o paternalismo presumivelmente censurável “consiste em tratar adultos como se fossem crianças²³⁰, ou crianças mais velhas como se fossem crianças mais novas, forçando-os a agir ou a tolerar” ações para seu próprio bem ou de terceiros, minudenciando, assim, dois subgrupos: o paternalismo benevolente e o não benevolente²³¹. Feinberg tece graves críticas quanto a eles, com as quais se coaduna, mas principalmente ao primeiro, o benevolente. É considerado censurável por atingir diretamente a liberdade e autonomia individuais. Nele, atua-se buscando o próprio bem do indivíduo autônomo, não se importando com a sua própria concepção individual, seus valores e desejos, julga saber o que é melhor ao indivíduo, mais do que ele mesmo.

Já o paternalismo não benevolente procura o bem de terceiros, atuando sobre uma pessoa para proteger outras, independente das vontades e desejos das partes envolvidas²³². Nem sempre o não benevolente será realmente indevido, pois em algumas relações sociais ele é necessário. O que torna o paternalismo questionável é a aptidão para tratar pessoas como incapazes, como vulneráveis de modo arbitrário e desnecessário, o que expressa, segundo Feinberg, falta da confiança que geralmente é atribuída a adultos.

²²⁹ FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. *Op. Cit.*, p. 12-13. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. Cit.*, p. 100.

²³⁰ Aqui se utiliza dos estudos de Feinberg para demonstrar o quão inconsistente e indefensável é o paternalismo benevolente em relação a pessoas capazes de autonomia, mas não necessariamente se concorda com a equiparação de adultos a crianças, como se elas fossem sempre incapazes de qualquer grau de autonomia, tão somente em razão da idade. As crianças e adolescentes apresentam graus de autonomia progressiva, mormente existencial, e capacidade de discernimento para decidir inclusive sobre tratamento médicos, por meio do assentimento, sendo seu direito à liberdade de expressão e autonomia, entre outros, reconhecido expressamente no ECA e em convenções internacionais. Apesar de se reconhecer isso, por razões quase lógicas, não se defende aqui que tenham autonomia para consentir com a gestação de substituição, até mesmo (mas não só) por fatores biológicos. Para aprofundar os estudos a respeito da autonomia progressiva de crianças e adolescentes, conferir, por todos: SILLMANN, Marina Carneiro Matos. *Direitos da criança e do adolescente: Competência e Recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes - um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2019. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico*. 2010, Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²³¹ *Ibid.*, p. 5.

²³² *Ibid.*, p. 5-7.

Esse paternalismo pode ser exercido de duas formas, por meio do que Feinberg denomina paternalismo *direto* ou *indireto*. Gerald Dworkin, sobre o mesmo conteúdo, os denomina *puro* e *impuro*, como são comumente referenciados na doutrina²³³.

O direto, ou puro, é expresso por interferências no comportamento de uma pessoa para protegê-la de suas próprias condutas, sofrendo a restrição a própria pessoa beneficiada pela ação “benevolente”²³⁴. Nas palavras de Feinberg: as “classes de pessoas cuja liberdade é restringida por meio de ameaça de punição é idêntica à classe de pessoas cujo benefício se pretende promover com tais sanções”²³⁵. Exemplo que se pode pensar a partir da gestação de substituição onerosa seria proibir a própria gestante de praticá-la no intuito de protegê-la de suposta exploração e objetificação de seu corpo.

Já o indireto, ou impuro, é aquele em que a interferência se dá em ações de uma pessoa para proteger outra, uma terceira pessoa, a quem se considera necessitada de proteção²³⁶ mesmo sendo capaz²³⁷. E o autor afirma que “a única maneira de fazer isso [proteger] envolve restringir a liberdade de outras pessoas além daquelas que são beneficiadas”²³⁸. Outro exemplo analisando pela gestação de substituição onerosa seria, dessa vez, proibir ou mesmo criminalizar os pais idealizadores, com o objetivo de proteger a gestante, mesmo quando capaz de autonomia e de consentir com a intervenção em seu próprio corpo.

O paternalismo direto e o indireto serão formas de paternalismo *hard* (rígido ou forte) - em oposição ao paternalismo acima apontado como *soft* - quando implicarem em intervenções ou restrições de liberdade orientadas a pessoas capazes e conscientes, que praticaram uma autolesão ou consentiram com uma heterolesão²³⁹. É dizer, o paternalismo rígido permite a intervenção do Estado sobre comportamentos autorreferentes considerados perigosos ou indevidos, mesmo quando voluntários ou consensuais²⁴⁰. Essa concepção contempla julgamento a respeito dos fatos e valores que permeiam a decisão a ser tomada pelo sujeito

²³³ *Ibid.*, p. 9. HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?* Trad. Helena Regina Lobo da Costa. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 67. São Paulo: jul.-ago. 2007, p. 20. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. Cit.*, p. 101.

²³⁴ Como exemplo disso pode-se apontar a proibição do uso de drogas, a obrigatoriedade de utilizar cinto de segurança e também o uso obrigatório de capacete, por motociclistas.

²³⁵ FEINBERG, Joel. *Op. Cit.*, p. 9. No original, “the class of persons whose freedom is restricted by the threat of punishment is identical with the class of persons whose benefit is intended to be promoted by such restrictions.”

²³⁶ Como exemplo, aponta-se a proibição de eutanásia, venda de drogas e crimes de lenocínio.

²³⁷ Lembrando que quando se trata de pessoa incapaz de fato, não se considera aqui, mas sim no paternalismo *soft*, o qual é desejável.

²³⁸ FEINBERG, Joel. *Op. Cit.*, p. 9. No original, “[...] we find that the only way to do so will involve restricting the freedom of other persons besides those who are benefitted.”

²³⁹ Autolesão é aquela que o autor pratica a si mesmo, em contraposição à heterolesão, praticada por terceiro contra ele, mediante seu consentimento.

²⁴⁰ FEINBERG, Joel. *Op. Cit.*, p. 14. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. Cit.*, p. 100.

teoricamente protegido pelo paternalismo. Por meio dela, ignora-se a capacidade de decisão e autonomia do agente, considerando que alguém externo é mais capaz de tomar as decisões que lhe competiriam. Mostra-se completamente indevido em um Estado Democrático fundamentado na dignidade humana, à qual é essencial o direito à autodeterminação.

Além dessas categorizações, importante apresentar o paternalismo classificado como moral, quando ainda se mescla com moralismos. Este paternalismo permite a interferência na liberdade de alguém visando impedir a violação de preceitos morais. Ou seja, neste caso, o direito se utilizaria de aspectos da moral para impingir pena e padronizar condutas²⁴¹. É a atuação “para evitar a violação de preceitos morais por decorrência do comportamento a ser tomado pelo protegido”. Quando um estado paternalista visualiza, em uma conduta praticada por terceiro, o potencial de afrontar valores morais hegemônicos, age no intuito de “salvaguardar o arcabouço axiológico daquela comunidade”²⁴². O paternalismo moral pode ser exemplificado com uma proibição da gestação de substituição, por exemplo, sob a justificativa de afetar os “bons costumes”, ou afrontar valores morais hegemônicos sobre família e maternidade.

Pelas outras espécies de paternalismo, em termos gerais, o que se vê é uma tentativa de limitar/impedir a habilidade decisória da pessoa a ser “protegida”, o que é evidenciado pelos critérios definidores de vulnerabilidade e incapacidade de autonomia. Nesse paternalismo moral, de outro modo, o que se faz é limitar/impedir determinadas escolhas que são consideradas como imorais pelo coletivo, em um claro julgamento axiológico acerca de condutas e escolhas individuais, o que é, de longe, indefensável em nosso ordenamento jurídico atual.

“[O] estado paternalista é imoral”, concluem Zaffaroni e Batista, afirmando que “o mérito é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente”²⁴³. Um Estado ético não deve pretender impor uma moral, deve garantir a liberdade para que cada indivíduo faça a escolha que julgar moral, ou a melhor para e por si mesmo, entre outras possibilidades.

Sabe-se que algumas formas de paternalismo são necessárias à boa convivência em sociedade, como o paternalismo moderado nas previsões que asseguram direitos de pessoas que

²⁴¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. Cit.*, p. 117.

²⁴² NETO, Heráclito Mota Barreto. *Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: Critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal*. In: Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Criminologias e Política Criminal. 2015, p. 339.

²⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I. Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 225.

não tenham capacidade para tomar decisões, seja por causa transitória ou permanentemente. Inclusive, para Feinberg, isso sequer pode ser considerado paternalismo, como mencionado. Não obstante, as leis e ações paternalistas do Estado que visam somente assegurar a própria pessoa, quando capaz e consciente, contra riscos ou supostos problemas pessoais que sua ação possa vir a desencadear a si mesma mostram-se abusivas, configurando o paternalismo rígido.

Esse paternalismo é arbitrário, seja ele exercido por meio do paternalismo direto, o qual incide sobre a própria pessoa, ou por meio do paternalismo indireto, exercido sobre algumas pessoas para proteger outro grupo de indivíduos, quando há consentimento destes. Isso porque ofendem diretamente a autonomia das pessoas que, como sujeitos livres em um Estado Democrático de Direito, deveriam ter domínio sobre o próprio corpo e vida, decidindo qual destino dar a eles. O paternalismo jurídico rígido é exagerado e vai de encontro a vontades e interesses de pessoas capazes de agir autonomamente e conscientes.

Tal atuação faz com que o Estado provoque uma ofensa pessoal ao indivíduo a que se destina a ação paternalista, vez que invade sua autonomia e desconsidera que tenha competência e responsabilidade para tomar as próprias decisões²⁴⁴. Lyra é enfático ao destacar que, assim agindo, tenta impor o que ele afirma ser um perfeccionismo moral, buscando padronizar o caráter moral individual. Isso, em suas palavras, ofende não só a autonomia e a autodeterminação, mas também a igualdade e inclusive a própria democracia²⁴⁵.

E Sarmento, por sua vez, lembra que princípios constitucionais como o pluralismo jurídico, a laicidade e a amoralidade, para além das liberdades individuais, não permitem a aplicação de ideais perfeccionistas por parte do Estado em seu papel paternalista, servindo às compreensões de moral hegemônicas e solapando as concepções de vida de terceiros dissonantes. “[D]esautorizam qualquer interpretação que abra espaço para um Estado perfeccionista, que, em nome de tradições coletivas, ou de alguma visão majoritária sobre o bem comum, busque tutelar, paternalisticamente a vida de cada um, passando por cima da autonomia individual”²⁴⁶. Valdés, no mesmo sentido, afirma que o paternalismo não se justifica quando seu desígnio for limitar pessoa plenamente capaz e dotada de autonomia, mesmo que

²⁴⁴ FEINBERG, Joel. *Op. Cit.*, p. 24. Diversos autores concordam com esta concepção, entre os quais: HIRSCH; GRECO; ESTELLITA; DWORKIN; LYRA; NETO; MARTINELLI.

²⁴⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa. O Paternalismo Jurídico-penal e a (in)constitucionalidade do crime de manter estabelecimento destinado à prostituição ou à exploração sexual (art. 229 do cp). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 111, nov.-dez., 2014, pp. 13-35, p. 14.

²⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Escola Superior da magistratura: Livraria do Advogado, 2006. vol. 1, t. 2. p. 48.

esta queira se privar de sua vida, integridade física, ou se colocar em riscos prováveis em busca de prazer²⁴⁷.

Conclui-se que o paternalismo rígido (bem como, obviamente, o moral), é indevido, repete-se, por ofender diretamente a autonomia e liberdade individuais, no intuito de impedir que pessoas pratiquem condutas indiferentes a terceiros, que não ofendam qualquer bem jurídico ou que sejam apenas moralmente (pela moral hegemônica) condenáveis. O paternalismo rígido, na verdade, orna com a heteronomia, com perspectivas heterônomas de vida boa e de dignidade, o que, como já argumentado, não é legítimo.

Por fim, há que se analisar, sucintamente, o que se entende por paternalismo libertário, um modelo paternalista pensado e defendido por Sustain e Thaler que, supostamente, compatibiliza com a autonomia individual, respeitando a capacidade de autodeterminação²⁴⁸.

Esse paternalismo parte da premissa de que, não raras vezes, “as pessoas não possuem preferências claras, estáveis e ordenadas. O que escolhe é fortemente influenciado por detalhes do contexto no qual fazem determinada escolha”²⁴⁹. Portanto, desde que não impeça ou vede escolhas, desde que assegure a oportunidade de escolher livremente, o planejador/paternalista poderia agir conscientemente “tentando direcionar as pessoas a opções que irão promover seu bem-estar”²⁵⁰.

Para os autores, amparados em preceito utilitarista, as pessoas nem sempre farão as “melhores escolhas” autonomamente, poderiam tornar sua capacidade de escolher infinitamente melhor, mais efetiva, se recebessem “algumas dicas úteis”²⁵¹. Exemplificam, didaticamente, com a figura do novato que joga xadrez com um jogador experiente, afirmando ser possível prever que o novato perderá, justamente por fazer escolhas inferiores. “[P]arece razoável dizer que as pessoas fazem escolhas melhores em contextos no quais elas têm experiências e são bem informadas [...], que em contextos em que elas são inexperientes e ignorantes”²⁵².

Essa forma de influenciar a escolha de outrem não se mostra, de fato, invasiva e não sobrepuja naturalmente a autonomia, já que se dá por meio de aconselhamentos e informações. A revelação de informações e a busca do entendimento por parte de quem escolhe é desejável.

²⁴⁷ VALDÉS, Ernesto Garzón. Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Op. Cit.*, p. 168-169.

²⁴⁸ SUNSTEIN, Cass S. THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. *Revista Civilistica*, v. 4, n. 2, 21 dez. 2015, pp. 1-43. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/600>. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 2.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 4,

²⁵¹ *Ibid.*, p. 5,

²⁵² *Ibid.*, p. 5.

A revelação e o compartilhamento de informações, incluindo orientações, são essenciais à tomada de decisão autônoma, de modo que quanto maior o entendimento e conhecimento acerca do que se delibera, melhores condições terá a pessoa de deliberar conforme sua vontade. Então, se os autores consideram isso uma forma de paternalismo libertário, quanto a esse ponto, não se vislumbra óbice natural à autonomia, podendo com ela coexistir²⁵³.

O que se pretende com esse tópico é demonstrar como o paternalismo pode sobrepujar a autonomia, e é exatamente isso que ocorre com a proibição da gestante substituta capaz de autonomia de receber contraprestação financeira por gestar criança para terceira pessoa. Uma atuação estatal que, ao invés de proteger a autonomia, a liberdade e a própria dignidade humana, termina por afetá-los por sua própria suposta proteção.

2.4. Consentimento Informado como instrumento da autonomia

A autonomia é operacionalizada no ambiente médico por meio do consentimento informado, sendo essencial, por isso, nesse momento, analisar os elementos de um consentimento informado válido e eficaz pelo qual a mulher atesta sua autonomia e consente em se submeter à técnica de gestação de substituição de modo oneroso. Nesse caso, há que se

²⁵³ Apesar de não acrescentar muito ao debate objeto da tese, entende-se pela necessidade de apresentar a continuação dos estudos sobre paternalismo libertário. Os autores continuam e, s.m.j., extrapolam o limite do aceitável aos antipaternalistas defensores da autonomia, ideias às quais se filia essa tese. Defendem, então, o que se pode entender como mais uma das formas de paternalismo rígido. Os autores acreditam que nem sempre existirá alternativa viável para evitar a atuação paternalista. Em algum momento, o governo/Estado (ou uma organização, ou mesmo uma pessoa física), precisará tomar uma decisão que, inevitavelmente, afetará a vida de outras pessoas, e, não podendo ser neutra, é preferível que essa afetação tenha um caráter benevolente, a não ter. Para ilustrar, apresentam o caso de uma cafeteria fictícia, em que a gerente observa que a ordem de disposição dos produtos no cardápio afeta diretamente o consumo pelos clientes: estes escolhem mais facilmente os que vêm primeiro na lista. Nesse caso, ela teria diversas opções para a disposição do cardápio, sendo as mais relevantes a se destacar para esse debate: dispor os produtos que acredita serem os melhores, mais saudáveis para os clientes, ou dispor primeiro os produtos que acredita serem os que os clientes iriam escolher individualmente (sem sequer conhecê-los). Os autores defendem não haver mal em dispor primeiro os alimentos mais saudáveis, que trazem mais saúde e bem-estar aos clientes, contanto que mantenham todas as opções para que a pessoa autônoma possa continuar a escolher o alimento mais insalubre, caso assim o deseje. Destacam, analisando o mesmo caso da cafeteria, que nem todo paternalismo envolve coerção. A ordem dos alimentos no cardápio, por exemplo, não coage ninguém a determinada escolha, “mas pode fazer alguém preferir um pedido a outro”. O que se considera equivocado também nessa forma de paternalismo libertário é a intromissão insidiosa na vida e escolha de pessoas capazes de autonomia, tal como as outras formas de paternalismo rígido. Há uma indução a determinada escolha sem que a pessoa capaz de autonomia sequer perceba. Procura justificar sua atuação com o mesmo fundamento dos demais, mas oculta o utilitarismo da “busca pelo máximo bem-estar” por trás de uma teoria comportamental, segundo a qual os indivíduos naturalmente não sabem escolher da “melhor forma”, então seria importante ajudá-los, melhor capacitá-los. Com isso, deliberadamente influenciam, insidiosamente e discretamente, as escolhas individuais, equiparando tal movimento às influências externas naturais que afetam o ser humano socialmente, quando da construção da autonomia. Entretanto, são distintas: enquanto as últimas são influências perceptíveis por quem delibera e, em certa medida, são até irrefreáveis, a influência exercida por terceiro “planejador” do bem-estar alheio, o paternalista, é deliberada, intencionada a manipular, e a pessoa influenciada pode sequer perceber que o está sendo. (*Ibid.* p. 6 ss.)

observar a necessidade de consentir com a submissão à TRA e com a celebração do acordo oneroso, para o qual deverá apresentar capacidade civil. Tendo a mulher capacidade para consentir e sendo observados os pressupostos de validade desse consentimento, sua autonomia de escolha deve se sobrepor e ser respeitada.

A partir da segunda metade do século XX, no contexto pós-guerra, o consentimento informado tomou espaço não antes ocupado na prática médica e nas pesquisas com seres humanos, tornando-se requisito essencial para ambos os procedimentos, e contrariando a lógica hipocrática de autoridade médica e de sobreposição do princípio da beneficência ao da autonomia²⁵⁴. A ética biomédica passou a reconhecer a essencialidade do consentimento em decorrência, sobretudo, dos julgamentos de Nuremberg, em que foram relatadas tenebrosas experiências não consentidas com seres humanos²⁵⁵.²⁵⁶

No Brasil, o consentimento é requisito essencial para submissão a procedimentos médicos, sobretudo terapêuticos; e também o é às técnicas de reprodução assistida. “No campo biológico, o poder de autodeterminação pode ser sintetizado na expressão ‘consentimento livre e esclarecido’”²⁵⁷. É requisito essencial para expressão da autonomia no que se refere aos atos de disposição do próprio corpo, como o que aqui se estuda, a gestação de substituição e demais técnicas de reprodução assistida. “O exame do consentimento é um critério de singular importância. Para que a disposição seja válida ou, em certos casos, existente, é pré-condição que o consentimento seja do titular e possa ser adjetivado de livre e informado”²⁵⁸. O consentimento informado é o meio pelo qual a autonomia da mulher gestante será atestada e declarada para fins de submissão à técnica e, inclusive, é instrumento que justifica a conduta

²⁵⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *Op. Cit.*, p. 830. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. Op. Cit.* p. 53.

²⁵⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica. Op. Cit.*, p. 161.

²⁵⁶ Ribeiro destaca que, além dos experimentos nazistas contra a dignidade humana, houve mais motivos para que essa nova dinâmica entre médico e paciente se estabelecesse, de compartilhamento integral das informações e diagnósticos por parte do médico, e do respeito à autonomia decisória do paciente: “[...] o desenvolvimento de novas tecnologias que possibilitaram diagnósticos precoces e mais precisos, além de permitirem a ampliação do alcance dos cuidados de saúde, com m intervenções em situações com fortes impactos éticos e morais, como o início e o fim da vida, a identidade pessoal e a gestão do corpo; a contestação do sentido e dos fins últimos da medicina e ampliação do conceito de saúde para além da ausência de enfermidade, incorporando a percepção do paciente sobre seu bem-estar físico e emocional; o fortalecimento das democracias e o reconhecimento do pluralismo de ideias, de valores e de estilos de vida, exigindo-se maior tolerância e respeito às diferenças; os movimentos de defesa dos direitos dos pacientes, enquanto corolários dos processos de especialização e de expansão dos direitos humanos”. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *Op. Cit.*, p. 831.

²⁵⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética e biodireito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 65.

²⁵⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. 2015, Tese (Doutorado em Direito), Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 212.

das pessoas idealizadoras da gravidez e, sobretudo, do médico que, mediante sua autorização, procederá a técnica.

Datam da década de oitenta, pelo menos, seus primeiros registros em normativas²⁵⁹. Até os dias atuais, não há no país uma lei que disponha especificamente sobre o consentimento informado²⁶⁰, muito menos sobre os direitos do paciente, em descompasso com a tendência mundial. Fica a cargo do Conselho Federal de Medicina regulamentar o tema, a despeito de toda crítica sobre a ausência de legitimidade para “legislar” sobre direitos individuais²⁶¹.

A expressão advém do termo inglês *informed consent*, que tem sido traduzido e utilizado “[...] como consentimento pós-informação, consentimento consciente, consentimento esclarecido, consentimento informado ou consentimento livre e esclarecido”²⁶², sendo essa última a expressão adotada pelo CFM em suas resoluções sobre os temas que lhe são relevantes. Sobre o próprio consentimento informado, ou consentimento livre e esclarecido, o CFM editou a Recomendação 01/2016, na qual orienta e dispõe sobre ele como paradigma da autonomia do paciente na ética médica brasileira. O documento traz à classe médica informações históricas sobre o instituto, explicação sobre seu conteúdo, arrazoado sobre sua relevância (pautado especialmente como instituto apto a trazer segurança à atuação médica), além de orientações metodológicas sobre sua forma.

Na prática médica, a regra é a presença de consentimento expresso e real por parte do paciente, mas há situações contingentes, geralmente emergências, em que não é possível ao paciente expressá-lo pessoal e devidamente (por estar desacordado, por exemplo), ocasião em

²⁵⁹ Siqueira ressalta que, já na década de oitenta, o Ministério da Saúde e o Conselho Federal de Medicina editaram documentos reconhecendo a importância do respeito à vontade do paciente, aos quais se buscou acesso. Em 1981, a Portaria nº 16 do Ministério da Saúde exigia um “termo de conhecimento de risco” do paciente que pretendesse utilizar medicamentos não registrados na Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos (DIMED), ou ainda não aprovados por ela, entre outras situações semelhantes. Da mesma forma, em 1982, a Resolução 1.081 do CFM afirmou que “[o] médico deve solicitar de seu paciente o consentimento para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutica a que este será submetido”. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. Op. Cit. p. 119. BRASIL, Ministério da Saúde. *Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/por16-81.htm>. Acesso em: 31 jan. 2021. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução nº 1.081 de 12 de março de 1982*. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1982/1081_1982.pdf. Acesso em: 31 jan. 2021.

²⁶⁰ Há leis que mencionam sobre a necessidade de consentimento informado, sem, contudo, aprofundar em seu conteúdo e/ou forma, tal como a Lei de Transplantes (Lei 9.434/97) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18).

²⁶¹ Essa crítica será aprofundada no Capítulo 5, em decorrência da sua atuação “legislativa” também no âmbito das Técnicas de Reprodução Assistida, as quais o conselho regulamenta desde 1992, por meio de resoluções.

²⁶² CONSELHO Federal de Medicina. *Recomendação CFM nº 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. 2016, p. 11. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 31 jan. 2021.

que, havendo “imminente risco de morte”, o profissional médico pode intervir para salvar-lhe a vida amparado pela figura do consentimento presumido²⁶³.

Como na presente tese é tratado o exercício do direito sobre o próprio corpo, para o qual se exige postura ativa da mulher autônoma que livremente dele utiliza para gestar filho para outrem, não há que se falar em consentimento presumido, posto que a técnica necessariamente exigirá a capacidade para que possa pessoalmente consentir com o procedimento médico da TRA. Ou seja, é imprescindível que a mulher esteja capaz de agir autônoma e pessoalmente, em plena posse de suas faculdades mentais, pelo que se discorrerá aqui apenas sobre o consentimento expresso.

O CFM entende o consentimento informado como o “ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados”²⁶⁴. A pessoa que consente, para que o consentimento seja válido e eficaz, deve decidir “por si, de forma autônoma e livre de influência ou de qualquer intervenção de elementos de erro, simulação, coação, fraude, mentira, astúcia ou outra forma de restrição”²⁶⁵.

É obrigatório e imprescindível o consentimento para submissão às técnicas de reprodução assistida, bem como que seja exarado por meio de Termo de Consentimento, de forma escrita. Mas há outras situações, mormente emergenciais, em que “[...] a exigência do consentimento livre e esclarecido escrito pode causar até estranheza e dificultar, dependendo das circunstâncias, a dinâmica do procedimento e o próprio relacionamento médico-paciente”. Nessas situações, o que importa é a comunicação entre o médico e o paciente, o estabelecimento de confiança mútua, sempre observando a autonomia do paciente e o dever do médico de repassar informações, contribuindo para implementá-la²⁶⁶.

²⁶³ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. Op. Cit. p. 121-122. Indica-se fortemente a leitura desta obra, em que a autora denuncia, entre outros pontos relevantes, a atuação médica que mitiga a liberdade e autonomia do paciente, tratando-o mesmo contra sua vontade em casos em que se constata “imminente perigo de morte”. Para a autora, em apertada síntese, quando o paciente está desacordado ou, por outro motivo, não possui condições fáticas de expressar consentimento, o médico está autorizado a agir com suporte no consentimento presumido. Contudo, quando possui capacidade e expressa sua vontade autônoma, informando que não deseja ser submetido a determinado tratamento, e essa negativa o coloca em “imminente perigo de morte”, o médico não está autorizado a intervir, devendo qualquer interpretação nesse sentido, a partir de disposições do CEM, ser consideradas inconstitucionais. Ainda, o médico que assim agir deve ser responsabilizado criminalmente por lesão corporal, diante da desautorização do paciente autônomo, enquanto único a dispor legitimamente de seu corpo. Concorda-se inteiramente com essa teoria, amparada na autonomia enquanto expressão da liberdade e dimensão da própria dignidade humana.

²⁶⁴ CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. Op. Cit., p. 12.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. Op. Cit., p. 23.

A Resolução 2.294/21, do CFM, referente às técnicas de reprodução assistida, dispõe diretamente sobre a obrigatoriedade de consentimento de pacientes e de colher termo escrito desse consentimento para submissão às técnicas. O termo de consentimento especializado às TRA deve conter, além de exposição detalhada dos aspectos médicos referentes a todo o procedimento e circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, informações sobre os resultados já obtidos com a técnica proposta naquela unidade de tratamento. Deve contar também, conforme orientação geral, informações e dados de caráter biológico, jurídico e ético acerca da técnica específica²⁶⁷.

Quanto à gestação de substituição propriamente dita, é necessário colher termo de consentimento informado não só da paciente direta, a gestante substituta, mas também dos idealizadores da gravidez. Serão termos diferentes, uma vez que a gestante deverá consentir na intervenção médica em seu corpo e, ao final, em entregar a criança que conceber a quem idealizou a gravidez, verdadeiramente mãe e/ou pai.

Nesse termo, devem constar, além das informações genericamente exigidas, informações específicas acerca dos aspectos biopsicossociais relevantes e dos riscos naturais envolvidos no ciclo gravídico e puerperal. E, por fim, o que é relevante e peculiar à técnica, deve conter informações claras quanto aos aspectos legais referentes à filiação, com vistas a esclarecer a relação de filiação existente apenas entre os pais idealizadores e a criança gestada, em nada se relacionando com a gestante substituta²⁶⁸.

Discorda-se do conceito do CFM de que o consentimento informado seria um ato de decisão, acreditando ser, na verdade, o processo para a tomada da decisão. Beauchamp, Childress e Faden atribuem dois sentidos ao consentimento informado. O primeiro deles diz respeito à “autorização autônoma dada por indivíduos para uma intervenção médica ou um envolvimento em pesquisa”. Sendo assim, nesse primeiro sentido, a pessoa, mais do que

²⁶⁷ “4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.” CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.294 de 2021. *Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73.* Publicado em 15 de junho de 2021, p. 03. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 01º jul. 2021.

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

concordar ou anuir com uma proposta, deve autorizá-la, por meio de um ato de consentimento informado e voluntário, estando de posse de entendimento substancial e livre de controle por terceiros²⁶⁹. O consentimento expressa e certifica uma escolha autônoma.

Por meio do consentimento informado no primeiro sentido, o paciente ou sujeito da pesquisa com “(1) compreensão substancial e (2) em ausência substancial de controle por outros, (3) intencionalmente, (4) autoriza um profissional” a proceder de determinada forma. Na ausência do (4), não há consentimento, mas recusa informada²⁷⁰.

O segundo sentido, por sua vez, “é analisável em termos de regras que regem o consentimento informado em políticas públicas e contextos institucionais”²⁷¹; refere-se aos critérios de formalidade do consentimento efetivo²⁷², à autorização institucional e legalmente efetiva, eficaz, conforme as regras operativas pré-estabelecidas para tanto²⁷³. “Se o consentimento, em seu significado jurídico, reporta um ato de vontade livre, a sua formalização válida deve observar os requisitos legais que o precedem”²⁷⁴.

Principalmente nas situações médicas que envolvem menores de dezoito anos e pessoas com deficiência mental, a cisão entre os dois significados do consentimento informado torna-se latente, uma vez que podem consentir no primeiro sentido²⁷⁵, mas serem consideradas incapazes de consentir no segundo sentido, que se refere às regras procedimentais do consentimento informado, estatais e/ou institucionais - nesse caso, pelo critério de capacidade. Mas isso não quer dizer, importante informar, que sua autonomia existencial deva ser desconsiderada. Pelo contrário, além do já argumentado e defendido em relação a pessoas com deficiência mental, também as crianças e adolescentes têm sua autonomia existencial

²⁶⁹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica. Op. Cit.*, p. 163-164. BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A history and theory of informed consent. Op. Cit.* p. 274.

²⁷⁰ “(...) an informed consent in sense 1 is given if a patient or subject with (1) substantial understanding and (2) in substantial absence of control by others (3) intentionally (4) authorizes a professional (to do I)”. BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A history and theory of informed consent. Op. Cit.* p. 278.

²⁷¹ “The second sense of "informed consent" is analyzable in terms of rules governing informed consent in public policy and institutional contexts.” BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A history and theory of informed consent. Op. Cit.* p. 274.

²⁷² Faden e Beauchamp exemplificam com o caso de uma mulher de dezenove anos, em plena posse de suas faculdades mentais, que, após receber e entender informações acerca do procedimento de transplante de rins e de eventuais riscos, intencional e voluntariamente, consente em doar o órgão para sua irmã. O consentimento informado está presente em seu primeiro sentido, mas não está em seu segundo sentido, pois, em seu país, a idade legal para consentir com procedimento cirúrgico é 21 anos. *Ibid.*, p. 281.

²⁷³ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica. Op. Cit.*, p. 164.

²⁷⁴ BERGSTEIN, Gilberto. *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova.* 2012, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 166.

²⁷⁵ Lembra-se: dando autorização autônoma, concordando com a proposta, autorizando por meio de um ato de consentimento informado e voluntário, estando de posse de entendimento substancial e livre de controle por terceiros.

reconhecida em lei²⁷⁶. O Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷⁷, bem como a Declaração de Direitos da Criança²⁷⁸ são expressos ao declarar seus direitos à liberdade e autonomia, devendo ser ouvidos e levados em consideração. Contudo, por razão procedimental e de paternalismo moderado, em relação a eles, o princípio da autonomia poderá ceder espaço mais facilmente ao da beneficência²⁷⁹.

Tomando os dois sentidos de consentimento informado em perspectiva, é possível observar a presença de cinco elementos formadores de seu conteúdo, que são seus componentes analíticos: competência, voluntariedade, revelação, entendimento e consentimento²⁸⁰. “Um indivíduo dá um consentimento informado para uma intervenção se (e, talvez, somente se) for

²⁷⁶ Para aprofundar os estudos a respeito da autonomia progressiva de crianças e adolescentes, indica-se a leitura de: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico. 2010, Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Direitos da criança e do adolescente: Competência e Recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes - um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infantojuvenil. Belo Horizonte: D' Plácido, 2019.

²⁷⁷ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁷⁸ Artigo 5: Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordos com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. Artigo 12: 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁷⁹ Para os considerados incapazes de consentimento, a recomendação reserva o “assentimento livre e esclarecido”: “O assentimento livre e esclarecido consiste no exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar. Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado.”. CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. 2016, p. 13.

²⁸⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. Op. Cit., p. 165. BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A history and theory of informed consent*. Op. Cit. p. 274. Ribeiro, por sua vez, aponta três elementos principais do consentimento informado: voluntariedade, informação e capacidade para consentir. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. Op. Cit., p. 837.

capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção”²⁸¹.

A *competência* e a *voluntariedade* são elementos iniciais, condições do consentimento informado²⁸². A competência aqui se refere ao elemento referente à capacidade da pessoa de fazer escolhas e tomar decisões autonomamente²⁸³, a capacidade de executar uma tarefa²⁸⁴, como já detalhado no tópico anterior. Para consentir em uma intervenção médica, ou em participar de uma pesquisa, é necessário ser considerado capaz de se autodeterminar - ou seja, de agir intencionalmente, com entendimento e livre de controles externos -, sendo esse critério rígido para a submissão às técnicas de reprodução assistida.

A capacidade para consentir é instrumental, tem como finalidade distinguir as pessoas capazes de emitir decisões autônomas sobre sua própria saúde daquelas que não o são. Ela “se traduz na mobilização de recursos cognitivos e emocionais necessários para o paciente tomar uma decisão autêntica em face de problema relacionado com o seu estado de saúde”²⁸⁵.

Appelbaum destaca que a capacidade de consentimento, apesar de variar um pouco de acordo com as localidades, geralmente envolve quatro tipos de habilidades específicas: a habilidade de entender as informações relevantes ao consentimento; a habilidade de avaliar as consequências médicas que a situação envolve; de raciocinar sobre as opções de tratamento ou procedimento; e de comunicar a escolha, ao final²⁸⁶.²⁸⁷ Ribeiro, acerca dessa definição, complementa haver certo consenso internacional sobre essas habilidades, como “básicas para se tomar uma decisão autêntica sobre cuidados de saúde”²⁸⁸

A Recomendação 01/2016 informa as mesmas habilidades apontadas por Appelbaum para observar a capacidade para consentir em intervenções médicas que dizem respeito ao seu próprio corpo²⁸⁹, mas as observa apenas em pessoas acima de dezoito anos. O CFM atrela a

²⁸¹ *Ibid.*, p. 165.

²⁸² *Ibid.*, p. 166.

²⁸³ Intencionais, com entendimento e livre de controle externo.

²⁸⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A history and theory of informed consent*. *Op. Cit.* p. 289.

²⁸⁵ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *Op. Cit.*, p. 846.

²⁸⁶ APPELBAUM, Paul. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *Op. Cit.*, p. 1835. Paul Appelbaum é um importante expoente do contexto biomédico sobre o consentimento informado e sobre a capacidade para tanto, bem como desenvolvedor de métodos e instrumentos para auxiliar a avaliação da capacidade de consentir. *Cf.*, por exemplo, para além da obra referenciada, APPELBAUM, Paul. GRISSO, Thomas. *Assessing competence to consent to treatment*. New York: Oxford University Press, 1998.

²⁸⁷ Também SAVULESCU, Julian; HOPE, Tony; HENDRICK, Judith. *Medical Ethics and Law*. The core curriculum. 2ª ed. Philadelphia: Elsevier, 2008, p. 78 ss.

²⁸⁸ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *Op. Cit.*, p. 848.

²⁸⁹ “A escolha do paciente será considerada na medida de sua capacidade de decisão individual, com base no domínio de diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de uma preferência”. CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº

capacidade de consentimento a atos da vida civil, determinados pelo Código Civil Brasileiro²⁹⁰. Como já mencionado anteriormente, para o ordenamento jurídico civil, a pessoa acima de dezoito anos será inteiramente capaz para os atos da vida civil, excluindo, assim, crianças e adolescentes. Quanto a pessoas com deficiência mental, não é demais lembrar, após recente alteração do Código Civil²⁹¹ pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência²⁹², em 2015, elas passam a ser consideradas capazes como regra, havendo que se atentar casuisticamente a uma possível incapacidade para determinados atos, momento em que será necessário apoio de alguém de sua confiança²⁹³. Situação semelhante à que envolve adolescentes entre dezesseis e dezoito anos. Aos abaixo dos dezesseis, no entanto, a lei continua reservando a incapacidade para atos da vida civil²⁹⁴. Mas o CFM orienta que a opinião do paciente sempre seja considerada na tomada

1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. 2016, p. 17

²⁹⁰ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

²⁹¹ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

²⁹² A capacidade da pessoa com deficiência é declarada em dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como: Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. [...] Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. [...] Art. 83. Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade. [...] Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. [...]. BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 16 mar. 2021. Há ainda a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, incorporada ao ordenamento pátrio, cujo artigo 12 declara: “[...] 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.” [...]. BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁹³ Referido Estatuto também inseriu no Código Civil Brasileiro o instituto da “tomada de decisão apoiada”: Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

²⁹⁴ Há, no entanto, o Enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil sobre os atos existenciais, segundo o qual: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.” Esse

de decisão, mesmo das crianças, quando se tratar de intervenção médica preventiva, diagnóstica ou terapêutica, visando garantir a validade moral do consentimento dado²⁹⁵.

É importante observar haver críticas contundentes quanto à equiparação da capacidade de autonomia existencial (necessária ao consentimento nesse caso) - denominada comumente de discernimento ou competência - à capacidade para atos da vida civil ou à negocial, pois tal paralelo limita o exercício daquela indevidamente. A noção de autonomia, conforme orientam as autoras Moraes e Castro, sempre esteve “reduzida à função de garantia da liberdade negocial, [...] alicerçada na concepção jurídica da personalidade como atributo do sujeito de direito capaz de realizar livremente negócios jurídicos”²⁹⁶. E, nesse sentido, complementa Teixeira, a capacidade do agente (nos moldes previstos no CCB) é elemento essencial do negócio, “referindo-se à capacidade de fato ou de agir, essencial para se conferir segurança jurídica aos atos patrimoniais praticados. Contudo”, defende a autora “para as situações existenciais, o importante é que o sujeito tenha *discernimento*, ou seja, capacidade de querer e de entender, e *funcionalidade* – conforme novo parâmetro adotado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência –, o que se apura casuisticamente”²⁹⁷. Para as autoras, os artigos 3º e 4º do Código Civil se referem apenas a situações patrimoniais, a capacidade para atos e escolhas existenciais não deve ser restrita, sob pena de não se reconhecer ao sujeito o direito próprio de exercer o direito fundamental que lhe é resguardado (mesmo que seja necessário representação e assentimento).

A autonomia é um conceito relevante e é necessário alcançá-la, mas é mais acertado observar a autonomia a partir das escolhas, como defendem Beauchamp e Childress e não o ideal de “pessoa autônoma”. Como já defendido, dessa forma, não se categoriza genericamente as pessoas como capazes ou incapazes para consentir, ou para todo e qualquer ato, mas se observa a capacidade de autonomia de cada pessoa em situações determinadas; algum grau de autonomia até o menos autônomo guarda, da mesma forma que o mais autônomo, por vezes, pode ser acometido de situação que limite sua autonomia.

A partir dessa conclusão, defende-se aqui que mulheres com deficiência mental também podem ser capazes de autonomia para consentirem e se submeterem à técnica de gestação de

enunciado antecede à recente alteração do Código Civil que, em 2015, alterou o texto do referido artigo. Mas se refere aos menores de 16 anos, é uma orientação para que se considere suas vontades quanto a situações/escolhas existenciais.

²⁹⁵ CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. 2016, p. 16. Em caso de haver discordância entre o que deseja o menor de 18 anos e o seu representante, o CFM orienta requerer ao judiciário que se manifeste a respeito.

²⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014, p. 785.

²⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018, p. 92.

substituição onerosa em alguma situação (como idealizadoras da gravidez ou como gestante substituta), em exercício autônomo do direito ao próprio corpo. Devem ser consideradas capazes, e eventual incapacidade para consentir na técnica deve ser observada casuisticamente, de acordo com o grau de voluntariedade e entendimento que apresentem sobre ela e sobre os fatores jurídicos e sociais que a permeiam.

O elemento da *voluntariedade* indica que o consentimento (ou a recusa) deve ser obtido livremente pela pessoa que consente, estando ela livre de controles externos²⁹⁸, coação, engano, fraude, ou quaisquer vícios de vontade²⁹⁹. A presença de quaisquer desses vícios anula o consentimento. Ele deve ser uma decisão espontânea, “fruto das convicções do paciente, deve estar em sintonia com suas razões e suas emoções”³⁰⁰. Para o CFM, voluntariedade expressa a “liberdade do paciente para adotar uma decisão”³⁰¹.

Para além do controle indevido por terceiras pessoas, a voluntariedade pode também ser diminuída por aspectos tais como uma doença debilitante, abuso de substâncias psicotrópicas, lícitas ou ilícitas, ou desordens psiquiátricas, o que deve ser observado casuisticamente³⁰².

O consentimento precisa ser espontâneo, mas não necessariamente solitário, aconselhamentos de familiares e amigos, bem como do próprio médico, podem ser benéficos, desde que não tendenciosos ao que considera mais adequado³⁰³. A persuasão do paciente por meio de informações que o levem ao consentimento pelo mérito dos argumentos após deliberação, não pode ser equiparada a controle externo, ao contrário daquela persuasão alcançada por meio de manipulação, quando se utiliza de ameaça, ou argumentos irracionais e forçosos³⁰⁴. Esses viciam o consentimento.

Por sua vez, a *revelação* de informações, também apontada como dever de informação ou de esclarecimentos, é “substrato da autodeterminação do paciente”³⁰⁵, “para a tomada de

²⁹⁸ O que, como visto no tópico anterior, difere de influência externa, a qual não necessariamente retirará a capacidade de autonomia e a voluntariedade do consentimento informado, posto que o sujeito autônomo tem a habilidade de avaliar essas influências externas – tais como valores morais, sociais e religiosos – e decidir o que pretende tomar para si e levar como formador de sua personalidade.

²⁹⁹ A ausência de vícios de vontade é um dos pressupostos de validade do consentimento informado enquanto causa de justificação no âmbito penal. HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina*. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 42.

³⁰⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *Op. Cit.*, p. 837.

³⁰¹ CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. *Op. Cit.*, p. 15.

³⁰² BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. *Op. Cit.*, p. 189.

³⁰³ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *Op. Cit.*, p. 837

³⁰⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. *Op. Cit.*, p. 189.

³⁰⁵ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. *Op. Cit.*, p. 837.

uma decisão livre, consciente e não viciada acerca da intervenção”³⁰⁶. Os autores afirmam ser um requisito importante para o consentimento informado, e seu objetivo “deve ser o de fornecer ao paciente um conjunto suficiente de informações com base no qual ele possa tomar uma decisão autodeterminada”³⁰⁷. Além de ser um direito do paciente receber informações tanto quanto bastem para a correta elucidação sobre si e sobre a situação que lhe envolve, em contrapartida, é dever ético do médico informá-lo, dever esse que não pode ser transmitido a pessoa externa à equipe médica³⁰⁸.

Apesar de ser comumente apontado como requisito, há situações em que o próprio paciente, em razão de sua autonomia, pode dispensar, renunciar a esse direito de receber informações detalhadas, mas deve saber o conteúdo do que está renunciando. Contudo, no caso de gestação de substituição, acredita-se não ser o caso de se falar em renúncia a receber informações, posto não se tratar de doença, emergência ou situações que justifiquem o receio de passar ou receber informações aprofundadas que pudessem afetar psicologicamente o paciente³⁰⁹. Acredita-se que, mesmo se a gestante e/ou a pessoa idealizadora acessarem as informações necessárias individualmente, ainda assim, o médico deve esclarecer minúcias referentes à técnica.

Mas há diversos pontos relevantes a serem considerados a respeito dos esclarecimentos, como o conteúdo, a metodologia e forma adequadas, bem como a amplitude das informações, não bastando uma simples conversa e a assinatura do termo de consentimento³¹⁰.

³⁰⁶ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. Op. Cit.* p. 251.

³⁰⁷ HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 48.

³⁰⁸ BERGSTEIN, Gilberto. *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova. Op. Cit.*, p. 120. HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 52. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. Op. Cit.*, p. 838.

³⁰⁹ Em alguns casos excepcionais, o dever de esclarecimentos pode ser dispensável, não afetando a validade do consentimento; contudo, não em situações de RHA, pelo que não se aprofundará no assunto. Mas Siqueira e Bergstein afirmam o ser em situações em que o excesso de informação pode causar danos ao paciente, como emocionais e psicológicos, ou em intervenções urgentes, ou quando o próprio paciente dispensa ou nega receber as informações. No que se refere à intenção de evitar danos emocionais e psicológicos, se for a pessoa capaz de autonomia, entende-se tratar-se de atuação paternalista por parte do médico, mas, na ocasião prática, pode vir a se justificar. BERGSTEIN, Gilberto. *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova. Op. Cit.*, p. 132 ss. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 293 ss.

³¹⁰ As informações prestadas devem abranger o diagnóstico, o prognóstico, o tratamento e objetivos, as alternativas ao tratamento, os riscos, os benefícios e a evolução do tratamento, bem como - alguns defendem - os custos do tratamento e eventual cobertura por plano de saúde. BERGSTEIN, Gilberto. *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova. Op. Cit.*, p. 104 e ss. HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 49-51. SAVULESCU, Julian; HOPE, Tony; HENDRICK, Judith. *Medical Ethics and Law. The core curriculum. Op. Cit.*, p. 72. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 250 e ss. E o artigo 34 do Código de Ética Médica dispõe que é vedado ao médico: “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

A recomendação do CFM acerca do consentimento informado destaca que “os elementos informativos devem ser esclarecedores, a fim de propiciar uma decisão autônoma. A autonomia de decidir depende da compreensão da informação, o que não significa informação de detalhes técnicos desnecessários”. Para melhor compreensão do paciente, há que se observar a forma, devendo prezar, na forma oral ou escrita, por linguagem mais acessível e fluida, evitando tecnicismos desnecessários. No termo escrito em que se exare o consentimento, além da linguagem, deve ser observada a formatação, o tamanho da fonte, o espaço entre as frases, tudo para facilitar a leitura e o entendimento por parte do paciente e de quem de sua confiança³¹¹.

O consentimento informado não é um ato único e localizado, é um processo decisório, principalmente o repasse de informações, e, a não ser em casos de urgência³¹², deve levar tempo, de modo a deixar o paciente à vontade para deliberar livremente sobre as informações recebidas. Deve vir sempre e obrigatoriamente antes da intervenção.

Outro elemento do consentimento informado apontado por Beauchamp, Childress e Faden é o do *entendimento*, diretamente relacionado ao dever/direito de informação. Mais do que a simples obrigação de revelação de informações por parte do médico ou pesquisador, o enfoque do consentimento informado atualmente está no entendimento por parte do paciente ou sujeito de pesquisa, possibilitando e protegendo seu consentimento enquanto escolha individual autônoma³¹³. Entende-se aqui que o *entendimento* está atrelado à definição da capacidade, também (e principal) elemento do consentimento válido.

É essencial a um consentimento livre e esclarecido por parte da pessoa autônoma que ela entenda o que lhe é passado de informação acerca do procedimento a que será submetida. Esse entendimento, como já mencionado quando do estudo da ação autônoma, deve ser substancial, não necessariamente integral. Ou seja, deve ser suficiente o bastante para orientar e permitir uma escolha autônoma e, portanto, consciente: o “entendimento não precisa ser completo, pois uma compreensão substancial dos fatos centrais e de outras descrições em geral é suficiente. Alguns fatos são irrelevantes ou triviais; outros são vitais, e talvez decisivos”³¹⁴.

³¹¹ CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Op. Cit.*, p. 24 ss.

³¹² Siqueira enfatiza que a informação (bem como recomendação), pode ser suavizada ou intensificada em atenção às peculiaridades da situação, sobretudo, “a amplitude do dever de informar dependerá da urgência da intervenção”. Destaca que quanto mais essencial e inevitável for a intervenção - em emergências, por exemplo -, “tanto menor será a extensão do dever de esclarecer”. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 279.

³¹³ BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A history and theory of informed consent. Op. Cit.* p. 274.

³¹⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica. Op. Cit.*, p. 180 ss. Da mesma forma, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética e biodireito. Op. Cit.*, p. 67.

Juntamente com a revelação de informações, o entendimento é fundamento da autodeterminação.

“Fazer perguntas, tentar descobrir as preocupações e os interesses do paciente ou sujeito e estabelecer uma atmosfera que encoraje perguntas muitas vezes fornece mais entendimento do que as informações reveladas”³¹⁵, o que demonstra a necessidade de troca e compartilhamento de informações, bem como o tempo que pode durar o processo de consentimento.

Não obstante, determinados contextos e conjunturas podem interferir diretamente no entendimento das informações reveladas, atentam Beauchamp e Childress, tais como a natureza do entendimento e a capacidade individual de associar as informações, situação em que o médico deve procurar adaptar a linguagem e a forma utilizada, de modo a tornar a informação acessível ao paciente, utilizando elementos que lhe são cotidianos³¹⁶. Não sendo possível tal entendimento, restará afetada inclusive a capacidade para exarar consentimento válido, acredita-se.

³¹⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica. Op. Cit.*, p. 180 ss.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 181-183. A dificuldade de processamento das informações também pode comprometer o entendimento, o que pode ser agravado pelo excesso de detalhes desnecessários, e pela forma com que a informação é repassada, se dando maior enfoque nos riscos ou nos resultados, por exemplo. Outrossim, a renúncia do paciente ao direito de receber informações pode impactar diretamente em seu entendimento. Outra circunstância que pode atrapalhar o entendimento é a não aceitação da realidade e veracidade das informações repassadas e a existência de falsas crenças por parte do paciente, que o fazem crer não ser aquela a situação de fato que lhe acomete, ou não ser aquele o diagnóstico adequado, ou o próprio tratamento, entre outras diversas possibilidades que essa situação pode abranger. Um exemplo autoevidente que hoje acomete dramaticamente a sociedade brasileira são as falsas crenças, ou as *fake news*, acerca de supostos tratamentos profiláticos contra a Covid 19 por meio de remédios como Cloroquina e Ivermectina, sem qualquer respaldo científico. E, ainda mais grave, o desacreditamento generalizado das vacinas criadas para combater o vírus, seja com fundamento na origem delas, seja nos supostos efeitos prejudiciais que ela poderia causar no organismo, também sem qualquer respaldo científico. Essas crenças, por parte do governo e da sociedade, podem dificultar a atuação médica no repasse de informações, no que diz respeito à obtenção de consentimento para um tratamento considerado mais adequado. Desse modo, por um equívoco no adequado entendimento das informações repassadas devido às falsas crenças, podem surgir consentimentos informados, ou mesmo recusas, em contrassenso com aquilo que era de fato desejável pelo próprio paciente, como manter-se saudável ou mesmo vivo. Notícias como as que seguem têm sido recorrentes: AMIGO, Ignacio. *Estudo sugere que pessoas em “tratamento precoce” tiveram taxas mais altas de infecção por covid-19 em Manaus*. El País - Brasil. Caderno Pandemia de Coronavírus. 26 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-26/estudo-sugere-que-pessoas-em-tratamento-precoce-tiveram-taxas-mais-altas-de-infeccao-por-covid-19-em-manaus.html>. Acesso em: 15 mar. 2021. MARTINS, Leonardo. *Na UTI, pacientes dizem a médicos e enfermeiros que tomaram Ivermectina*. UOL. Caderno Coronavírus. 09 mar. 2021. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/09/enfermeiros-medicos-uti-ivermectina.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 15 mar. 2021. WERNECK, Natasha. *Enfermeira bolsonarista morre de reinfecção da COVID-19 após recusar vacina*. Estado de Minas. Caderno Pandemia. 26 fev. 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2021/02/26/interna_nacional,1241233/enfermeira-bolsonarista-morre-de-reinfeccao-da-covid-19-apos-recusar-vacina.shtml. Acesso em: 15 mar. 2021. CRIADOR do "kit Covid", médico morre da doença após 45 na UTI. Portal IG. Caderno Saúde. Disponível em: <https://saude.ig.com.br/2020-09-04/criador-do-kit-covid-medico-morre-da-doenca-apos-45-na-uti.html>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Por fim, o último elemento do consentimento informado é o próprio *consentimento*, momento em que há, por parte do paciente, uma decisão (em favor de) e uma autorização (do plano escolhido)³¹⁷. Na maior parte das vezes, vem expresso documentalmente, por meio do *Termo de Consentimento Informado* (ou *Termo de Consentimento Livre e Esclarecido*), sendo essa a orientação do CFM.

Esses cinco elementos essenciais do consentimento são pressupostos de sua existência e validade, mas há ainda que se observar outros critérios para garantir sua validade, como instituto apto a autorizar legalmente intervenções externas no âmbito privado de quem consente. O consentimento informado válido é extremamente relevante no âmbito penal, pois tem o condão de excluir a ilicitude (ou a tipicidade, a depender da teoria) de condutas de profissionais médicos que seriam consideradas ilícitas, não fosse a autorização do próprio portador do bem jurídico (como lesões corporais, constrangimento ilegal e até homicídio)³¹⁸.

Hilgendorf apresenta oito pressupostos essenciais à validade do consentimento, que devem estar presentes, juntamente com os elementos anteriores, sem os quais, para o autor, o consentimento sequer existe. São eles, além da i. capacidade de compreensão e julgamento de quem consente, da ii. obrigatoriedade de informações suficientes e da iii. ausência de vícios de vontade (os quais já se apresentou): iv. a disponibilidade do bem jurídico; v. o direito de disposição por parte de quem consente; vi. ser o consentimento anterior à intervenção; vii. o elemento subjetivo de justificação; e viii. ausência de violação aos bons costumes³¹⁹.

Aplicado à técnica da gestação de substituição onerosa, o consentimento sempre deverá ser expressamente exarado antes da intervenção médica necessária, e o médico só poderá atuar em razão do consentimento da gestante, “deve conhecê-lo e tê-lo como base”³²⁰ para o procedimento, sendo isso o que justifica sua atuação. Ademais, considera-se que o uso do corpo necessário à gestação de substituição está dentro do âmbito de disponibilidade sobre o bem jurídico *corpo* (integridade física) da mulher que seja capaz de autonomia. E, por fim, a observação sobre os “bons costumes” é contrária à própria inteligência democrática, insinuando julgamento heteronômico, já que impossível mensurar um conceito moral como esse de modo abrangente. Aprofundar-se-á na análise de tais pontos no capítulo cinco, quando se discorrerá sobre os direitos de personalidade³²¹.

³¹⁷ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. *Op. Cit.*, p. 166.

³¹⁸ Para maiores informações sobre o consentimento e seus reflexos no âmbito penal, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. *Op. Cit.*

³¹⁹ HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina*. *Op. Cit.*, p. 42 e ss.

³²⁰ *Ibid.*, p. 43.

³²¹ Cf. tópico 5.2.1. Dos direitos de personalidade

2.5. A gestação de substituição onerosa como exercício da autonomia

É possível definir, nesse momento, a “mulher autônoma” para os fins pretendidos na tese, conceito esse que não terá atribuição permanente, mas localizado, casuístico, devendo-se lhe entender como a mulher capaz de um agir autônomo. Como visto, adota-se a perspectiva constitucional de autonomia, constituída e amparada pela própria dignidade humana, enquanto preceito geral que orienta um Estado liberal Democrático.

Defende-se aqui que a mulher autônoma é livre para se submeter à técnica de reprodução assistida da gestação de substituição onerosa, com o fim de gestar criança em seu útero para terceiros, mediante contraprestação financeira. Isso em exercício da sua liberdade, do seu direito à autodeterminação e ao próprio corpo, enquanto direito de personalidade, entre outros fundamentais.

A autonomia, como demonstrado até então, atribui ao ser humano o direito de deliberar e definir os rumos da própria vida, o que lhe confere dignidade, em sua concepção e valoração pessoal. Mas, quando a manifestação da autonomia se dá em contexto biomédico, sobre aspectos existenciais e do próprio corpo, mais do que observar a pessoa autônoma, faz-se necessário alcançar e perceber a capacidade de *escolha autônoma*, a capacidade da pessoa de deliberar e tomar uma decisão verdadeiramente autônoma quando instada para tanto, o que não pressupõe necessariamente categorizar a pessoa que delibera como autônoma em toda e qualquer situação.

Tal mudança de perspectiva é paradigmática, e tem movido avanços democráticos extremamente relevantes, pelos quais já não se segrega mais, por exemplo, pessoas com deficiência mental necessariamente como incapazes. Reconhece que tanto a pessoa antes considerada naturalmente capaz de autonomia pode, eventualmente, tomar decisões não autônomas, como aquela que era inevitavelmente considerada incapaz pode guardar certo grau determinável de autonomia para diferentes atos e decisões.

Então, a mulher será considerada autônoma para escolher ser gestante substituta mediante remuneração quando puder fazer essa escolha i. intencionalmente; ii. com entendimento; e iii. livre de interferências controladoras determinantes.

Quer dizer, sua escolha deve ser intencional, deliberada, deve refletir sua vontade premeditada. Da mesma forma, deve ser livre de controle externo, sendo esse interpretado como domínio, comando, o que difere das influências externas, às quais se está socialmente exposto e podem, inclusive, passar a integrar a personalidade. Fatores morais, sociais, religiosos, por exemplo, perpassam a formação de identidade e gosto pessoal, e é possível e desejável manter

autonomia diante deles. Sendo assim, a autonomia não está livre de interferências externas, mas, ao contrário, impõe-se a despeito e diante delas, como debatido a partir de Feinberg e das perspectivas feministas.

E, principalmente, a mulher deve ter entendimento acerca do que delibera, deve ser capaz de entender o procedimento da reprodução assistida integralmente, toda informação relevante acerca da gestação de substituição e seus reflexos biológicos, jurídicos e sociais, e deliberar a partir disso. Essa capacidade de entendimento deve ser observada casuisticamente. Quando a mulher se interessar pela técnica, deve ser orientada por equipe médica, e caberá a esta aplicar métodos adequados para observar a capacidade de entendimento da mulher para consentir e livremente se submeter à técnica. Isso pode garantir acesso igualitário a todas as mulheres, inclusive as com deficiência mental.

Importa observar, no entanto, que, além de agir autonomamente, a pessoa deve apresentar capacidade civil para consentir com a técnica, para celebrar termo de acordo e, ainda, para celebrar um contrato oneroso, quando da possibilidade de retribuição financeira pela TRA. O Código Civil dispõe que a pessoa se torna apta à prática de todos os atos da vida civil atingindo a maioridade, aos 18 anos³²². Antes disso, entre 16 e 18 anos, pode ser considerada incapaz para determinados atos³²³. E o CFM parece entender o consentimento como um desses atos para os quais o menor de 18 anos é incapaz, limitando a capacidade para consentir aos maiores dessa idade que não tenham alguma doença ou condição transitória que comprometam o entendimento³²⁴. Logo, por mais que se entenda que não há limite fixo para se perceber diferentes graus de autonomia entre os sujeitos, sendo todos, em maior ou menor grau, competentes para reger a própria vida, defender-se-á aqui limite etário mínimo restrito à idade de 18 anos para a mulher - capaz de agir autonomamente - poder consentir com a submissão à técnica, aderindo ao que dispõe a lei civil e o que entende o CFM quanto a esse ponto especificamente. Até porque, além de ser uma decisão relevante, é uma técnica que envolve

³²² Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

³²³ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

³²⁴ “A capacidade constitui elemento básico do consentimento e pode ser definida como a aptidão necessária para que uma pessoa exerça, pessoalmente, os atos da vida civil. Segundo o Código Civil brasileiro, a capacidade é um estado que compreende, em regra, a exigência da maioridade civil, ou seja, ter 18 anos ou mais, sendo considerados absolutamente incapazes para atos da vida civil os menores de 16 anos, os que não tiverem o necessário discernimento para a prática de determinado ato, em decorrência de enfermidade ou deficiência mental, e aqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.” CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Op. Cit.*, p. 16.

gestação, para a qual é importante que a mulher já tenha chegado à fase adulta, que seu corpo se encontre desenvolvido e apto para tal processo, o que costuma coincidir com tal idade.

A mulher capaz de agir autonomamente - a quem se chamará no decorrer da tese de mulher autônoma - expressará sua capacidade de autonomia por meio do Termo de Consentimento Informado, pelo qual autoriza a técnica de reprodução assistida e o que ela envolve³²⁵. A mulher consente de modo informado com a submissão ao procedimento de TRA quando “[...] for capaz de agir, receber uma exposição completa, entender a exposição, agir voluntariamente e consentir na intervenção”³²⁶, não havendo que se falar, nesses casos, em consentimento presumido.

Logo, sendo a mulher autônoma e, por conseguinte, estando de posse do direito à autodeterminação e do direito ao seu próprio corpo, deve lhe ser facultado o direito de prestar o serviço de gestar criança para terceiros, mediante remuneração, caso assim bem entenda. É um exercício de liberdade e um ato autorreferente que não afeta bens e direitos de terceiros. Proibi-la de assim proceder ofende a própria dignidade humana, na medida em que não lhe permite determinar os rumos de sua vida da forma como julga melhor, sem haver motivo legítimo para justificar tal proibição.

O Estado não pode intervir na vida dos cidadãos, determinando como cada um deve vivê-la, quando suas escolhas sejam sobre si mesmos e seus corpos, mormente se eleger formas consideradas mais adequadas e/ou dignas de se viver. Ao escolher algumas formas adequadas de se viver a vida em detrimento de outras, o Estado adota padrões morais para si e tenta, heteronomicamente, impor aos cidadãos.

Em um Estado Democrático de Direito que preza e assegura liberdades individuais, a autonomia deve ser um valor fundamental absoluto, garantido a todo ser humano capaz de tomar decisões sobre sua própria vida. Ou, ao menos, quase absoluto, na medida em que deve ser limitada tão somente quando necessário para resguardar direitos de terceiros e essenciais para a convivência em sociedade.

³²⁵ A Resolução 2.294/21, sobre TRA, dispõe sobre o Termo de Consentimento Informado de modo geral para as técnicas no *nº 4 do item I*, e sobre um específico para a gestação de substituição, no *nº 3.1. item VII*: “4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.” “3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;”

³²⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. *Op. Cit.*, p. 165.

Além de ser um ato autorreferente, as práticas e ações necessárias à implementação da gestação de substituição, altruísta ou onerosa, sequer geram danos expressivos à própria gestante. Não afetam permanente ou gravemente sua integridade física, não implicam em diminuição ou perda de alguma parte de seu corpo. Haverá possível afetação da sua integridade física quando do parto, mas esta, além de necessária, é natural e socialmente aceita, estando legitimada pelo consentimento informado da gestante autônoma, como ocorre com qualquer outra mulher gestante. Inclusive é permitida na gestação de substituição altruísta, e o fato de ser a gestante paga para tanto não afetaria mais seu próprio corpo ou algum direito de outrem.

Argumento comumente utilizado para justificar sua proibição perpassa pela proibição de mercantilização do corpo, de partes dele ou da própria criança, associando-se equivocadamente a técnica a um contrato de compra e venda, e não a uma prestação de serviços. Outra justificativa interessante assume a maternidade como algo naturalmente sagrado, a qual desperta na mulher uma ligação imanente e um desejo incontrolável de ser mãe daquela criança, excluindo seu agir racional, o que pode gerar conflitos em relação à maternidade. Ainda, argumenta-se comumente que a permissão de se contratar gestante substituta acirraria a desigualdade social, promovendo exploração de mulheres pobres, o que se considera mais relevante e digno de atenção.

A gestação de substituição onerosa, como visto, é supostamente proibida no país, e, acredita-se ser (mais) uma proibição moral e uma imposição externa de limite hegemônico ao corpo feminino. Acredita-se que a técnica procedida de modo oneroso é só mais uma forma de prestação de serviços em uma sociedade capitalista, em que se usa do corpo como ferramenta de trabalho.

3. RESPEITO À AUTONOMIA: DESMISTIFICANDO A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A mulher com capacidade de autonomia tem direito de se autodeterminar, de escolher os rumos de sua própria vida, de dispor de seu corpo como bem entender, inclusive como ferramenta de trabalho em uma sociedade capitalista. Isso já está demonstrado. Porém, como não poderia ser diferente, em sociedade, a autonomia deve ceder espaço e ser limitada em situações em que seu exercício possa afetar também a autonomia e demais direitos fundamentais de terceiros pessoas. Discorda-se aqui, como já defendido, que ela possa ser limitada para proteger a própria pessoa autônoma de suas escolhas e determinações pessoais.

Sobre a gestação de substituição onerosa, os argumentos que procuram justificar sua proibição, e até sua criminalização, vão além da capacidade de agir autônomo da mulher, e são realmente relevantes. De fato, não se pode defender que uma pessoa capaz de autonomia seja livre para prestar serviços reprodutivos para terceiros, e ser remunerada por isso, sem antes se analisar a conjuntura social e os impactos que isso poderia gerar em uma perspectiva macro - inclusive podendo anular a autonomia, viciar o consentimento - pois, a depender desses impactos, a proibição pode ser justificável.

3.1. Outra perspectiva: os argumentos contrários à gestação de substituição onerosa

São três as objeções contra a gestação de substituição onerosa. Há quem defenda³²⁷ que a técnica onerosa, mesmo envolvendo pessoas autônomas, não deve ser permitida por ser uma atividade inerentemente exploradora, o que invalida o consentimento da mulher e acirra a desigualdade social. Essa perspectiva é intitulada objeção da equanimidade.

Outros entendem que a técnica configura indevida objetificação do corpo da mulher e da sua capacidade reprodutiva, bem como das crianças gestadas, as quais são verdadeiramente vendidas, uma prática que ofende a natureza e a dignidade humanas. Essa é a objeção da corrupção, que também defende que o comércio humano degrada valores e sentimentos morais universais, tais como altruísmo e solidariedade.

³²⁷ Opta-se por não referenciar os autores nesse momento, já que todas as perspectivas apresentadas nesses parágrafos introdutórios serão aprofundadas adiante.

As objeções da equanimidade e da corrupção se dedicam a refletir sobre o comércio do corpo humano em todas as suas formas³²⁸, apesar de voltá-las mais aqui ao tema mote da pesquisa.

Por fim, igualmente importante, por estar a gestação natural e socialmente atrelada à maternidade, há quem defenda haver um vínculo irrefragável entre gestante e feto, sendo, pois impensável separar a criança de “sua mãe”, verdadeiramente aquela que gestou. E a mulher que procede à técnica é vista como vítima de uma exploração. Ou como uma mãe “desnaturada”³²⁹. A esta se intitulará de objeção do amor materno, e tratará em tópico autônomo.

3.1.1. *Objeção da equanimidade: o argumento da exploração de mulheres como prática inerente à gestação de substituição onerosa*

Importante oposição à modalidade onerosa da gestação substituída está amparada na convicção de que sua legalização e regulamentação resultará irremediavelmente na exploração de mulheres pobres. Ganha especial relevo considerando a prática em contexto internacional, posto que a exploração se daria de países ricos sobre os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento³³⁰. Essa oposição, a objeção da equanimidade, como aponta Sandel, “aponta para a desigualdade que as escolhas de mercado podem refletir”³³¹. Não se negligencia aqui essa propensão, mas não se pode concordar com os argumentos generalizadores e paternalistas que são emparelhados para justificar a proibição generalizada a partir disso.

Como muito bem observa Wertheimer, alega-se, com frequência, que a gestação de substituição explora as gestantes substituídas e que tal exploração é motivo para proibi-la: “[...]”

³²⁸ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Tradução: Clóvis Marques. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 109-110.

³²⁹ LUNA, Naara. *Maternidade Desnaturada: Uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. Cadernos Pagu (UNICAMP), Campinas, v. 19, 2002.

³³⁰ Alguns autores que defendem essa perspectiva, em todo o mundo: BARREDA, Nicolás Jouve de la. Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 153-162. GUPTA, Jyotsna Agnihotri. Reproductive biocrossings: Indian egg donors and surrogates in the globalized fertility market. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*. 5 (April): 25–51, 2012. HEREDIA, Candela Rocío. Maternidad subrogada, autonomía y tecnología. Pensando la economía de las propiedades vitales. *Question*, Vol. 1, N.º 59, julio-septiembre, 2018, pp. 1-12. OSBERG, Brendan. For your first born child: an ethical defense of the exploitation argument against commercial surrogacy. *Penn Bioethics Journal*. Vol II, Issue ii, Spring 2006, pp. 42-45. SANDEL, Michael. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 116-128. VAN NIEKERK, Anton; VAN ZYL, Liezl. The ethics of surrogacy: women's reproductive labour. *Journal of medical ethics*, 1995; 21: 345-349. Quanto à autora Liezl Van Zyl, parece ter mudado de posicionamento nos últimos anos, sendo atualmente favorável, o que se pode concluir pelo seu artigo mais recente: VAN ZYL, Liezl; WALKER, Ruth. Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model. *Bioethics*, Oxford, v. 27, n. 7, p. 373-381, 2013.

³³¹ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. *Op. Cit.*, p. 109.

digo ‘alegada’ não para prejulgá-la a coerência ou validade de tais alegações, mas porque são tipicamente apresentados sem muita análise ou argumentação”. Segundo o autor, os que acreditam nessa perspectiva dizem simplesmente que é exploradora, “[...] como se o significado, a validade e a força moral dessas afirmações fossem evidentes. Eles não são”³³².

Esse entendimento, de intenção utilitarista, fundamenta-se na assertiva de que apenas mulheres pobres se dispõem a gestar filhos para terceiros interessados mediante remuneração, e de que, mesmo sendo capazes de autonomia, seu consentimento não poderia ser considerado válido, posto que lhes exigiria muito negar o que é oferecido. A proposta financeira, assim, pode configurar verdadeira forma de coerção, à qual a mulher não consegue negar, diante da ausência de opções igualmente vantajosas. A carência e a vulnerabilidade dessas mulheres restariam escondidas por uma escolha supostamente autônoma e consentida, mas verdadeiramente coagida, o que caracterizaria o caráter explorador. Ademais, tal situação contribuiria para o acirramento da desigualdade social, na medida em que apenas pessoas ricas teriam acesso à técnica, por meio da exploração de mulheres pobres³³³.

Desse modo, para os que assim pensam, seria necessário que se proibisse a técnica onerosa visando o bem-estar, saúde e liberdade dessas mulheres, que, por estarem em situação de extrema vulnerabilidade social, não apresentariam capacidade de consentir validamente para tal prática e sempre se tornariam vítimas de exploração³³⁴.

³³² WERTHEIMER, Alan. Two Questions About Surrogacy and Exploitation. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 21, No. 3 (Summer, 1992), pp. 211-239, p. 212. No original: “(...) it is frequently alleged that surrogacy exploits the surrogate mothers and that such exploitation is grounds for prohibiting commercial surrogacy. I say “alleged” not to prejudge the coherence or validity of such claims, but because they have typically been advanced without much analysis or argument. Instead, it is simply said that surrogacy is exploitative, as if the meaning, validity, and moral force of these claims were self-evident. They are not.”

³³³ A mesma preocupação procura justificar a proibição e criminalização da venda de órgãos humanos transplantáveis. Cf., por exemplo: BADARÓ, Tatiana. Comercialização de órgãos transplantáveis ofende bem jurídico? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, pp. 325-346. OLIVEIRA, Lucas Costa de. *Mercado Regulado de órgãos e tecidos humanos*. Entre o direito, a economia e a ética. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

³³⁴ Como exemplo do argumento manejado por essa concepção, observe-se o posicionamento do Parlamento Europeu em 2015 acerca do tema: “115. Condena a prática de gestação para outrem, que compromete a dignidade humana da mulher, pois o seu corpo e as suas funções reprodutoras são utilizados como mercadoria; considera que a prática de gestação para outrem, que envolve a exploração reprodutiva e a utilização do corpo humano para ganhos financeiros ou outros, nomeadamente de mulheres vulneráveis em países em desenvolvimento, deve ser proibida e tratada com urgência em instrumentos de direitos humanos”. PARLAMENTO Europeu. *Resolução do Parlamento Europeu, de 17 de dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_PT.html. Acesso em 15 abr. 2021.

O conceito de exploração que aqui interessa apresenta conteúdo moral, indicando “tirar vantagem injusta”, aproveitar da situação vulnerável de alguém para obter determinada vantagem em detrimento de seu melhor interesse³³⁵.

Winkinson propõe estudo acerca da exploração visando observar se, de fato, a relação comercial estabelecida por meio da gestação de substituição onerosa é tão intrinsecamente exploradora, nesse sentido moral, a ponto de justificar sua proibição. Sua conclusão é negativa, com a qual se concorda. O autor ensina que um acordo será considerado explorador: i. se uma das partes, a pessoa explorada, receber³³⁶ um benefício injustamente baixo, ou, ainda, por meio do acordo, obtiver custos ou danos injustamente elevados; e, ii. se seu consentimento for defeituoso ou inválido³³⁷. Ou, em outras palavras, quando “[...] a distribuição de benefícios e danos entre A e B é (outras coisas sendo iguais) injusta (em favor de A); e, [...] B não consente validamente”³³⁸.

Não se escusa, e se aprofundará adiante, que possa haver exploração nesses contratos. Mas não é possível supor que em todo e qualquer acordo de gestação de substituição onerosa haverá exploração, nesses termos. Analisando-se rapidamente o acordo celebrado entre pessoas capazes de autonomia, únicas partes legítimas, pode-se observar: os pais idealizadores não serão explorados, pois o acordo lhes permite realizar o sonho de gerar um filho quando não possível pessoalmente, permite exercer seu direito ao livre planejamento familiar. A gestante não será explorada, ao receber retribuição financeira adequada pelo serviço que prestará gestando filho que não é seu. Logo, ambas as partes receberão benefícios altos. Quanto aos custos, riscos e danos, pessoas capazes de autonomia e de consentimento têm plena consciência e condições de avaliar sobre estes, ponderando-os em oposição ao benefício que receberá.

No caso da gestante, uma vez informada (requisito essencial do consentimento), analisará suas reais condições de gerar filho de terceira pessoa e de entender e respeitar o fato de que a criança não é sua. Será informada também sobre os riscos - atualmente não tão elevados - que a gestação pode lhe impor. Não se pode considerar que a pobreza genericamente lhe retira

³³⁵ Wilkinson diferencia a exploração de cunho moral e não moral, indicando esta última apenas o sentido de usar, como “explorar uma oportunidade”, não desperdiçar, aproveitar ao máximo. WILKINSON, Stephen. Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 33, no. 2, may 2016, pp. 125-145, p. 127.

³³⁶ Ou, mesmo que não recebido, tendo acordado para tanto: “(...) that the exploited person derives (or is at risk of deriving) an unfairly low level of benefit and/or suffers an unfairly high level of cost or harm; (...)”. *Ibid.*

³³⁷ *Ibid.*, p. 127.

³³⁸ Tese essa que o autor já sustenta há alguns anos: WILKINSON, Stephen. The exploitation argument against commercial surrogacy. *Bioethics*, volume 17, number, 2, 2003, pp. 169-187, p. 173. No original: “(a) the distribution of benefit and harm between A and B is (other things being equal) unjust (in A’s favour); and, (b) B does not validly consent.”

essa competência, apesar de poder retirar casuisticamente, o que pode ser evitado com uma atuação estatal mais intervencionista no contrato, atuando em paternalismo moderado.

Savulescu, analisando mais pragmaticamente a moralidade da venda de partes do corpo e os riscos a que se submeteria a pessoa que por ela optasse, questiona: “se podemos correr o risco de danificar nosso corpo por prazer (fumando ou esquiando), por que não por dinheiro que usaremos para realizar outros bens na vida?”. E conclui: “proibir o mercado de órgãos é, paradoxalmente, restringir o que as pessoas podem fazer com suas próprias vidas”³³⁹.

Para o autor, as pessoas devem ser respeitadas em suas capacidades de julgar se os benefícios para suas próprias vidas ou de seus familiares superam os riscos. E impedi-los de assim deliberar significa julgá-los como incapazes. “É paternalismo em sua pior forma”.

Mas, com a mesma preocupação de Wilkinson, Savulescu afirma a necessidade de regulação sobre esses “contratos de mercantilização do corpo”. Ainda, enfatiza que tal mercado deve envolver pessoas plenamente informadas, mediante consentimento livre e esclarecido.

O fato de alguém viver em condições financeiras e sociais desfavoráveis não retira, por si só, a validade de seu consentimento, e afirmar o contrário soa como afronta à própria dignidade humana, da qual provém a autonomia. Isso equivale a considerar pessoas pobres incapazes de decidirem sobre suas vidas, de ponderarem benefícios e riscos, tão somente por tal condição. Sob uma tentativa equivocada de aplicar um paternalismo suave, impõe-se um rígido.

Independentemente da situação financeira, é deveras “paternalista e depreciativo afirmar que mulheres bem informadas [...] são incapazes de tomar uma decisão racional sobre esta questão”³⁴⁰, ressalvada a situação contingencial de pobreza extrema e exploração pelos próprios termos do contrato. Sobretudo para deliberar sobre a gestação de substituição onerosa³⁴¹, para a qual, observando-se o procedimento médico adequado, haverá a obrigatoriedade de se atestar sua capacidade de autonomia e de consentimento, sendo requisito essencial deste a obtenção de informações o quanto bastem para tornar mais livre e esclarecido seu consentimento.

³³⁹ SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, July 2003, pp. 139-140, p. 140. “To ban a market in organs is, paradoxically, to constrain what people can do with their own lives”.

³⁴⁰ RAMSKOLD, Louise Anna Helena; POSNER, Marcus Paul. Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates. *J Med Ethics*. 2013; 39: 397–402, p. 398.

³⁴¹ No mesmo sentido, BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. *Medicine, Health Care and Philosophy* (2020) 23:621–630, p. 623. HUMBYRD, Casey. Fair Trade International Surrogacy. *Developing World Bioethics*. Volume 9, number 3, 2009, pp 111–118, p. 115. PURDY, Laura M. Surrogate mothering: exploitation or empowerment? *Bioethics*, 1989, Jan. 3(1): pp. 18-34, p. 22.

O consentimento dessas pessoas será válido, como qualquer outro, quando observados os seus pressupostos de validade, os quais não são excluídos simples e genericamente por aspecto financeiro. Como já estudado no segundo capítulo, o consentimento válido observa diversos elementos essenciais, tais como, entre outros, a capacidade da pessoa para consentir, a tomada de decisão de forma voluntária e ausente de vícios de vontade, receber e entender adequadamente as informações pertinentes à decisão³⁴². Não há como pressupor incapacidade, ou uma ação como involuntária, por aspecto financeiro, muito menos há como equiparar a pobreza a vícios de vontade, tais como a coerção, a ameaça, o engano.

Porém, como bem destaca Wilkinson, pode haver exploração se a remuneração paga à gestante for injustamente baixa ou se seu consentimento for defeituoso³⁴³. Isso, ocasionalmente pode ocorrer, e deve ser evitado. Por certo, não se pode negar que mulheres em condições sociais e financeiras mais vulneráveis estarão mais propensas a prestarem o serviço de gestação de substituição onerosa³⁴⁴, considerando a vantagem patrimonial que podem obter em comparação a outras remunerações a que teriam acesso, pela mesma formação e exigência profissional. Notoriamente, prestar esse serviço não é tão simples e comum quanto podem ser outras profissões já sedimentadas socialmente, tanto por interditos sociais e pessoais, quanto pelos próprios aspectos físicos, biológicos e psicológicos envolvidos. Concorda-se com isso. É certo também pensar que pode ser mais pesaroso a essas mulheres recusar a oferta financeira para prestar tal serviço, e até mesmo que isso possa resvalar na sua condição de escolha autônoma, tal como observa Feinberg³⁴⁵. Contudo, disso não se pode concluir que se tornam incapazes de autonomia e/ou de consentir validamente, ou que fatalmente serão exploradas, o que, para os que assim entendem, justificaria a proibição.

De fato, se alguma mulher em situação de extrema vulnerabilidade econômico-social consentir na técnica por um pagamento irrisório ou por condições mínimas de sobrevivência,

³⁴² Cf. tópico 2.4. “Consentimento Informado como instrumento da autonomia”. E também: HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina. Op. Cit.*, p. 42 ss. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. Op. Cit.* p. 219 ss.

³⁴³ O que também reiteram BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. *Op. Cit.*, p. 623. No original: “Clearly harm to the surrogate is not the issue in this argument, since altruistic surrogacy is still seen as acceptable. Then, the surrogate may be unjustly used as a means if she is underpaid, which would occur if the physical and psychological risks to the surrogate are not properly compensated in relation to the benefit to the intended parents.”

³⁴⁴ Como bem constata Badaró, ao chegar à mesma conclusão em relação à venda de órgãos, “esse prognóstico, além de plausível, é suportado por evidências empíricas”. BADARÓ, Tatiana. Comercialização de órgãos transplantáveis ofende bem jurídico? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. *Op. Cit.*, p. 329. E indica artigo no mesmo sentido, ao qual se buscou acesso: MALMQVIST, Erik. Are bans on kidney sales unjustifiably paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, 2014, pp. 110-118.

³⁴⁵ Cf. tópico 2.2.1. “Feinberg, Dworkin e a definição de pessoa autônoma”.

nessa ocasião, possivelmente, restará configurada uma relação de exploração, a qual deve ser evitada pelo Estado de maneira prática e localizada. O Estado - assim como já o faz em contratos de trabalhos, em contratos consumeristas - deve estabelecer direitos e condições que efetivem a paridade entre os contratantes. Determinações como o estabelecimento de um valor mínimo a ser pago à gestante³⁴⁶, da obrigação de lhe custear plano de saúde, por exemplo, já visam assegurar maior condição de igualdade entre as partes.

Como bem observa Badaró: “o fato de ser altíssima a possibilidade de que qualquer trabalhador, que dependa do emprego para sobreviver, venha a ser explorado pelo patrão não pode tornar proibida a própria relação de trabalho”³⁴⁷. Assim como também não se pode proibir relações de consumo, considerando a vulnerabilidade presumida do consumidor³⁴⁸. Deve-se, na verdade, controlar, regulamentar tais relações a fim de evitar a exploração e garantir maior igualdade na relação contratual. E, da mesma forma que ocorre com as relações de trabalho e consumeristas, o Estado deve agir de modo intervencionista, garantindo paridade entre os contratantes da gestação de substituição onerosa, sobretudo, liberdade para que a gestante possa deliberar sobre os termos do acordo de gestação, não simplesmente acatá-lo por precisar sobreviver.

Se existem pessoas em situações tais de pobreza é por dívida e falha da sociedade e do próprio Estado, que não lhes garante subsistência digna e direitos sociais básicos, com vistas a resguardar maior liberdade de atuação e escolha em uma sociedade plural e democrática³⁴⁹, inclusive para optarem pela gestação de substituição onerosa com maior autonomia. E ele deve consertar isso, deve, no mínimo, regulamentar e controlar referido acordo, para que não haja exploração na prática.

O argumento da exploração genérica contra a gestação de substituição onerosa pressupõe que “os futuros pais estão pagando pela pobreza da mulher e não pela sua vontade [...]. Mas como o pagamento pela gestação de substituição difere do incentivo financeiro para outros tipos de trabalho?” Humbyrd faz esse questionamento contrastando: “nossa vontade

³⁴⁶ Vide, por exemplo, a delimitação de um salário-mínimo que deve ser pago ao trabalhador, abaixo do qual não se pode estabelecer, legalmente, uma remuneração por contrato de trabalho.

³⁴⁷ BADARÓ, Tatiana. Comercialização de órgãos transplantáveis ofende bem jurídico? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. *Op. Cit.*, p. 331.

³⁴⁸ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]

³⁴⁹ Com o que concordam: RAMSKOLD, Louise Anna Helena; POSNER, Marcus Paul. Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates. *Op. Cit.*, p. 398. No original: “This vulnerable situation is a fault of society, which has a duty to protect its members from absolute poverty by providing alternative sources of income and employment.”

pode não consentir em ser uma faxineira, mas nossa pobreza pode. Isso significa que oferecer pagamento pela limpeza da casa é abusivo?” Para a autora, os oponentes à modalidade onerosa da técnica “focam incorretamente no próprio incentivo financeiro e na diferença ‘entre fazer algo por amor e fazer por dinheiro’; erram ao presumir que a mulher não pode racionalizar e decidir autonomamente ponderando o valor do dinheiro e as desvantagens de ser uma gestante substituta³⁵⁰.

E se a mulher é incentivada a se tornar gestante substituta considerando o pagamento, o aspecto financeiro, isso não pode induzir que haja exploração: “se alguém toma a decisão de fazer algo simplesmente porque vai beneficiá-la, o que ocorre em quase todos os empregos que uma pessoa possa aceitar, isso não leva a concluir que não devemos pagá-la por esse trabalho, ou que devemos lhe pagar menos”³⁵¹. O que parece diferenciar e até aquecer a crença da exploração presente no contrato de gestação de substituição onerosa, e não em outros trabalhos, é o uso que se faz do corpo.

A objeção da equanimidade em nada se importa com o caráter moral da prática do mercado, sobre suposta objetificação do ser humano. Para essa concepção, basta que a sociedade seja igualitária, que todos tenham iguais oportunidades de escolha livre para que possam mercantilizar seu corpo como bem entender³⁵². Não obstante, até se alcançar esse ideal – desejável, obviamente – tem-se que estabelecer uma melhor forma de lidar com o fato de que pessoas autônomas querem prestar e contratar serviços que necessitam do corpo, e o constante progresso biotecnológico só faz aumentar essa demanda, e, conseqüentemente, a oferta.

Como bem observa Savulescu: a “pobreza aceitável para uma sociedade não deve ser uma circunstância que impeça uma pessoa de correr o risco ou o perigo de escapar dessa pobreza”. Para o autor, é uma dupla injustiça dizer a uma pessoa pobre que ela “não pode ter o que a maioria das outras pessoas têm” e que não vão deixar que ela faça “o que quiser para ter essas coisas”³⁵³.

³⁵⁰ HUMBYRD, Casey. Fair Trade International Surrogacy. *Op. Cit.*, p. 115. No original: “The argument against international surrogacy is that prospective parents are paying a woman’s poverty and not her will; (...) But how is payment for surrogacy different from financial inducement for other types of work? Our will might not consent to being a house cleaner, but our poverty might. Does it follow that offering payment for house cleaning is exploitative? (...) opponents to commercial surrogacy incorrectly focus on the financial incentive itself, and the difference ‘between doing something out of love and doing it for money.’ The fundamental mistake being made is to assume that a person cannot rationally and autonomously weigh the overall value of the money against the disadvantages of being a surrogate mother”.

³⁵¹ BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. p. 623

³⁵² SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. *Op. Cit.*, p. 111.

³⁵³ SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Op. Cit.*, p. 140. “Poverty which is acceptable to a society should not be a circumstance which prevents a person taking on a risk or harm to escape that poverty. It is

Para isso o Estado precisa agir: para garantir maior paridade entre as partes contratantes, bem como maior capacidade e possibilidade de barganha por parte da gestante, garantindo remuneração adequada. Tem que garanti-la posição ativa na relação e não passiva, submetida a uma empresa/corretora de gestantes que negocie com os pais idealizadores sem sequer participar a mulher que gestará a criança. Isso ocorria na Índia até 2015, quando, exatamente pelas denúncias de abusos e exploração de mulheres, a prática foi proibida³⁵⁴.

Ou seja, a técnica em si não é exploradora, mas o pode vir a ser o meio pelo qual ela é implementada. Mesmo que seja fato que mais mulheres pobres serão candidatas a gestar onerosamente filho de terceira pessoa, deve-se perceber que isso é consequência natural de uma sociedade desigual, a qual se deve combater, mas esse tipo de proibição não é capaz de tratar esse problema. O Estado e a sociedade devem “trabalhar para fornecer a elas serviços sociais adequados e mais opções no mercado de trabalho”³⁵⁵ para torná-las cada vez mais livres; devem também garantir uma relação contratual segura sobre a gestação, para que não sofram prejuízos maiores do que os benefícios que pretendem, evitando, assim, eventual exploração.

3.1.2. Objeção da corrupção: o argumento da mercantilização e consequente objetificação de corpos, das mulheres e das crianças geradas

Outro importante argumento contrário à gestação de substituição onerosa parte da premissa de que os corpos e as pessoas são bens fora do mercado, não poderiam ser negociados, pois a comercialização os objetificaria, retiraria a sacralidade natural que os diferenciariam dos demais bens de consumo, tornando-os meras mercadorias³⁵⁶. A objeção da corrupção se volta a refletir sobre “as atitudes e as normas que as relações de mercado podem prejudicar ou dissolver”³⁵⁷.

double injustice to say to a poor person: ‘You can’t have what most other people have and we are not going to let you do what you want to have those things’”.

³⁵⁴ Sobre a Índia, grande parte dos autores que criticam a gestação de substituição onerosa como exploradora, utiliza o país como parâmetro. Entre os relatos que se encontra sobre a prática lá, encontra-se, por exemplo, que as agências mantinham casas das quais as mulheres não poderiam.

³⁵⁵ BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. *Op. Cit.*, p. 624.

³⁵⁶ Cf. ANDERSON, Elizabeth S. Is Women’s labor a commodity? *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 19, No. 1, winter, 1990, pp. 71-92. BARREDA, Nicolás Jouve de la Perspectivas Biomédicas de da Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2^a, pp. 153-162. HOLDER, Angela R. Surrogate motherhood: babies for fun and profit. *Law, Medicine and Health Care*. Vol. 12, No. 3, 1984, pp. 115–117. RADIN, Margaret Jane. 1987. Market-inalienability. *Harvard Law Review*. Vol. 100, no. 8, 1987, pp. 1849–1937. SANDEL, Michael. *Justiça. O que é fazer a coisa certa. Op. Cit.*

³⁵⁷ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do mercado. Op. Cit.*, p. 110.

Não obstante, preliminarmente, é importante atentar às diferentes formas de se utilizar o corpo comercialmente, o que Wilkinson³⁵⁸, bem como Berlinguer e Garrafa³⁵⁹, apresentam com maestria. A primeira delas é o mercado do corpo humano como um todo, de representações do corpo, tais como necessário para o trabalho de modelos, atores, ou para a produção de conteúdo pornográfico. A segunda, o comércio de partes do corpo, tal como o que ocorre em venda de órgãos e de substâncias humanas como sangue, gametas e leite materno. E a terceira, que aqui mais interessa, o uso comercial de funções corpóreas, necessário, por exemplo, para serviços sexuais, como a prostituição, e serviços reprodutivos, como a gestação de substituição. A este, Garrafa e Berlinguer nomeiam “venda de uso”³⁶⁰.

A primeira forma é mais naturalizada, recaindo sobre a segunda e a terceira maiores problemas, sobretudo morais. Há que se atentar, contudo, à diferenciação entre a venda, de fato, de parte do corpo humano, e a venda de seu uso. A primeira pode implicar necessária diminuição do corpo diante da necessidade de disposição da parte vendida, de retirá-la do corpo (como a venda de um rim)³⁶¹. Enquanto a segunda, a venda de uso, é, na verdade, a venda de um serviço (conhecida como prestação de serviços), para a qual se utiliza do corpo - como na imensa maioria dos serviços prestados na sociedade atualmente. A última não importa em diminuição do corpo, a pessoa que “vende seu uso” (preferindo a expressão “prestar serviços por meio de seu corpo”), não perde parte componente dele. Analisando a gestação de substituição onerosa, é possível perceber sua qualidade de venda de uso. É extirpada do corpo da gestante apenas a criança - que não é parte integrante dele - e a placenta e fluidos decorrentes de gestação - que não o compõem fundamentalmente e são em seguida descartados, pela inocuidade.

Tal diferenciação é relevante para demonstrar que a gestação de substituição é menos invasiva e mais associada a uma prestação de serviços, por certo, do que a venda de órgãos, apesar de serem, constante e inapropriadamente, associadas. No Brasil, por exemplo, é muito comum argumentarem que está proibida a modalidade onerosa da técnica por meio do artigo 199, §4º da Constituição Federal de 1988, o que não é verdadeiro e será mais bem detalhado no capítulo cinco, em tópico dedicado a tanto.

³⁵⁸ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 03.

³⁵⁹ GARRAFA, Volnei; BERLINGUER, Giovanni. *O mercado humano*. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Tradução: Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 13; 34.

³⁶⁰ *Ibid.* p. 24.

³⁶¹ Esse assunto é aprofundado nos capítulos 5 e 6, quando se estuda o artigo 199, §4º, CF/88 e o artigo 15 da Lei de Transplantes, sendo necessário a ambos contextualizar o contrato de compra e venda.

3.1.2.1. Objetificação de corpos e das mulheres

A objeção da corrupção não se preocupa com suposta exploração de mulheres pobres, sequer chega nesse momento de debate, já que a prática simplesmente não pode existir, pois promoveria “uma visão degradante e coisificante da pessoa humana [...]”. Mesmo que se estabeleça condições equânimes e justas de negociação, não importa, essa objeção se estende a condições sociais de igualdade e desigualdade³⁶².

Há que se observar, de imediato, que esse argumento possui raiz moral, parte de uma concepção deontológica a que já se refuta tão somente por ofender e limitar a autonomia, sendo definido a partir de concepções morais hegemônicas e externas. Aprofunda-se, no entanto.

Os que o defendem, afirmam que a mercantilização do corpo corromperia o ser humano, porquanto, além de tratá-lo como meio e não como fim, objetificando-o naturalmente, ainda deturparia sentimentos morais esperados dos indivíduos, tais como altruísmo e solidariedade. Rodotà, por exemplo, grande expoente dos direitos de personalidade, defende que um dever social de solidariedade deveria proibir que se mercantileze o corpo. Para o autor, o corpo não é mais intocável, é um “[...] objeto em poder de quem dele pode dispor em benefício de outrem, ainda que dentro dos limites da lei, da ordem pública e dos bons costumes, excluindo-se, desde logo, qualquer forma de comercialização”. Rodotà exclui a possibilidade de comercialização amparado na “lógica [...] da solidariedade social, voltada para a garantia de um bem essencial, como a saúde”³⁶³

Também compartilham dessa compreensão as autoras Bodin e Castro, ao afirmarem que a capacidade da pessoa seria, na verdade, irrelevante, visto que “[...] o limite legítimo à autodeterminação se dá não só pela natureza *res extra commercium* do corpo humano, mas principalmente pelos imperativos de solidariedade que garantem sua dimensão social a salvo das práticas predatórias de mercado”³⁶⁴.

A crítica da objetificação parte da perspectiva kantiana de dignidade enquanto valor intrínseco ao ser humano, que, a partir do imperativo categórico, impede que este seja

³⁶² SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. *Op. Cit.*, p. 110-111.

³⁶³ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Trotta, 2010, p. 105. No original: “El cuerpo ya no es considerado intocable, sino objeto en poder de una persona que puede disponer de él en beneficio de otros, aunque dentro de los límites marcados por la ley, el orden público y las buenas costumbres, excluyendo pues, de entrada, cualquier forma de comercialización. La lógica es la de la solidaridad social, orientada a la garantía de un bien esencial, como es la salud”.

³⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014, p. 811. As autoras, apesar de defenderem a livre disposição do corpo, defendem a proibição da sua mercantilização.

considerado meio e não fim em si mesmo³⁶⁵. O tema já foi debatido no segundo capítulo, mas é importante lembrar que, se interpretado ao extremo, nenhuma relação de trabalho ou de prestação de serviços poderia ser considerada moral, já que os trabalhadores estariam sendo “utilizados” como meio para atingir fins de terceiros. Não parece ter sido essa a intenção de Kant³⁶⁶, mas, se foi, arruína a sociedade capitalista tal como se conhece. Não se pode desconsiderar que, nas relações de trabalho, assim como na gestação de substituição onerosa, também quem é contratado – o trabalhador, a gestante – tem seus próprios fins que são alcançados por meio do termo de acordo/contrato, a começar pela remuneração, que lhe garante sustento e vida digna tal como escolheu, dentro de sua liberdade e autonomia. Ademais, o imperativo de Kant impõe que nenhum ser humano seja considerado *apenas* como meio, não impedindo que, às vezes, possa ser meio para se alcançar fins que não somente seus³⁶⁷.

O fato de contribuir para se atingir fins alheios não objetiva naturalmente o ser humano, posto que resguarda sua autonomia, que, juntamente com o valor intrínseco, também compõe a dignidade humana³⁶⁸. Trazendo para o debate sobre a gestação de substituição onerosa, a mulher autônoma tem capacidade de consentir com a gestação, servindo como meio para que a pessoa idealizadora da gravidez possa ter um filho, e ela, em contrapartida, é remunerada pelo serviço que prestou, é retribuída pela sua dedicação, atingindo seu próprio fim financeiro. É um exercício de liberdade.

Decerto, a mesma liberdade que deve ser garantida à mulher sobre seu próprio controle de natalidade, sobre contracepção ou concepção, e que proíbe o Estado de nesse âmbito intervir, deve resguardar sua liberdade de concordar em gestar para outra pessoa³⁶⁹. “O slogan ‘meu corpo, minhas regras’ capta sucintamente a noção de que a própria mulher - não um marido, não um médico, não o Estado - deve tomar as decisões procriativas que lhe afetam”³⁷⁰.

³⁶⁵ Cf. por exemplo, CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil Brasileiro. Op. Cit.*, p. 223-224. DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6 - junho de 2005, p. 84. ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual do Biodireito*. 2ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 257.

³⁶⁶ Com o que concorda Sarmento. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Op. Cit.*

³⁶⁷ “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes. Op. Cit.*, p. 68.

³⁶⁸ Cf. Capítulo 2, tópico 2.1. “Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial, reconhecimento, valor intrínseco e autonomia”.

³⁶⁹ SHALEV, Carmel. *Birth Power: The Case for Surrogacy*. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 96.

³⁷⁰ SHANLEY, Mary Lyndon. *Making Babies, Making Families*. What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents. Boston: Beacon Press, 2002, p. 106. “The slogan “Woman’s body, woman’s right,” succinctly captures the notion that a woman herself—not a husband, not a doctor, not the state—must make those procreative decisions that affect her.”

Aliás, a gestação de substituição, seja altruísta ou onerosa, implica em usufruir do útero da gestante como *meio* para que terceira pessoa possa atingir seu fim, concretizar seu planejamento familiar, não havendo diferença moral entre a técnica implementada de modo gratuito ou oneroso³⁷¹. Aparece, então, a segunda nuance da objeção da corrupção, segundo a qual o dinheiro corrompe o que deveria ser naturalmente caridade.

Esse segundo ponto diz respeito à crença de que a comercialização retiraria o caráter solidário e virtuoso que é esperado de algumas atitudes do ser humano, entre os quais a gestação de substituição, degradando sentimentos louváveis na sociedade.

Obviamente, quando procede uma gestação de substituição, a gestante, enquanto mulher autônoma, tem seu próprio fim, mas o que se observa dessa percepção é que seu fim não pode ser financeiro, a mulher tem que agir obrigatoriamente por caridade, é-lhe imposto isso. Recai sobre ela valoração moral por envolver o surgimento de uma nova vida, considera-se o vínculo supostamente existente entre gestante e feto como algo sagrado, sobretudo pela confusão quanto à definição da maternidade, e isso não pode ser deturpado pelo mercado, devendo ser naturalmente altruísta, um serviço doado³⁷². Seria equivalente a pagar à gestante para que não sinta amor e vínculo em relação ao feto, o que seria intrínseco e natural a toda gestação, tornando seu trabalho alienante³⁷³.

Carole Pateman, por exemplo, em sua obra feminista que se tornou um clássico internacional, ressalta que a gestação é natural da mulher, é consequência do feminino. Defende um vínculo entre gestante e bebê inerente e insofismável: “durante nove meses, ela tem a relação mais íntima possível com um outro ser em desenvolvimento, esse ser é parte dela mesma. O bebê, quando nasce, é um ser distinto, mas a relação da mãe com o filho é qualitativamente diferente [...]”, destaca a autora, quando comparada à relação de outros trabalhadores com “os outros produtos derivados dos contratos que envolvem a propriedade em sua pessoa”³⁷⁴.

Logo, a gestação de substituição – mesmo a altruísta, mas com maior gravidade a onerosa - seria a utilização do corpo de uma mulher por um homem, que contrata o útero e “o

³⁷¹ Em paralelo com o que observa Badaró a respeito da comercialização de órgãos, paralelo este possível nesse momento, a despeito da diferença já delineada. BADARÓ, Tatiana. Comercialização de órgãos transplantáveis ofende bem jurídico? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. *Op. Cit.*, p. 335.

³⁷² Como acreditam: ANDERSON, Elizabeth S. Is Women’s labor a commodity? *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 19, No. 1, winter, 1990, pp. 71-92.

³⁷³ ANDERSON, Elizabeth S. Is Women’s labor a commodity? *Op. Cit.*, p. 79. ³⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*

³⁷⁴ PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020 (1988), p..325

preenche com seu sêmen em um outro exemplo de capacidade criadora masculina”, que cria uma propriedade sua³⁷⁵. Uma nova forma de controle patriarcal sobre os corpos de mulheres, por meio de contrato, pelo qual “o padrão adquire o direito de dominar o uso do corpo dos trabalhadores”. Ocorre que essa percepção, além de enaltecer o mito de um amor materno inerente, ignora completamente a capacidade de agência da mulher³⁷⁶, despreza sua capacidade de autonomia, de discernimento, de gerir a própria vida.

Essas passagens de Pateman simbolizam, em linhas gerais, o conteúdo moral envolvido na gestação de substituição, que seria corrompido com sua comercialização, sendo ainda agravada tal corrupção pelo contexto patriarcal de objetificação do corpo feminino mercantilizado. Para os defensores da objeção da corrupção, a gestação de substituição deve ser procedida apenas altruisticamente, pois a mulher não pode querer cobrar para fazer algo que é seu dever natural, nem para se abdicar de criança que supostamente é sua filha.

Ocorre que o fato de se cobrar para determinada atuação não necessariamente exclui sua virtude, o fim financeiro pode coexistir com uma intenção solidária. Ninguém questiona, por exemplo, que médicos cobrem retorno financeiro para salvar vidas, assim como policiais e bombeiros; ninguém exige que ajam por completo altruísmo ou amor e dedicação ao próximo. Mesmo sendo remunerados para tanto, seus trabalhos continuam sendo valorizados como virtuosos e altruístas. Se o retorno financeiro não corrompe tais atividades, não tem porquê considerar que corrompe a gestação de substituição, a não ser que se justifique moralmente pelo uso que se faz do corpo, o que é inaceitável. A verdade é que pagamento e altruísmo não são mutuamente excludentes³⁷⁷.

Ademais, esperar que todos se portem de determinada forma, que todas as pessoas queiram agir em sociedade em prol do outro, altruisticamente e amparadas em valores morais como solidariedade e caridade, equivale a impor externamente concepções de vida que se considera mais adequadas. E permitir a onerosa, não equivale a proibir a gestação de substituição altruísta; é necessário transmitir à mulher a decisão e deliberação sobre o que considera mais adequado, a partir de seus próprios valores morais.

Sandel apresenta uma pesquisa empírica, a que se buscou acesso, pela qual os pesquisadores intencionavam demonstrar que remunerar alguém para que faça algo,

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 324.

³⁷⁶ Cf. ORTNER, Sherry B. Poder e projetos: reflexões sobre a agência. Trad. Sieni Campos. In: GROSSI, Mirian Pillar; ECKERT, Cornelia; FRY, Peter Henry. Conferências e práticas antropológicas. Reunião Brasileira de Antropologia – Goiânia, 2006. Blumenau: Nova Letra, 2007.

³⁷⁷ VAN ZYL, Liezl; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: Against the adoption model. *Journal of Bioethical Inquiry*. Vol. 12, nº 3, 2015, pp. 383–387, p. 386

especialmente se for uma boa ação, algo como caridade, pode fazer com que se empenhe menos do que quando convidado a fazer gratuitamente³⁷⁸. Sandel destaca uma das situações consideradas na pesquisa, em que advogados foram convidados a prestar serviços de assessoria jurídica por um “preço reduzido” e não aceitaram, mudando consideravelmente o grau de aceitação quando convidados a título de caridade³⁷⁹. Mas tal situação pode abranger diversos resultados e maior número ainda de variáveis, já que, por exemplo, na primeira situação, os advogados podem ter se sentido desvalorizados, ou simplesmente considerado que o valor não estava de acordo com o que normalmente praticavam, e isso pode realmente mudar com o simples fato de informar o caráter caritativo que se espera.

Apesar de se trazer Sandel para contraponto nesse tópico, pois muito importantes suas contribuições acerca do tema, é importante destacar que ele é um dos autores da atualidade que acreditam que a gestação deve ser uma das “coisas” que o dinheiro não pode comprar, sobretudo por degradar virtudes louváveis e ansiadas da sociedade, valendo-se dos argumentos acima expostos³⁸⁰. Para o autor, ao questionar sobre o que há de errado com a “compra e a venda dessas ‘coisas’”, o argumento que lhe é “mais convincente é que, quando tratamos bebês e gravidez como se fossem mercadorias, nós os depreciamos ou não lhes damos o devido valor”³⁸¹. É de se observar a carga moral que carrega a expressão “devido valor”, a qual clama por complemento de sentido. O “devido valor” não deve ser definido externa, mas internamente ao sujeito.

Mas, o autor vai além, não sozinho, defendendo que a técnica onerosa pode, em última instância, se apresentar análoga à venda de crianças, do que se discorrerá no tópico seguinte. Ao concluir sua alocução sobre “como o mercado descarta a moral”, especificamente quanto à corrupção de virtudes que o mercado pode ocasionar, o autor afirma que “um dos problemas de

³⁷⁸ ARIELY, Dan; HEYMAN, James. Effort for Payment: A Tale of Two Markets. *Psychological Science*. Vol. 15, No.11, 2004, pp. 787–793. “This perspective can shed light on the well-established observation that people sometimes expend more effort in exchange for no payment (a social market) than they expend when they receive low payment (a monetary market). Three experiments support these ideas. The experimental evidence also demonstrates that mixed markets (markets that include aspects of both social and monetary markets) more closely resemble monetary than social markets.”

³⁷⁹ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. *Op. Cit.*, p. 120.

³⁸⁰ SANDEL, Michael. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 116-128. Nesse livro, o autor traz as principais objeções ao mercado do corpo aplicadas à gestação de substituição onerosa, abordando especificamente o “consentimento comprometido (p. 121) e a “degradação e bens maiores” (p. 122). Nesta obra, juntamente com a já referenciada “O que o dinheiro não compra”, apesar do autor não se posicionar claramente contra, nota-se ser ele contrário, até por suas severas críticas a uma possível sociedade em que “tudo” esteja à venda. Especialmente em seu livro *Justiça*, é possível perceber o maior fervor ao narrar o ponto de vista da filósofa moral Elizabeth Anderson, que é terminantemente contrária à técnica onerosa, adepta da objeção da corrupção, como já trazido acima. À mesma conclusão sobre o posicionamento de Sandel chegaram BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. *Op. Cit.*, p. 625.

³⁸¹ SANDEL, Michael. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. *Op. Cit.*, p. 122.

uma sociedade movida pelo mercado é que tende a permitir a degenerescência dessas virtudes [altruísmo, generosidade, solidariedade e espírito cívico]. Para renovar a vida pública, precisamos exercê-las com mais afinco”³⁸².

Há que se observar, por fim, paralelo entre a prostituição e a gestação de substituição onerosa³⁸³. Ambas são “venda de uso”, prestações de serviços que utilizam o corpo como ferramenta de trabalho: na primeira, serviços sexuais, na segunda, reprodutivos. A despeito da problemática criminalização do lenocínio no país e do moralismo que ainda permeia a prática³⁸⁴, a prostituição é permitida e ocorre de variadas formas em seu território (sem regulamentação e direitos, infelizmente). Já a gestação de substituição onerosa é proibida, em vias de ser criminalizada por meio de dois projetos de lei em trâmite³⁸⁵, mas todo o entorno (médicos, clínicas) é permitido, regulamentado pelo CFM e naturalizado.

Trata-se, na verdade, de um contrassenso. O uso do corpo por parte da mulher é o mesmo, mas a prostituição já é “aceita” (na verdade, tolerada) pelo Estado e sociedade. Já havendo esse precedente, não se precisaria passar pelo mesmo processo com a gestação de substituição, prática recentíssima, decorrente do avanço biotecnológico pós-guerra³⁸⁶. O refratamento e o proibicionismo exercido sobre ambas é decorrente de claro controle sobre corpos femininos, considerados sagrados por uma sociedade moralista e predominantemente cristã, que, a todo custo, tenta expandir sua moral a todos.

3.1.2.2. A objetificação pela compra e venda de crianças

Aliadas à objeção da corrupção - pois fundamentadas na contrariedade à coisificação que a mercantilização pode causar a bens valiosos demais para tanto - estão os que entendem

³⁸² SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. *Op. Cit.*, p. 129.

³⁸³ Claro, apesar do paralelo, na gestação de substituição há que se considerar haver uma criança gestada, a qual é envolvida na relação não por sua vontade. Mas a técnica, seja altruísta ou onerosa, sempre deve primar pelo melhor interesse da criança. Há uma pessoa idealizadora que lhe planeja e aguarda, a quem deve ser entregue a criança e o vínculo de filiação procracional; e, para se garantir isso, deve haver controle e regulamentação por parte do Estado.

³⁸⁴ Cf. MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*. Legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil. *Op. Cit.*

³⁸⁵ Como se aprofundará no tópico 6.4. Os Projetos de Lei 1184/2003 e 4892/2012 e a impossibilidade de se criminalizar a gestação de substituição onerosa

³⁸⁶ Apesar de alguns autores a associarem a práticas narradas na Bíblia, no Velho Testamento, nas quais mulheres inférteis ofereciam suas criadas ao marido para que pudessem dele engravidar e entregar o filho ao casal, como se deles fossem. Cf., na Bíblia, Gênesis, 30.

que a técnica onerosa se trata de verdadeiro contrato de compra e venda de crianças, devendo ser proibida em respeito à dignidade humana, enquanto valor intrínseco³⁸⁷.

Silvia Federici, importante expoente do feminismo contemporâneo, ao responder à pergunta se seria possível “ser mãe ou pai a qualquer preço”, levanta sua defesa a essa concepção. Para a autora, a gestação de substituição onerosa seria “uma abominação. Não se vende somente um útero, vende-se também um bebê”. Critica que, a técnica, na verdade, equivaleria a “[...] produzir uma pessoa somente para vendê-la, sem responsabilizar-se por ela”³⁸⁸.

Também Sandel atenta para essa crítica, com a qual coaduna. Levantando a deontológica objeção da corrupção, afirma que se poderia impedir a execução de um contrato firmado pelo serviço porque “essa prática transforma crianças em mercadoria e explora mulheres ao tratar a gravidez e o parto como uma transação comercial”. Seria equivalente à venda de bebês e aluguel da capacidade reprodutiva de uma mulher, mesmo que haja consentimento de ambos os contratantes³⁸⁹.

Para os que defendem essa concepção, a gestação de substituição levantaria questões morais relevantes, pois desrespeita[ria] direitos e a dignidade da criança ao transformá-la em um produto a ser comprado e vendido”, e isso reafirmaria o histórico entendimento da criança como propriedade dos pais³⁹⁰. Watson afirma que a criança gerada seria levada ao questionamento existencial: “por que existo? Existo porque alguém pagou por mim”³⁹¹.

Oliveira, em texto já antigo, mas alegórico do pensamento ainda atual, manifestou-se contrário à técnica em suas duas formas, argumentando se tratar de um “fenômeno perturbante”³⁹². Traz no texto um dos receios dos defensores da coisificação:

³⁸⁷ Por todos, cf.: ANDERSON, Elizabeth S. Is Women’s labor a commodity? *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 19, No. 1, winter, 1990, pp. 71-92. BARREDA, Nicolás Jouve de la. Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 153-162. GUPTA, Jyotsna Agnihotri. Reproductive biocrossings: Indian egg donors and surrogates in the globalized fertility market. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*. 5 (April): 25–51, 2012. SANDEL, Michael. *Justiça. O que é fazer a coisa certa. Op. Cit.*, p. 166 ss. WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *The New Bioethics*, Vol. 22, No. 3, 212–228, 2016.

³⁸⁸ MORALEDA, Alba. Silvia Federici: “O feminismo não é uma escada para a mulher melhorar sua posição”. *El País*, 25 set. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/20/cultura/1553071085_109576.html. Acesso em: 09 mai. 2021.

³⁸⁹ SANDEL, Michael. *Justiça. O que é fazer a coisa certa. Op. Cit.*, p. 117-118.

³⁹⁰ WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *Op. Cit.*, p. 223. No original: “Surrogacy raises particular moral questions in relation to the child, as it ‘disregard[s] the rights and human dignity of the child by effectively turning the baby in question into a product ... to be bought and sold’ (...), reasserting historic understandings of the child as the property of its father.”

³⁹¹ *Ibid.*, p. 223. No original: “In the case of commercial surrogacy, commodity exchange becomes the answer to a basic existential question: why do I exist? I exist because someone paid for me”.

³⁹² OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só (uma) duas! O Contrato de Gestação*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 99.

Se a mulher geradora recebe uma quantia em dinheiro contra a entrega de uma criança isso significa que se estabeleceu um preço do bebé; e se isto é admitido, então pouco faltará para que se admita a publicidade dos ‘melhores bebés aos mais baixos preços’, para que se admitam ‘promoções’ quando houver excedentes, ‘vendas em segunda mão’ com preço mais alto ou mais baixo consoante tenha havido benfeitorias no bebé ou depreciação dele, por qualquer causa.³⁹³

Discorda-se veementemente dessa objeção; de todas as anteriores, considera-se a mais falaciosa. Isso porque é notório não se tratar de comércio de criança, confunde-se o objeto do acordo. Parece óbvio que a mulher contratada para prestar o serviço de gestação não possui diversas crianças (ou uma que fosse) disponíveis para serem compradas, ela é contratada para gestar a partir dos gametas da pessoa ou casal idealizador. Estes possuem os gametas; mesmo que não sejam seus próprios, e sim oriundos de doação a eles destinada, ainda são seus. A técnica tal como implementada atualmente sequer utiliza de óvulos da própria gestante.

Os gametas pertencem a quem idealiza a gestação do embrião que é formado a partir deles, àqueles que detém o projeto parental. Logo, contratam o serviço da gestante para que possam gerar a criança, o filho idealizado, quando não é possível fazê-lo pessoalmente³⁹⁴. Diferente seria, por exemplo, se um abrigo institucional³⁹⁵ começasse a cobrar pagamento pelas crianças adotadas; assim como também difere da situação de venda de crianças roubadas ou sequestradas, sequer havendo necessidade de descrever a diferença, de tão colossal.

O drama moral trazido por Clara Watson, quando afirma que a criança gestada mediante substituição onerosa, ao refletir sobre por quê veio ao mundo, concluiria ter sido porque alguém pagou por ela, na verdade, trata-se de conclusão subjetiva e pessimista da autora. A fantasiosa criança, ao refletir sobre isso, poderá concluir que veio ao mundo por ter sido muito desejada pelos pais idealizadores, os quais fizeram o necessário para tê-la em sua família, diante da impossibilidade de tê-la pelo meio tradicional, mediante relação sexual. Tais argumentos morais são simplesmente descartáveis, vez que pensados individualmente e sem qualquer lastro probatório ou factual.

Até Carole Pateman, que se posiciona terminantemente contra a gestação de substituição, ensina não se tratar de comercialização de crianças, e sim de prestação de

³⁹³ *Ibid.*, p. 22-23. O texto está em português de Portugal.

³⁹⁴ A possibilidade de gestação de substituição por motivos estéticos será analisada no Capítulo 5, no tópico 5.5.3. “Ofensa à autodeterminação e à livre iniciativa”.

³⁹⁵ Nomenclatura definida, em 2009, pelo Estatuto da Criança e Adolescente para designar as instituições antes conhecidas como “orfanatos”, nome esse já em desuso, em razão da estigmatização de crianças e adolescentes lá acolhidos.

serviços³⁹⁶. A autora ressalta que o senso comum que rodeia o tema é um orientador inadequado, e faz o paralelo com a prostituição: da “perspectiva do contrato, falar em comercialização de bebês revela que a gestação de aluguel é mal compreendida, exatamente no mesmo sentido em que a prostituição o é. Uma prostituta não comercializa seu corpo, ela comercializa serviços sexuais”³⁹⁷. A autora enfatiza que nos contratos de gestação de substituição onerosa, “não está em questão a venda de uma criança, mas simplesmente um serviço”³⁹⁸.

Continua a autora defendendo a diferença entre as formas de contrato, mas a partir daqui já se começa a discordar de parte do fundamento, por considerar a mulher pessoalmente incapaz de autonomia, como uma vítima utilizada pelo homem, o que é uma tônica no pensamento feminista radical, ao qual Pateman se filia. Aliás, para a autora, não só a gestante como também a mãe idealizadora (em sendo um casal heterossexual) não seria capaz de autonomia, seria só alguém submetida ao jugo do pai idealizador, com o que não se pode concordar³⁹⁹. Mas, sobre a forma do contrato de gestação de substituição oneroso, Pateman afirma que a mulher que é parte dele “não está sendo remunerada por (dar à luz) uma criança; [...]. A mãe de aluguel está sendo remunerada por participar de um contrato que permite que um homem utilize de seus serviços [...], é para utilizar a propriedade que uma mulher tem em seu útero”⁴⁰⁰.

Afora o peso genérico da vulnerabilidade da mulher, com o qual não se concorda, a autora tem razão quando conclui que a mulher é paga para que utilizem seus serviços reprodutivos, exercido por meio de seu útero/corpo. Assim como um pedreiro é pago para utilizarem de seus braços e expertise em obra civil; como um médico é pago para utilizarem de seus braços e expertise em uma cirurgia, e como ocorre em várias outras profissões, pelo que seriam necessárias vastas páginas para evidenciar o paralelo já óbvio.

³⁹⁶ É de se destacar que a autora defende ser contrato de prestação de serviços, e não de compra e venda, em sua obra dedicada exatamente ao tema, intitulada *O Contrato Sexual*, em que analisa variados contratos em que se envolvem as mulheres, partindo da perspectiva original do próprio contrato social. Demonstra - da perspectiva feminista que adota - como a tônica sexual e de gênero perpassa contratos de trabalho, de matrimônio, de patrimônio e, especificamente, de prostituição e de gestação de substituição, tornando ainda mais relevante sua contribuição. PATEMAN, Carole. *O contrato Sexual. Op. Cit.*, p. 321.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 321.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 322.

³⁹⁹ A autora é tão rígida nessa concepção que chega a afirmar: “A esposa é quem mais deveria ser propriamente chamada de mãe substituta, exatamente como nos casos de adoção em que o casal é formado pela mãe e pelo pai substitutos. A esposa, obviamente, criará o filho “como se fosse dela própria”, mas, independentemente da felicidade do casamento e do quão bem a criança se desenvolve e seja deles próprios, em última análise, o filho é do pai”. *Ibid.*, p. 326. Considera-se essa certeza da autora absurda e, a despeito de uma posição dita feminista, é segregadora e atentatória contra a liberdade e a autonomia das mulheres.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 322.

O primeiro debate oficial de que se tem registro acerca da gestação de substituição onerosa configurar ou não compra e venda de crianças, parece ter se dado no julgamento sobre o famoso caso *Baby M.*⁴⁰¹. O episódio ocorreu em 1988, em Nova Jersey, nos Estados Unidos⁴⁰².

Em 1985, William e Elizabeth Stern celebraram um contrato oneroso de gestação de substituição com Mary Beth Whitehead. Esta receberia o pagamento de dez mil dólares para, além de gestar, fornecer também seu óvulo para ser fecundado com espermatozoides do pai idealizador, mediante inseminação artificial. Assim foi feito e, em março de 1986, nasceu Melissa Stern, hoje já (re)conhecida pelo nome e não mais pela sigla.

De acordo com as informações do processo⁴⁰³, três dias após o parto, Mary Beth entregou a criança para os pais idealizadores, mas sob protestos. Muito triste com a separação, afirmou ter criado um vínculo com a bebê recém-nascida, e ser ela muito parecida com sua filha. No mesmo dia em que entregou, no entanto, voltou à casa dos pais idealizadores e implorou para passar mais alguns dias com a criança. Estes, por compaixão e medo dos efeitos de uma depressão pós-parto, deixaram. Mary Beth fugiu com a criança, sendo encontrada apenas quatro meses depois, na Flórida. A criança, após recuperada, foi entregue ao casal idealizador e foi instaurado processo judicial para decidir sobre sua custódia.

No juízo de primeira instância, o juiz Harvey R. Sorkow reconheceu a validade do contrato oneroso, declarou a filiação dos pais idealizadores, Willian e Elizabeth Stern, e retirou qualquer direito de filiação de Mary Beth, garantindo-lhe apenas o pagamento. Em sua decisão, o juiz se manifestou sobre as duas objeções anteriormente descritas. Argumentou não ter havido exploração ou vício de consentimento, pois, no caso, não era possível observar desvantagem de uma parte em relação à outra, ambas tinham capacidade, conhecimento e poder de barganha. Em seguida, passou a analisar a objeção da corrupção, afirmando não se tratar de compra e venda de crianças, mas sim um contrato de prestação de serviços. Aduziu que o pai idealizador não poderia comprar a criança, porque também era o pai genético: “ao nascer, o pai não compra o bebê. É seu filho biológico e está com ele geneticamente relacionado. Ele não pode comprar

⁴⁰¹ Para maiores informações sobre os julgamentos: em primeira instância, *cf.* SUPERIOR Court of New Jersey, Chancery Division Family Part, Bergen County. *In Re Baby" M"*. 217 N.J. Super. 313 (1987). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1987/217-n-j-super-313-0.html>. Acesso em: 09 mai. 2021. Em instância recursal, *cf.* SUPREME Court of New Jersey. *Matter of Baby M.*. 109 N.J. 396 (1988) 537 A.2d 1227. Argued September 14, 1987. Decided February 3, 1988. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 09 mai. 2021.

⁴⁰² Desde o acontecido, até a atualidade, Nova Jersey proíbe a gestação de substituição, não só a onerosa como também a altruísta, sendo um dos únicos quatro estados que a proíbem expressamente, em um país reconhecido mundialmente como de livre mercado sobre a técnica. Mais informações no tópico 3.2.1. “Estados Unidos – a abordagem de livre mercado”, adiante.

⁴⁰³ SUPERIOR Court of New Jersey, Chancery Division Family Part, Bergen County. *In Re Baby" M"*. *Op. Cit.*

aquilo que já é seu”⁴⁰⁴. Apoiado nisso, o juiz entendeu que o pagamento tinha sido efetuado pelo serviço de gestação e parto, não pela criança.

Mary Beth Whitehead recorreu da decisão e conseguiu revertê-la em seu favor na Suprema Corte de New Jersey, já em 1988. Na decisão, por unanimidade, reformaram a sentença do juiz e reconheceram inválido o contrato celebrado entre gestante e os pais. Determinaram que Mary Beth era mãe da criança e Willian Stern o pai, restando Elizabeth Stern excluída de seu projeto parental. Amparados no melhor interesse da criança, decidiram que a bebê Melissa moraria com o pai e a esposa, por possuírem melhores condições financeiras e emocionais de criá-la⁴⁰⁵, mas Mary Beth teria direito a visitas periódicas.

O contrato fora reputado inválido por julgarem, contrariamente ao juízo primevo, que o consentimento dado pela gestante não teria sido realmente voluntário e que se tratava, em verdade, de um contrato de compra e venda da criança.

Primeiramente, entenderam que a tomada de decisão e o consentimento se deram antes de a gestante conhecer os verdadeiros laços que experimentaria com a criança, se comprometendo irrevogavelmente antes de ter a dimensão da gestação e do vínculo gestacional com o bebê. Ainda, que a desigualdade social também pode impactar na voluntariedade do consentimento, uma vez que mulheres pobres são as que se dispõem a gestar filhos para pessoas ricas, e nunca o contrário. Quanto à compensação financeira, entenderam se tratar realmente de contrato de compra e venda, uma vez que a entrega da criança estaria atrelada ao pagamento. O fato do comprador ser o próprio pai e sua esposa fora considerado como atenuante, não desconfigurando a transação comercial.

Pode-se perceber, nos julgamentos de primeira e segunda instância, o conflito transitando exatamente em torno das objeções da equanimidade e, principalmente, da corrupção. Esse é um caso deveras emblemático e, apesar de se poder antecipar, a essa altura, a solução dada pela presente tese, há que se reconhecer que o caso tem nuances que dificultam a resolução do conflito, trazendo maior peso a esse dilema moral.

A objeção da equanimidade fora levantada genericamente em segunda instância para se questionar a voluntariedade do consentimento, ao argumento de que mulheres pobres estarão sempre mais tendenciosas a gestar filhos alheios, e não o contrário. Isso já foi devidamente

⁴⁰⁴ *Ibid.*. No original, “At birth, the father does not purchase the child. It is his own biological genetically related child. He cannot purchase what is already his.”

⁴⁰⁵ No levantamento feito por psicólogos e assistentes sociais que atuaram no caso, observaram que Mary Beth tinha problemas com controle exagerado na vida dos filhos. “Ela sabia o que eles estavam pensando, o que queriam, e ela falava por eles. Quanto à Melissa, a Sra. Whitehead mencionou que só ela sabia o que significavam os gritos e sons que criança fazia”. Além disso, fora indicado acompanhamento psicológico, o que ela se negava a aceitar. SUPREME Court of New Jersey. *Matter of Baby M.*. *Op. Cit.*.

analisado há pouco, bastando lembrar que, estando presentes os requisitos e pressupostos de validade do consentimento, não há motivo para tratar alguém como incapaz tão somente por ser pobre, o que, por si só, é uma ofensa à dignidade humana, por desrespeito à autonomia.

Quanto ao vínculo que Mary Beth argumenta ter criado com a criança gestada, acredita-se que a situação tenha sido gerada, ou agravada, principalmente pelo fato de ter doado seu próprio óvulo, além de ter gestado a criança. O vínculo genético pode trazer a semelhança que ela própria argumentou como um dos motivadores do afeto (surgido após o nascimento): o fato de a criança gestada ser parecida com sua própria filha. Acredita-se que a não utilização de óvulo da própria gestante substituta, cumulado com acompanhamento médico e psicológico adequado, pode evitar (ou ao menos minorar) referido conflito. Se aprofundará nesse tema no tópico seguinte, não querendo correr o risco de diminuir os efeitos do estado puerperal, ou mesmo os gerados pela gestação, sejam eles psicológicos, sociológicos ou biológicos.

Por fim, a corte suprema concluiu ter havido compra e venda de ser humano, terem os pais comprado a criança e os direitos de filiação da gestante substituta Mary Beth, assunto que mais importa nesse tópico. De fato, entende-se a conclusão de que condicionar a entrega da criança ao pagamento do valor pré-combinado não se mostra adequado, por fazer parecer compra e venda de um produto mediante acerto financeiro. Não se defende aqui que seres humanos possam ser vendidos, sobretudo recém-nascidos, que sequer têm consciência disso. Então é importante deixar indene de dúvidas que a gestação de substituição na modalidade onerosa não se trata de comércio de crianças.

A criança gestada é efetivamente filha da pessoa ou casal que idealiza a gravidez, que planeja o projeto parental, e deve ser a ela entregue incondicionalmente após o nascimento. A gestante, para garantir o seu recebimento, pode cobrar antecipadamente. Mas ao final, havendo ou não pagamento, ela deve entregar a criança; o serviço foi prestado, mas a criança não pode ser considerada um produto condicionado à quitação de um contrato. Ela deve ser entregue, assim como o serviço deve ser pago, vez que já efetivado. Mas, em caso de não pagamento, à gestante restaria executar o termo de acordo e cobrar o valor em juízo, não poderá jamais reter a criança como garantia de pagamento, acima de tudo por não manter com ela nenhum vínculo familiar. E isso deve constar no termo de acordo.

Essa sugestão está em conformidade com entendimento emanado pelo Comitê dos Direitos das Crianças, um comitê especial integrante das Nações Unidas, que, em 2017, manifestou preocupação quanto à possibilidade de a gestação de substituição onerosa

configurar comercialização de crianças⁴⁰⁶. Apesar de se julgar inverossímil, na presente tese, esse tipo de confusão, é importante observar que comitê afirma estar “preocupado que o uso comercial generalizado do útero de substituição nos Estados Parte possa levar, em certas circunstâncias, à venda de crianças”⁴⁰⁷.

Observa-se que o órgão não considera ser venda de crianças, mas sim, que, em determinadas situações, possa vir a configurar. E Fenton-Glynn e Scherpe relatam que a própria relatoria da referida comissão especial da ONU⁴⁰⁸ apresenta como solução que o Estado parte legisle o tema, mas que, além disso, participe efetiva e pessoalmente de cada contrato celebrado, sobretudo por meio do Poder Judiciário. O Estado deve definir a paternidade e autorizar a gestação de substituição. Deve conhecer os pais idealizadores, tal como ocorre maiormente no procedimento de adoção, e, baseado no melhor interesse da criança, permitir ou não a técnica, determinando a parentalidade vinculada aos idealizadores “aprovados”, desde o início da celebração do acordo contratual⁴⁰⁹. Desde que o Estado esteja envolvido e “[...] seja capaz de distribuir a paternidade como achar adequado (e não simplesmente em conformidade com o que o contrato particular determina), então não haverá venda de criança, mesmo que tenha havido transação financeira relacionada”⁴¹⁰. De modo oposto, se fosse um tribunal obrigado a garantir paternidade como determinada contratualmente pelas partes, em vez de avaliar propriamente se aquela determinação de filiação é desejável, sob a perspectiva do melhor interesse da criança, poderia restar configurada comercialização de crianças.

⁴⁰⁶ UNITED States. Committee on the Rights of the Child. *Convention on the Rights of the Child*. Concluding observations on the combined third and fourth reports submitted by the United States of America under article 12 (1) of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography. 12 July 2017. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4&Lang=En. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁴⁰⁷ *Ibid.*. Na convenção, consta o seguinte excerto acerca da técnica em comento: “Surrogate motherhood. 24. While noting that surrogate motherhood is a complex area that raises many different questions that fall outside the scope of the Optional Protocol, the Committee is nevertheless concerned that widespread commercial use of surrogacy in the State party may lead, under certain circumstances, to the sale of children. The Committee is particularly concerned about the situations when parentage issues are decided exclusively on a contractual basis at pre-conception or pre-birth stage. 25. The Committee recommends, in the light of articles 1 and 2 of the Optional Protocol, that the State party consider the possibility of developing legislation that would address the issue of sale of children that may take place in the context of surrogate motherhood and that is outside the scope of family law.”

⁴⁰⁸ Infelizmente, não há referência da afirmação, e não se conseguiu encontrar documento original em que constasse a assertiva. Contudo, considerando a seriedade da pesquisa implementada, e dos próprios profissionais envolvidos, considera-se o conteúdo confiável o suficiente para ser repassado. FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M.. *Surrogacy In A Globalised World*. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 585.

⁴⁰⁹ Procedimento próximo a este já é incentivado no EUA. Cf. tópico 4.1. “A abordagem de livre mercado”.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 585. No original: “Moreover, it avoids the charge of ‘baby selling’ – the UN Special Rapporteur has indicated that as long as a court is involved post-birth, and is able to allocate parenthood as it sees fit (and not simply according to what the contract determines) then there will not be a sale of the child, even if money has changed hands.”

A gestação de substituição onerosa não configura comércio de crianças, assim como não configura comércio de órgãos, este último a ser analisado no capítulo seguinte. É necessário estar alerta para que assuntos polêmicos, considerados dilemas morais na sociedade, não sucumbam a soluções moralistas, a argumentos genéricos e/ou falaciosos, cuja fundamentação, maiormente deontológica, sequer pode ser demonstrada empiricamente, não passando de receio moral de pequena parte (geralmente privilegiada) da população.

3.2. A objeção do amor materno

O principal motivo de se falar do tema, nesse momento, é por pairar no imaginário social, no inconsciente coletivo, uma imagem da mãe como a mulher abnegada, aquela que ama acima de tudo e a despeito de todos, que tudo faz por seu filho. E isso é ainda agravado pelo fato de ser mãe no Brasil, e em vários locais no mundo, aquela que gesta e pare a criança⁴¹¹. Logo, nesse imaginário, a *mãe* que cede *seu filho* a terceiros mediante remuneração é uma mãe desnaturada, doída, entre outros adjetivos⁴¹². Ou, no mínimo, é vítima.

Essa não é uma objeção organizada e sistemática como as anteriores, as quais se direcionam ao mercado humano como um todo. Mas além de ser uma constante no meio social, como mencionado, também é articulada por críticos da técnica. Para os que nela acreditam, a maternidade e a gestação seriam inseparáveis, e nada seria mais cruel do que romper o vínculo natural e intrínseco entre a *mãe*, imperiosamente a que gesta, e o bebê. Seria algo orgânico e típico da feminilidade humana, forjaria e formaria toda mulher; e a gestação, praticamente sagrada, não deveria ser banalizada⁴¹³.

Pateman é das autoras que enaltecem esse vínculo. Para ela, “a mãe ‘de aluguel’ contrata o direito sobre a capacidade criadora, emocional e fisiológica exclusiva de seu corpo, ou seja, dela própria como mulher”⁴¹⁴. Mas já se observa, de imediato, que essas capacidades também são contratadas em diversos outros tipos de contrato na sociedade capitalista, o que é observável sobretudo nos relacionados às artes. É de conhecimento público a necessidade de o artista dedicar e estabelecer ligação emocional com sua obra, além, claro, da ligação criadora e

⁴¹¹ Isso será aprofundado no tópico 5.2.2. “Filiação e maternidade”.

⁴¹² Nesse sentido, cf. LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. *Cadernos Pagu*, n. 19, Campinas, 2002, pp. 233-278.

⁴¹³ Cf., por exemplo: ANDERSON, Elizabeth S. Is Women’s labor a commodity? *Op. Cit.*. BARREDA, Nicolás Jouve de. Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. *Op. Cit.*. PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual. Op. Cit.* VAN ZYL, Liezl. The ethics of surrogacy: women’s reproductive labour. *Op. Cit.*. WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *Op. Cit.*

⁴¹⁴ PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual. Op. Cit.*, p. 325.

fisio/biológica, enquanto essencial ao funcionamento de qualquer corpo que vive e trabalha. Sendo assim, a contratação não é “dela própria como mulher”, mas dela, e de seu corpo, como ser humano que pode prestar o serviço demandado.

Para Pateman, durante a gestação, a mulher teria a ligação mais íntima possível com o ser em desenvolvimento, que seria “parte dela mesma”. Quando nasce, o bebê se torna um ser distinto, mas a relação especial entre ambos se manteria⁴¹⁵.

É de se notar o peso moral dessas palavras. O ser não é parte da gestante nem mesmo metaforicamente. No caso da substituta, então, muito menos literalmente, já que sequer terá seu óvulo e genes. De fato, há troca de fluidos gravídicos, mas não se pode considerar isso suficiente para se supor um elo natural, sagrado e indissociável entre os envolvidos.

Importa deixar claro que não se pretende negar eventual ligação fisio/biológica compartilhada entre gestante e feto⁴¹⁶, nem mesmo a atuação (e alteração) hormonal acentuada no corpo da mulher no período. Considera-se tal fato incontestável. Disso, contudo, não se pode supor o surgimento obrigatório de um instintivo amor maternal, com o qual não se conseguiria lidar racionalmente, muito menos romper sem que houvesse um ato violento com a gestante-mãe e a criança-filho, que poderia gerar danos psicológicos e emocionais em ambos.

Essa concepção sequer é demonstrável, pelo contrário, o que não faltam são exemplos de que esse suposto elo natural é falacioso, não é regra. E isso é de livre visualização na sociedade: da mesma forma que esse amor materno pode surgir em determinadas gestações, não surge em várias outras, ou não seria alto o número de abortos ilegais, infanticídio, entrega de crianças para adoção, entre outros indícios sociais⁴¹⁷.

Na mesma linha de Pateman, Elizabeth Anderson defende ser exigido da gestante substituta que reprima o amor maternal (que naturalmente surgirá), e essa exigência converteria a gestação em uma forma de trabalho alienado. A gestação não poderia se tornar um trabalho alienado devido ao seu “caráter especial”, pelo respeito especial que deveria ser a ela atribuído,

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 325.

⁴¹⁶ Até porque faltaria tempo e espaço para dedicar ao tema como necessário para se tomar um posicionamento dessa magnitude.

⁴¹⁷ Mais de 500 mil mulheres abortaram clandestinamente no Brasil, anualmente. Em 2019, 1.723 casos de infanticídio foram registrados pelo CNJ (apesar de assumirem pouca confiabilidade nesses dados). Não se conseguiu acesso a taxas anuais de crianças entregues para adoção, mas, atualmente, são 30.624 crianças e adolescentes acolhidas em instituições. ABORTO clandestino é drama para mais de meio milhão de mulheres no Brasil. *Exame*. 25 ago. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/aborto-clandestino-e-drama-para-mais-de-meio-milhao-de-mulheres-no-brasil/>. Acesso em: 10 mai. 2021. MANIR, Mônica. 'Me apavorei e joguei minha bebê fora': A batalha jurídica em torno das mulheres que matam seus recém-nascidos. *BBC News Brasil*. 09 ago. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53688554>. Acesso em: 10 mai. 2021. PAINEL detalha estatísticas da adoção e do acolhimento no Brasil. *Consultor jurídico*. 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/painel-detalha-estatisticas-adocao-acolhimento-brasil>. Acesso em: 10 mai. 2021.

não podendo ser comparada a outras formas de trabalho, sob pena de se tornar imoral. Em sua opinião, o mercado degradaria a gestação por negar à gestante que sinta legitimamente os sentimentos que evolutivamente seriam despertados em si por esse processo⁴¹⁸.

Mas, primeiramente, esse caráter especial é atribuído moral e pessoalmente pela autora, e não pode prosperar. Em segundo, em uma sociedade liberal e capitalista o trabalho alienado não é proibido e muito menos desincentivado (não sem críticas), e várias outras atividades assim se classificam. E como bem já responderam Van Zyl e Van Nierken, à época, “[...] o contrato não exige que a gestante substituta sinta de certa maneira, mas sim que aja de certa maneira”⁴¹⁹, que haja conforme o que fora contratado. Considerando uma mulher capaz de autonomia, lembra-se, deve-se respeitar sua capacidade de analisar benefícios e riscos envolvidos em qualquer ato e escolha de sua própria vida (mesmo se externamente consideradas escolhas “ruins” ou inadequadas). O fato da gestante substituta assinar o termo de acordo não a obriga a negar suas opiniões e eventuais sentimentos que possam mudar nesse ínterim, mas essa mudança não altera os termos do acordado⁴²⁰. E isso é uma das coisas que lhe deve ser suficientemente informada na ocasião de seu consentimento⁴²¹.

Embora atribua elevado valor ao vínculo emocional e biológico entre gestante e bebê, a autora mesma reconhece que o processo não se resumiria a isso, que também seria uma prática social em que a família espera a criança, prepara-se para recebê-la como novo membro. Afirma que o ultrassom seria realizado não só para visualizar a saúde ou formação do feto, mas também para incentivar o vínculo afetivo entre este e a mãe. E, ao fim, conclui ser bom que se estabeleçam laços de amor entre eles durante esse período, embora possa não ocorrer⁴²².

Ou seja, a forma como a própria autora interpreta pode mitigar seu próprio argumento de vínculo natural. A partir do que apresenta, é possível que se estabeleçam laços familiares e de

⁴¹⁸ ANDERSON, Elizabeth S. *Is Women's labor a commodity? Op. Cit.*, pp. 71-92, p. 81.

⁴¹⁹ VAN ZYL, Liezl. VAN NIERKERK, Anton. *The ethics of surrogacy: women's reproductive labour. Op. Cit.*, p. 346. No original: “(...) the contract does not require the surrogate mother to feel in certain ways, but rather to act in certain ways”. Apresentam esse posicionamento quanto a este ponto específico, mas, neste artigo, mostram-se contrários à gestação de substituição, afirmando que seria necessário manter vínculo de filiação da criança com os pais idealizadores e com a gestante substituta, caso esta desenvolvesse sentimentos maternos. Reconhecem, porém, a dificuldade de assim proceder. A autora Liezl Van Zyl muda de perspectiva anos depois, passando a defender a possibilidade regulamentada, como já informado na nota 330.

⁴²⁰ Assim como eventual mudança de opiniões por parte dos pais idealizadores também não altera o acordado, já que não podem abandonar a criança com a gestante e o aborto não é permitido no Brasil. Se fosse uma gestação natural, também não haveria como desistir do plano inicial, a não ser entregando a criança para adoção. Mas no caso aqui estudado, pode-se pensar em uma responsabilização civil, nos moldes da que tem sido defendida e até aplicada em caso de desistência de adoção. Isso será um pouco mais analisado no capítulo seguinte.

⁴²¹ Para ampliar a capacidade de ponderar os riscos deste contrato, diante das informações recebidas, pode ser aconselhável que gestantes substitutas já tenham sido mães, ou seja, já tenham gestado seu(s) próprio(s) filho(s), assim já terão conhecimento de seu corpo nesse estado.

⁴²² ANDERSON, Elizabeth S. *Is Women's labor a commodity? Op. Cit.*, p. 82.

amor com quem idealiza a gravidez ainda durante a gestação, os quais estarão com expectativas a respeito da chegada da criança, os quais se empolgarão ao ver o ultrassom. Ao mesmo tempo, a gestante, como autônoma que é, nesse mesmo processo pode se alegrar em poder ajudar profissionalmente aqueles pais, lembrando-se sempre que o vínculo entre ela e a criança não é maternal.

Observe-se que o processo de gestação de substituição não precisa obrigatoriamente estar em um ou outro extremo. As motivações contrárias à técnica, como visto, creem ou que a mulher vai se encantar com a criança gestada e querer para si, como sua filha, ou que vai ser explorada, objetificada pelos pais contratantes, que a impedirão de ter sentimentos. Ela pode simplesmente agir naturalmente, como outra atividade profissional qualquer. Pode ficar feliz em gestar filho alheio, ter verdadeiro sentimento altruísta, e ainda se alegrar por ser paga para isso, e possivelmente vai. Não pensar nessa última opção sequer como uma possibilidade real é desrespeitar a mulher autônoma, aquela capaz de definir o que é melhor para sua vida, de saber como viver bem.

E esse pensamento não está defasado, apesar das datas das obras referenciadas. Ainda há quem os defenda nos dias atuais (que obviamente permanecem machistas, apesar dos consideráveis avanços). Watson, por exemplo, é uma das autoras que reiteram essa concepção. Em sua visão, a gestação de substituição onerosa, tal qual a prostituição, obrigaria a mulher a um desprendimento psicológico, ambos os “serviços” (aspas por ela colocadas) forçam-na a divorciar a sua mente, a fragmentar o seu *self*, desligando-se do que de fato está acontecendo com seu corpo: uma realidade, obviamente, ruim. Seria desumanizante, porque exigiria da mulher “que renuncie à sua capacidade de interpretar e controlar o significado ou a importância de seu trabalho reprodutivo”⁴²³.

Barreda, na mesma linha, ressalta não haver dados e estudos psicológicos suficientes a respeito das implicações biomédicas da gestação de substituição, considerando ser a técnica recente. Mas, ao mesmo tempo, informa que “cada vez mais especialistas estão destacando a importância dos laços afetivos criados entre a ‘mãe gestante’ e o bebê durante a gravidez”, sem contudo, referenciar tais especialistas. E continua, afirmando que não seria irracional *supor* que, após a gestação, o desenvolvimento psicológico de uma criança possa ser afetado pelo

⁴²³ WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *Op. Cit.*, p. 218-219. No original: “Thus surrogacy is dehumanising because it asks the surrogate to relinquish her ability to interpret and control the meaning or significance of her reproductive labour”.

rompimento do laço com a gestante, sua mãe natural, principalmente se descobrir sua origem. Seria, para o autor, “um dano potencial que deve ser considerado”⁴²⁴.

Com essa suposição, o autor simplesmente ultraja a adoção, seria instituição falida e a criança adotada estaria exposta ao fracasso psicológico e emocional. Na verdade, a adoção sequer existiria, porque o amor materno não permitiria a entrega dessas crianças.

O autor ainda afirma que um estudo sobre a aplicação da técnica de gestação de substituição a casais homossexuais e transsexuais teria concluído que, “embora essas pessoas não devam ser discriminadas quanto à aplicação desta tecnologia devido à sua orientação sexual, os possíveis efeitos negativos no desenvolvimento constituem uma causa para preocupação psicológica das crianças”⁴²⁵.

Ocorre que, ao se buscar acesso a essa pesquisa, descobriu-se que a conclusão não foi nesse sentido, mas, ao contrário, concluiu-se que “são necessárias mais pesquisas sobre as implicações psicossociais de criar filhos em situações fora do padrão, especialmente no que diz respeito a mulheres solteiras”⁴²⁶. E, aliás, a pesquisa nem era voltada a esse público apenas, mas a pesquisar supostos impactos psicossociais em crianças geradas por meio de TRA para casais dissidentes, ou seja, todas as outras formas plurais de casais para além do heteronormativo.

Os pesquisadores, quanto à utilização de TRA por casais homossexuais masculinos (ou seja, obrigatoriamente por meio de gestação de substituição) concluíram expressamente o contrário do que afirma Barreda: “A escassa literatura empírica disponível, no entanto, sugere que as crianças não são afetadas ou prejudicadas adversamente por serem criadas por pais homossexuais (Hastings, et al., 2006; Greenfeld, 2007; Golombok, et al., 2014)”⁴²⁷.⁴²⁸

⁴²⁴ BARREDA, Nicolás Jouve de . Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2ª, pp. 153-162, p. 158.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 158

⁴²⁶ WERT, G. De.; DONDORP, W.; SHENFIELD, F.; BARRI, P.; DEVROEY, P.; DIEDRICH, K.; TARLATZIS, B.; PROVOOST, V.; PENNING, G.. ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people. *Human Reproduction*, Volume 29, Issue 9, September, 2014, pp. 1859–1865. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/deu183>. Acesso em 11 mai. 2021.

⁴²⁷ *Ibid.*. No original: “More research is needed into the psychosocial implications of raising children in non-standard situations, especially with regard to single women, male homosexual couples and transsexual people.”.

⁴²⁸ Importante ressaltar que concluem isso para a utilização de TRA, analisando dados relativos às técnicas, mas também fazendo paralelo com casos de adoção por casais gays masculinos. As referências citadas pelos pesquisadores nesse trecho são os seguintes: HASTINGS PD, VYNCKE J, Sullivan C, Mcshane KE, BENIBGUI M, UTENDALE W. Children's Development of Social Competence Across Family Types, *Canada Department of Justice*, 2006. GREENFELD DA. Gay male couples and assisted reproduction: should we assist?, *Fertil Steril*, 2007, vol. 88 (pg. 18-20). GOLOMBOK S, MELLISH L, JENNINGS S, CASEY P, TASKER F, LAMB ME. Adoptive gay father families: parent-child relationships and children's psychological adjustment, *Child Dev*, 2014, vol. 85 (pg. 456-468).

A verdade é que, dos autores e autoras a que se teve acesso, que defendem essa perspectiva, todos o fazem sem lastro empírico ou mesmo bibliográfico adequado. Não é apresentada pesquisa que corrobore e demonstre esse vínculo emocional natural e inerente, inevitável. Se há pesquisa (e confiável metodologicamente), isso mostra o descompromisso de tais autores com o argumento, acreditando de tal maneira em seu peso e força moral de convencimento que dispensa qualquer evidência ou fundamentação.

Igualmente importante atentar à afirmativa de Watson sobre a descarga hormonal que ocorre durante o parto⁴²⁹, a qual é comprovada cientificamente e jamais se intencionou negar⁴³⁰. Sobretudo a ocitocina, conhecida vulgarmente como hormônio da felicidade, é liberada em grandes quantidades durante o parto, até para auxiliar fisiologicamente esse momento. Os sinais para aumentar sua liberação advém diretamente do útero, e o hormônio realmente está “associado com comportamento materno característico de cada espécie”⁴³¹, há estudos que comprovam uma “relação positiva entre os níveis de oxitocina e as interações positivas entre mães humanas e seus bebês”⁴³².

Watson, amparada nessa evidência, argumenta que a gestante substituta, “além das ramificações psicológicas e da desumanização da mulher pelo mercado [...] também deve enfrentar as consequências biológicas de seu arranjo gestacional”, posto que a liberação de ocitocina seria o principal responsável por estabelecer o vínculo maternal entre gestante/parturiente e o bebê gestado, o que criaria “o desejo de contato posterior [ao parto]”. Este vínculo seria reafirmado pelo pós-parto, com o tato, o olhar, a amamentação. Para a autora, isso degradaria ainda mais a gestante, porquanto será privada da criança e desse contato com “seu filho”⁴³³.

É de se observar, frugalmente, que, não havendo o contato afetivo, o tato, a troca de olhares e a alimentação da criança pela e com gestante, mas sim com a pessoa que idealizou a gravidez, já inicia o processo de desligamento de eventual vínculo que a gestante possa ter criado, e se inicia entre o bebê e quem o idealizou. É que a ocitocina também é produzida pelo contato afetivo⁴³⁴, e este, sem dúvida, já existe por parte dos verdadeiros pais e será estabelecido

⁴²⁹ WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *Op. Cit.*, p. 219-220.

⁴³⁰ Especificamente sobre a atuação hormonal durante o processo reprodutivo, cf.: GARCIA-SEGURA, Luis Miguel. *Hormones and Brain Plasticity*. New York: Oxford, 2009, p. 106 e ss; 222 e ss. NORMAN, Anthony W.; HENRY, Helen L. *Hormones*. 3ª ed. New York: Elsevier, 2015, p. 86 e ss; 297 e ss.

⁴³¹ NORMAN, Anthony W.; HENRY, Helen L. *Hormones*. *Op. Cit.*, p. 86-87. No mesmo sentido: GARCIA-SEGURA, Luis Miguel. *Hormones and Brain Plasticity*. *Op. Cit.*, p. 108.

⁴³² NORMAN, Anthony W.; HENRY, Helen L. *Hormones*. *Op. Cit.*, p. 87.

⁴³³ WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *Op. Cit.*, p. 219-220.

⁴³⁴ NORMAN, Anthony W.; HENRY, Helen L. *Hormones*. *Op. Cit.*, p. 87.

com a criança. A ocitocina é responsável exatamente por criar a confiança necessária ao estabelecimento de vínculos sociais⁴³⁵. E como bem revela Bernal: “talvez [...] o que a ocitocina faz, mais do que criar vínculos afetivos ou nos tornar pessoas melhores, seja potencializar os sentimentos que já temos”⁴³⁶.

Mas quer se chamar atenção aqui ao fato de que esse hormônio não condiciona a mulher gestante a agir de tal forma como sugere a autora. A mulher será informada das alterações hormonais pelos quais seu corpo passará e, como capaz de autonomia, consentirá neles, julgando, ela mesma, ser capaz de lidar com isso.

O vínculo materno criado pela gestação é uma alegoria surgida para justificar e impor a responsabilidade social da maternidade, para vincular a mulher às crias, condicioná-las a se sentirem de determinada forma moral e normatizada acerca de toda e qualquer gestação.

Shanley ressalta que os que defendem a gestação substituída, mas sob a condição de que a gestante possa renunciar ao contrato caso queira ficar com a criança após experimentar a gestação “[caíram] na velha armadilha de supor que as mulheres não são tão racionais como os homens, ou que sua razão pode ser anulada por instinto ou sentimento”⁴³⁷.

Defender que a gestante não possa ser obrigada contratualmente a manter sua palavra, é uma atuação paternalista, que “nega a noção de agência reprodutiva feminina e reforça a percepção tradicional das mulheres como presas na subjetividade de seus úteros”⁴³⁸.

Alterações biológicas e hormonais decorrentes da gestação não condicionam a existência da mulher, muito menos a tornam incapazes, e esse é o ponto. Contudo, o fato de já ter passado por uma gravidez antes de se dedicar a uma gestação de substituição permite à mulher maior conhecimento sobre seu corpo no processo gestacional, sobre eventuais alterações hormonais que possam ocorrer, o que pode contribuir para um consentimento

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 87. BERNAL, Ignacio Morgado. A ocitocina é o hormônio do amor? *El País*. 14 fev. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-02-14/a-ocitocina-e-o-hormonio-do-amor.html>. Acesso em 11 mai. 2021. Para garantir a idoneidade da informação, que conste que Bernal é professor de Psicobiologia no Instituto de Neurociências e na Faculdade de Psicologia da Universidade Autônoma de Barcelona. Publicou o livro chamado “Deseo y Placer: La Ciencia de las Motivaciones” (Ariel, 2019), e o texto publicado no El País é fruto de suas pesquisas na área.

⁴³⁶ BERNAL, Ignacio Morgado. A ocitocina é o hormônio do amor? *Op. Cit.* E continua o autor: “Não nos enganemos nem criemos novos mitos. Não existe um hormônio do amor, nem da felicidade, nem bondade, ou algo nesse estilo. Além do mais, são necessários muitos outros estudos e mais bem controlados em humanos para se conhecer em profundidade os efeitos de um hormônio pluripotencial como a ocitocina”.

⁴³⁷ SHANLEY, Mary Lyndon. *Making Babies, Making Families*. *Op. Cit.*, p. 107. No original: “Feminist proponents of contract pregnancy argue that those who would allow a ‘surrogate’ to change her mind about relinquishing custody fall into the age-old trap of assuming that women are not as rational as men or that their reason can be overridden by instinct or sentiment.”

⁴³⁸ SHALEV, Carmel. *Birth Power: The Case for Surrogacy*. *Op. Cit.*, p. 121. No original: “The paternalistic refusal to force the surrogate mother to keep her word denies the notion of female reproductive agency and reinforces the traditional perception of women as imprisoned in the subjectivity of their wombs”.

verdadeiramente autêntico, já que estará diante de maiores informações e domínio sobre si mesma. Essa pode ser uma limitação que se justifique à mulher que gesta de modo substituto: que já tenha passado anteriormente por uma gestação, posto que tal situação lhe garante maior capacidade de autonomia.

É de se observar, por fim, que esse hormônio é liberado no corpo humano em diversos outros momentos, por variados processos, incluindo exercícios físicos, meditação, alimentação, contatos físicos afetuosos⁴³⁹, relações sexuais⁴⁴⁰ - apesar de não se ter localizado informações comparativas do nível de liberação hormonal em cada atividade. Levando deliberadamente o argumento ao extremo, ao que parece, considerar que a mulher não é capaz de consentir com a gestação substituta - recebendo informações bastantes para conscientizar seu consentimento, ponderando benefícios e riscos e apresentando capacidade de lidar com sua própria transformação hormonal - é o mesmo que julgá-la incapaz de manter relação sexual casual sem se envolver emocionalmente. Isso porque haverá liberação de ocitocina e, para o pensamento defendido por Watson, conseqüentemente, surgirá ligação afetiva e emocional com o(a) parceiro(a) sexual.

Essa perspectiva já considera que toda mulher falhou ou falhará em sua autonomia e capacidade de autodeterminação, de avaliar a situação e os riscos a que se submete e será acometida por um sentimento maternal avassalador que a fará querer roubar a criança para si. Isso a tornaria vítima de um ato por ela mesma praticado e justificaria a proibição da técnica, sobretudo onerosa, pois seria incapaz de perceber o mal que inflige a si mesma ao abdicar de um *filho*. Visão paternalista e heteronômica, incondizente com a dignidade humana.

O amor incondicional materno é uma falácia que aprisiona mulheres à maternidade e a uma figura ultrapassada de feminino. E, a seguir, ilustrar-se-á, por uma rápida digressão histórica, como foi verdadeiramente criado o mito do amor materno.

3.2.1. “O mito do amor materno” e a maternidade naturalmente definida

O conceito naturalmente posto de maternidade, em contraposição ao social de paternidade, em nada admira se considerarmos a formação histórica das relações familiares e dos contextos sociais público e privado.

⁴³⁹ Aliás, analisa-se rapidamente o serviço prestado pela babá (geralmente mulher): ela detém contato de afeto e amor com a criança sob sua responsabilidade, tal qual a mãe ou pai, dispensando à criança cuidado e atenção quando os responsáveis não o podem fazê-lo pessoalmente. Sob essa perspectiva, seria de se temer, então, que a babá, ao fim de seu contrato, se negasse a se separar da criança, por ter mantido com ela um vínculo maternal.

⁴⁴⁰ BERNAL, Ignacio Morgado. *A ocitocina é o hormônio do amor?* *Op. Cit.*

A mãe é uma representação feminina historicamente abnegada, que prescinde de si em proveito dos filhos, movida por um instinto natural que guia todas as mulheres. Mas essa figura do inconsciente coletivo é relativamente recente na história da civilização.

O “amor materno” passa a ser encorajado apenas a partir do final do século XVIII, na Europa⁴⁴¹, e do século XIX, início do XX, no Brasil⁴⁴², devido, principalmente, à alta taxa de mortalidade das crianças recém-nascidas até então⁴⁴³. Antes disso, “a criança [tinha] pouca ou nenhuma importância na família, constituindo muitas vezes para ela um verdadeiro transtorno. Na melhor das hipóteses, ela [tinha] uma posição insignificante [...]”⁴⁴⁴.

As teorias pedagógicas até o final do século XVII, fossem elas orientadas pela perspectiva Agostiniana⁴⁴⁵ ou pela Cartesiana⁴⁴⁶, acreditavam que a infância era algo de que os adultos deveriam se livrar; “erro ou pecado, a infância é um mal⁴⁴⁷. Mais do que um mal ou pecado, a criança era considerada um estorvo ou mesmo uma desgraça e muitos pais não suportavam a atenção que o recém-nascido requeria e a fadiga que causava⁴⁴⁸”.

Um dos sinais mais claros para a Badinter da rejeição do filho pela mãe estava na recusa em amamentar, mesmo que isso pudesse diminuir consideravelmente suas chances de sobrevivência⁴⁴⁹. E isso formava um círculo vicioso, pelo qual a mãe não amamentava para não perder seu tempo com uma criança que poderia morrer facilmente, e esta, pela não amamentação/alimentação dedicada, ficava mais propensa à morte.

Mulheres das mais diversas classes sociais, cada uma por seus motivos, recorriam às amas de leite para essa obrigação, principalmente no final o século XVII e início do XVIII. Entregavam as crianças tão logo nasciam. Mulheres da nobreza traziam as amas para suas casas (que, por sua vez, abandonavam as próprias crianças) enquanto as classes média e baixa

⁴⁴¹ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. A autora ressalta que não há registros oficiais ou mesmo familiares anteriores ao século XVI que pudessem demonstrar a relação familiar estabelecida com os filhos, mas acredita, por seu levantamento histórico, serem da mesma forma.

⁴⁴² COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 171. CARULA, Karoline. Perigosas amas de leite: aleitamento materno, ciência e escravidão em A Mãe de Família. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.19, supl., dez. 2012, p.197-214, p. 198.

⁴⁴³ Guardadas as relevantes diferenças entre os locais analisados, quanto ao tema, os aspectos sociais são extremamente parecidos, sobretudo, acredita-se, pela colonização.

⁴⁴⁴ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.*, p. 54.

⁴⁴⁵ Segundo a qual a criança tem uma malignidade natural oriunda do pecado original, a qual não se pode alimentar com amor e cuidados excessivos. BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.*, p. 54, *et seq.*

⁴⁴⁶ Pela qual há, na infância, fraqueza de espírito e apenas um corpo dedicado a sensações de dor e prazer, sem nenhum raciocínio ou discernimento crítico. *Ibid.* p. 61, *et seq.*

⁴⁴⁷ *Ibid.* p. 63.

⁴⁴⁸ *Ibid.* p. 64.

⁴⁴⁹ *Ibid.* p. 65.

enviavam seus filhos para a casa das amas, variando o custo da mão de obra de acordo com a distância de suas casas⁴⁵⁰. “Dos mais pobres aos mais ricos, nas pequenas ou grandes cidades, a entrega dos filhos aos exclusivos cuidados de uma ama [era] um fenômeno generalizado”⁴⁵¹.

No Brasil, também não era uma questão de classe social, pobres e ricos recorriam às amas de leite, e não o faziam por dificuldades financeiras, mas pelo pouco interesse em crianças. Mauad relata que D. Pedro II e sua irmã Maria Paula foram cuidados e amamentados pela mesma ama de leite, de confiança e afeição da família real⁴⁵². Havia as “amas criadeiras”, que cuidavam e amamentavam crianças tanto em família, quanto em instituições públicas que recebiam crianças abandonadas, como a Santa Casa⁴⁵³.

A partir da análise de dados sobre as crianças que morriam nas casas das amas de leite, devido principalmente à inanição, Badinter afirma serem sua maioria oriunda de famílias burguesas e classes populares⁴⁵⁴. Isso, considerando que famílias nobres levavam a ama de leite às suas casas. A autora observa que, apesar de ser o envio de crianças às amas recorrente em todas as classes, eram as famílias em que as mulheres trabalhavam que tinham maior demanda. “Sem dúvida o filho constitui uma dificuldade considerável para todas as mulheres que são obrigadas a trabalhar para viver. [...] Para que o trabalho seja um pouco rentável, não é possível tolerar os atrasos consecutivos provocados pelos cuidados com os filhos”, seja trabalhando com o próprio marido ou não⁴⁵⁵.

Mas, para além de famílias pobres ou miseráveis, havia aquelas em que os pais trabalhavam em conjunto e tinham uma boa condição financeira, o que permitiria à mãe se ocupar com os filhos, trabalhando ou não. Os motivos dessas famílias para recorrerem às amas não eram econômicos, mas geralmente sociais. A sociedade valorizava o homem, portanto, o marido/pai; logo, era normal que as mulheres priorizassem os cuidados e interesses do marido em detrimento do bebê⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ Badinter traz dados interessantes em sua obra, segundo os quais “em 1780, na capital (Paris), em cada grupo de 21 mil crianças que nascem anualmente (numa população de oitocentos a novecentos mil habitantes), menos de mil são amamentadas por uma ama a domicílio. Todas as outras, ou seja, 19 mil, são enviadas para casa de amas. Dessas 19 mil confiadas a amas fora do teto materno, duas ou três mil, cujos pais dispunham de rendimentos cômodos, deviam ser colocadas nas proximidades de Paris”. BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.*, p. 68.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 67.

⁴⁵² MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o Império. IN: Priore, Mary del. *História das crianças no Brasil*, São Paulo: Editora Contexto, 1999, pp. 137-176, p. 154.

⁴⁵³ MATOS, Maria Izilda Santos de. Em nome do engrandecimento da nação: representações de gênero no discurso médico - São Paulo 1890-1930. *Revista Diálogos*, DHI/UEM, v. 4, n. 4: 77-92, 2000, p. 81.

⁴⁵⁴ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.*, p. 70, *et seq.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 73-74.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 7.

Mas, independentemente do motivo, Badinter afirma que as famílias simplesmente ignoravam as crianças e as enviavam para amas de leite porque era comum não se importarem com elas, principalmente porque morriam facilmente. Eram desinteressantes e frágeis⁴⁵⁷. Eram verdadeiramente menosprezadas; e uma evidência disso é que as lojas de brinquedos, sapatarias e livrarias infantis, e a própria medicina pediátrica, só surgiram e se desenvolveram a partir do século XIX⁴⁵⁸. “Não só não existiam os pediatras, como muitas vezes as crianças doentes não eram tratadas pelo médico, que achava não ser de sua competência ocupar-se de crianças pequenas; estas eram comumente tratadas pelas donas de casa ou pelas parteiras”⁴⁵⁹. Apenas com o surgimento da pediatria, a elevada taxa de mortalidade infantil começou a decrescer.

Essa perspectiva passa a ser modificada, então. A partir do século XVIII começa a ser interessante enaltecer o amor e cuidado maternos, iniciando “o mito que continuará bem vivo duzentos anos mais tarde: o do instinto materno, ou do amor espontâneo de toda mãe pelo filho”⁴⁶⁰.

O que muda não é o amor que as mães passariam a ter pelos filhos, mas a sua exaltação, como um valor natural e social que favorece a espécie humana e a sociedade. O que se cria é o sentimento natural do amor materno e a nova figura da mulher enquanto mãe. Badinter atribui a Rousseau grande importância no surgimento do amor materno: “Rousseau, com a publicação de *Émile* [“*Emílio, ou da Educação*”, em português], em 1762, que cristalizou as novas ideias e deu um verdadeiro impulso inicial à família moderna, isto é, a família fundada no amor materno”⁴⁶¹.

Rousseau escreveu claramente em sua obra: “da boa constituição das mães, começa por depender a dos filhos; dos cuidados das mulheres depende a primeira educação dos homens; das mulheres, ainda dependem os seus costumes, as suas paixões, os seus gostos, os seus prazeres, até mesmo a sua felicidade”⁴⁶². E continua:

Assim, toda a educação das mulheres deve ser em relação aos homens. Agradar-lhes, ser-lhe úteis, fazer-se amar e honrar por eles, educá-los quando jovens, tratá-los quando adultos, aconselhá-los, consolá-los, tornar-lhes a vida agradável e doce: eis os

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 86-88.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 80. MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o Império. *Op. Cit.*, p. 142 ss.

⁴⁵⁹ PANCINO, Claudia; SILVERIA, Lygia. “Pequeno demais, pouco demais”. A criança e a morte na Idade Moderna. *Cadernos de História da Ciência* – Instituto Butantan – vol. V (1) jan-jul 2010. p. 209.

⁴⁶⁰ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.* p. 145.

⁴⁶¹ E continua: “Veremos que depois do *Émile*, durante dois séculos, todos os pensadores que se ocupam da infância retornam ao pensamento rousseauiano para levar cada vez mais longe as suas implicações. *Ibid.* p. 54.

⁴⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio*. Vol II. Livro V. Tradução de Pilar Delvaux. Edição Grandes Obras. Sintra, Portugal: Editora Europa-América, 1990, p. 190.

deveres das mulheres, em todos os tempos, e o que lhes deve ser ensinado, desde a sua infância⁴⁶³.

Mas essa mudança paradigmática - fazendo surgir a necessidade de se educar a mulher para que se preocupasse mais em cuidar de seus filhos – era motivada, sobretudo, por fatores econômicos: a produção de seres humanos para gerar riqueza para o Estado, aumento de mão de obra para girar a economia, e era necessário manter as crianças vivas para tanto. Médicos e pensadores respeitados iniciaram um trabalho argumentativo visando persuadir as mulheres a estabelecerem maior vínculo com seus recém-nascidos e, conseqüentemente, a amamentarem⁴⁶⁴.

Para além desse discurso econômico-financeiro, foi necessário algo que soasse mais sutil e importante, uma promessa de felicidade e igualdade plenas. A partir dessas promessas, as mulheres buscavam respeito e reconhecimento, além de autonomia: “Sede boas mães, e sereis felizes e respeitadas. Tornai-vos indispensáveis na família, e obterei o direito de cidadania”⁴⁶⁵. E, aos pais, restava a autoridade sobre a família.

Havia ainda outro discurso persuasivo destinado especificamente às mulheres, no intuito de fazer com que todas prezassem igualmente pela amamentação e pelos cuidados típicos do amor materno, o discurso da responsabilidade natural, pelo qual as mulheres são responsáveis pela boa manutenção e convivência na sociedade. Com esse discurso, são elas redirecionadas às responsabilidades maternas, ao dever de garantir não só a sobrevivência, mas a boa educação e o amor aos filhos⁴⁶⁶.

Era comum recorrerem a argumentos naturalistas, como à natureza do corpo feminino, a animais selvagens tendo filhotes em florestas, para ressaltar a importância da mulher reconhecer sua destinação: ter filhos, alimentá-los e cuidá-los. Daí surge o termo “mãe desnaturada”, daquela que não atende à sua natureza:

Essa constante referência à natureza serve-lhes para mostrar que a mulher do século XVIII é pura e simplesmente "desnaturada". Ora, a palavra "desnaturado" tem vários sentidos. Se definimos a natureza em termos da "norma", a mulher desnaturada será uma anormal, isto é, uma doente ou um monstro. E se identificamos a natureza com a virtude, a mulher desnaturada será corrompida ou viciosa, isto é, uma amoral, ou uma mãe ruim.⁴⁶⁷

⁴⁶³ *Ibid.* p. 190

⁴⁶⁴ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.*, p. 146.

⁴⁶⁵ *Ibid.* p. 147.

⁴⁶⁶ *Ibid.* p. 181.

⁴⁶⁷ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.* p. 190.

No Brasil, o crescimento urbano comum do final do século XIX fez surgir no Estado maior necessidade de controle sobre a população, aliando seu regramento a um discurso médico higienista-sanitarista emergente, que defendia a necessidade de controle de saúde dentro dos lares, local em que a mulher deveria ser a maior responsável. Com o peso cientificista, o discurso médico orientava a sociedade e colocava a mulher como sua maior aliada nessa reformulação⁴⁶⁸. O “cientificismo-higienismo, imperante neste período, permitiu aos médicos expandir o controle sobre a família, normatizando os corpos e os procedimentos [...]”⁴⁶⁹

Em 1879, Carlos Costa, um médico higienista, fundou no Rio de Janeiro o jornal “A Mãe de Família”, que foi muito bem aceito durante seus dez anos de duração, sobretudo por sua ênfase em ser um jornal supostamente científico. Tinha o objetivo de falar sobre higiene e saúde infantil, mas a finalidade era a mesma do jornal francês que lhe inspirava (La Jeune-Mère) “educar a mulher para ser uma boa mãe de família”⁴⁷⁰.

Para Carula, a saúde da mulher e da criança e a amamentação eram tratados como “assuntos de Estado, no sentido de que suas remodelações poderiam contribuir positivamente para a imagem do país como civilizado”⁴⁷¹. A autora destaca que, no discurso do médico higienista, “as mulheres que se recusavam a amamentar seus filhos o faziam devido ‘à negligência, ao egoísmo, à indolência, à servil submissão as etiquetas sociais, a vaidade e o luxo’”⁴⁷². Matos, no mesmo ponto, destaca que os médicos passaram a culpar as mães pela mortalidade infantil, afirmando serem egoístas e vaidosas as mulheres que não se dedicavam a amamentar seus filhos⁴⁷³.

Era necessário enaltecer o trabalho de cuidar dos filhos, exaltar o momento gestacional e de amamentação, para que as mulheres mudassem a percepção quanto aos prejuízos causados pela gravidez e maternidade. Inicia-se, assim, o discurso de que não há trabalho mais belo e honrado do que cuidar e zelar pelos filhos, além da valorização da beleza física e aparência das mães. Badinter traz um excerto de um texto antigo, escrito por um chefe de polícia do início do século XIX, sobre o louvor ao amor materno:

A voz da natureza se fez ouvir no coração de algumas de nossas jovens mulheres. Prazeres, encantos, repouso, elas tudo sacrificaram. (!) Mas que elas nos digam se as

⁴⁶⁸ MATOS, Maria Izilda Santos de. Em nome do engrandecimento da nação: representações de gênero no discurso médico - São Paulo 1890-1930. *Op. Cit.*, p. 79-80.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 79.

⁴⁷⁰ CARULA, Karoline. Perigosas amas de leite: aleitamento materno, ciência e escravidão em A Mãe de Família. *Op. Cit.*, p. 198.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 198.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 198.

⁴⁷³ MATOS, Maria Izilda Santos de. Em nome do engrandecimento da nação: representações de gênero no discurso médico - São Paulo 1890-1930. *Op. Cit.*, p. 80.

inquietudes e as privações de seu estado não constituem um prazer como todos os proporcionados pelo amor. Que elas nos descrevam as doces emoções que experimenta uma mãe lactante quando, sugando seu leite, sorrindo-lhe, lançando os braços à sua volta, o filho parece agradecer-lhe⁴⁷⁴.

Assim tem início o mito do amor materno. E, obviamente, é de se destacar: não é que não haja amor entre mães e filhos, ou que não houvesse antes do século XVIII, mas esse amor não é regra ou verdade absoluta⁴⁷⁵. Essa incursão histórica permite perceber a ressignificação da maternidade a partir de uma necessidade, a qual foi possibilitada por meio de discursos ideológicos e políticos de enaltecimento do amor materno, da mãe resignada, dedicada tão somente aos filhos, que a eles tudo faz e por eles tudo suporta. Isso é uma construção social.

Com base nessa construção social - um amor materno absoluto -, têm-se uma gama de convicções e interdições, sociais e legais, acerca da maternidade. Convicções sobre a mãe dedicada e a desnaturada. Sobre o elo que obrigatoriamente une um filho à mãe pela gestação, especialmente, pelo parto e aleitamento. E, conseqüentemente, interdições sobre a possibilidade de entregar uma criança gestada a terceiros, entre tantas outras. Destaque-se: a adoção é percebida socialmente como um ato de amor por quem recebe a criança; a *mãe* que a entrega, no entanto, é desnaturada (já o pai, não).

⁴⁷⁴ PROST DE ROYER, Antoine François, *apud*. BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. *Op. Cit.* p. 193.

⁴⁷⁵ Uma simples observação social já é capaz de demonstrar isso. É de conhecimento geral que diversas mulheres gestantes, bem como os homens que os geraram, entregam filhos para adoção diariamente no mundo inteiro; vários são os crimes cometidos pelas mães contra os filhos. É normal, uma relação como qualquer outra. Pode haver amor e ligação, e pode não haver.

4. UM LEVANTAMENTO GLOBAL: AS DIFERENTES ABORDAGENS JURÍDICAS SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

O tratamento legal dispensado à técnica da gestação de substituição, tanto em sua modalidade altruísta quanto na onerosa, varia consideravelmente entre os países, podendo ser subdividido em quatro principais abordagens, denominadas geralmente como *de livre mercado*, *proibitiva*, *tolerante* e *regulamentadora*⁴⁷⁶. E mesmo entre os países que adotam o mesmo regime, ainda ocorrem consideráveis variações na forma como lidam com a técnica, sobretudo a onerosa. Há os que permitem a técnica verdadeiramente comercial (mediante pagamento pelo serviço), os que permitem somente compensação financeira pelos ônus suportados durante a gestação, há os que permitem apenas a inteiramente altruísta, e os que sequer essa toleram⁴⁷⁷. Essa variabilidade aflige aos que se dedicam à análise da técnica em âmbito internacional, pois o regime adotado em um país, sobretudo nos proibicionistas ou nos tolerantes sem regulamentação confiável, impacta diretamente no turismo reprodutivo em outros, sobretudo nos países que adotam o livre mercado.

Acredita-se que o mais adequado seja um modelo jurídico regulamentador que permita a prática onerosa, por se acreditar ser o que melhor respeita direitos e garantias individuais, como argumentado até aqui. Mas, neste tópico, serão apresentados os modelos por um enfoque preferencialmente descritivo e voltado a analisar as eventuais criminalizações, proibições ou permissões da técnica onerosa. Os aspectos considerados mais relevantes serão destacados em cada abordagem, específicos de alguns países que os adotam.

Infelizmente, não se conseguiu acesso a dados suficientes acerca da gestação de substituição em países da América do Sul, para que se pudesse estabelecer um paralelo mais fidedigno a partir de nações próximas da realidade social do Brasil. Contudo, sabe-se que, pelos menos até 2019, em nenhum deles havia regulamentação sobre a técnica⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 01-02. As autoras Raina e Agarwal as subdividem de modo parecido, ressaltando a *proibitiva*, em que há proibição total da técnica, a *tolerante* como aquela em que não há qualquer regulamentação da técnica, mas a reguladora elas particionam entre as que permitem inclusive a modalidade onerosa e as que permitem somente a modalidade gratuita. RAINA, Pranav, AGARWAL, Devansh. *Surrogacy: Removing the Cross National Borders. International Journal of Recent Research Aspects. Special Issue: Conscientious Computing Technologies*, april 2018, pp. 1053-1056.

⁴⁷⁷ SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy Op. Cit.*, p. 530 ss.

⁴⁷⁸ TORRES, Gloria; SHAPIRO, Anne; MACKEY, Tim K.. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*. Vol. 19, nº 46, 2019, p. 01-12. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12884-019-2182-1>. Acesso em: 02 abr. 2021. Todos os países, por enquanto, apresentam postura próxima da tolerância. Importante destacar algumas das informações trazidas na pesquisa, sucintamente: os autores ressaltam que, devido à falta de regulamentação, a

4.1. A abordagem de livre mercado

A abordagem de livre mercado é reconhecida por permitir a técnica da gestação de substituição sem embaraços, inclusive a onerosa, formalizando a prática por meio de contrato, o qual é exequível como qualquer outro contrato celebrado entre pessoas capazes. Ou seja, nesses modelos, sempre será permitida a prática comercial, além da altruísta, caso alguém se disponha⁴⁷⁹. Pouco adotada, os principais países em que vigora esse regime são os Estados Unidos e a Rússia. A Índia, até 2019, e a Tailândia, até 2014, adotaram também a postura de livre mercado, sendo reconhecidas mundialmente pela permissibilidade, mas passaram, então, a controlar e regulamentar a prática; serão analisadas adiante.

A Rússia incluiu a gestação de substituição no Código da Família em 1995 e, desde então, ela e as demais TRA são vistas como um direito subjetivo daqueles que têm um projeto parental e necessitam das tecnologias para implementá-lo. É permitido pagamento à gestante e os termos da gestação são livremente acordados entre as partes. O país é reconhecido como “uma jurisdição amiga de mães substitutas⁴⁸⁰. Não há qualquer previsão criminal relacionada à técnica⁴⁸¹. Apesar de parecer vanguardista, há um problema grave na legislação, que continua determinando a maternidade pelo parto. A atribuição da filiação do bebê gestado aos pais idealizadores dependerá tão somente da autorização da gestante⁴⁸², trazendo insegurança jurídica aos pais idealizadores.

Em sequência, há um país que merece maior atenção, constantemente apontado como de livre mercado da gestação de substituição. Os Estados Unidos são reconhecidos mundialmente como referência em gestação de substituição onerosa, apesar da legislação em seu território não ser uniforme, em razão de sua própria organização política. O tema pertence ao ramo do Direito de Família, sendo estadual a competência para legislar e regulamentar a

região é destino de turismo reprodutivo, maiormente Argentina, Bolívia e Peru. No Chile, há um projeto de lei em trâmite para criminalizar a técnica onerosa. Na Colômbia, há lei prevendo expressamente que “mãe é quem gesta e pare”, apesar de ter sido pioneiro latino-americano em FIV. No Peru, todas as pessoas têm acesso garantido à TRA, mas há expressa orientação de que a mãe genética também deve gestar a criança a ser gerada. No Equador, desde 2016, tramita projeto de lei para permitir a técnica, sem distinguir entre altruísta ou onerosa. No Uruguai, há legislação sobre TRA, o sistema público de saúde custeia tratamentos, mas a gestação de substituição só é permitida na modalidade altruísta.

⁴⁷⁹ SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry. *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 03.

⁴⁸⁰ KHAZOVA, Olga A. Surrogacy In Russia. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit., 2019, p. 281-306, p. 283.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 303.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 285.

técnica e suas repercussões; cada Estado é livre para proibir, permitir ou não se manifestar sobre a prática.

As primeiras intenções legislativas acerca da gestação de substituição no país surgiram no início da década de noventa⁴⁸³, movidas pelo caso paradigmático que ocorreu em Nova Jersey e ganhou repercussão mundial em 1988, o caso "Baby M.", já relatado⁴⁸⁴. A gestante substituta, após se negar a entregar a criança gestada mediante contrato oneroso, recorreu ao judiciário e foi declarada sua mãe, dividindo a opinião pública acerca da técnica.

Os primeiros projetos de lei foram apresentados, em 1992, nos estados de Nova York e Califórnia. Em Nova York, a então deputada democrata Helene Weinstein apresentou projeto de lei com viés proibitivo, o qual fora aprovado na Assembleia e Senado e sancionado pelo então governador, também democrata, Mário Cuomo. A prática é até hoje proibida no estado, por essa lei e os contratos são nulos e considerados contrários à ordem pública⁴⁸⁵. A lei proibitiva abriu precedente para que um terço dos estados do país adotassem a mesma postura àquela época⁴⁸⁶. Um projeto de lei permissivo está em análise no Senado, desde 2013.

Em contrapartida, no Estado da Califórnia, a senadora democrata liberal Diane Watson apresentou projeto de lei permissivo, que visava permitir e regular a prática da gestação de substituição no Estado, mediante contrato válido. Fora também aprovado na Assembleia e Senado, mas posteriormente vetado pelo governador à época, o republicano Pete Wilson, com quem a senadora tinha pública inimizade⁴⁸⁷. A técnica seguiu sem qualquer regulamentação legal até o ano de 2013, quando foi permitida por meio do Código da Família⁴⁸⁸. Apesar da falta de legislação até então, a gestação de substituição sempre foi amplamente difundida no Estado, socorrendo a jurisprudência para controle judicial sobre os contratos e às próprias agências e clínicas de fertilização, que procuravam regulamentar as partes por meio de seus contratos minuciosamente elaborados⁴⁸⁹.

⁴⁸³ No Brasil, na mesma época, o CFM começou a regulamentar a gestação de substituição e outras técnicas de reprodução assistida, por meio da Resolução 1.358/1992. Até a atualidade não há lei ou qualquer outra regulamentação sobre o tema que não seja do Conselho, o que será explorado no capítulo 5.

⁴⁸⁴ Cf. 3.1.2.2. "A objetificação pela compra e venda de crianças".

⁴⁸⁵ GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras*. Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo comparado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 90, 94, 99 e 140.

⁴⁸⁶ CAHN, Naomi; CARBONE June. Surrogacy in the United States Of America. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 313.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 91, 94, 99, 131.

⁴⁸⁸ Family code. "Division 12 - Parent and child relationship". Arts. 7960 - 7962. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁴⁸⁹ CAHN, Naomi; CARBONE June. Surrogacy in the United States Of America. *Op. Cit.*, p. 309.

Nos Estados Unidos, as pessoas, em geral, são livres para qualquer prática que a lei não proíba. Há um número significativo de estados que não promulgaram leis ou que não têm, até a atualidade, jurisprudência vinculativa sobre gestação de substituição. Médicos e gestantes substitutas sempre estiveram livres para a técnica - desde que não fosse proibida - e as leis gerais de parentesco do Estado, que variam de acordo com a localidade, sempre foram aplicadas⁴⁹⁰.

Em 2002, a *Uniform Law Commission*⁴⁹¹ se reuniu no intuito de apresentar uma lei uniforme sobre parentalidade, visando regular o tema de modo mais uniformizado em todo o país, estabelecendo diretrizes básicas. Foi criado, então, a *Uniform Parentage Act*⁴⁹², vigente até a atualidade. Seu artigo 8º procura regulamentar especificamente os contratos de gestação de substituição onerosa⁴⁹³. Contudo, por entenderem ser um tema polêmico, sobre o qual alguns estados poderiam não estar preparados para regulamentar, estabeleceram que seu conteúdo seria de adesão opcional, e que a não concordância com referido artigo não afetaria os demais, deixando espaço para que cada estado continuasse deliberando como bem entendesse sobre a técnica⁴⁹⁴.

A partir de então, as novas legislações passaram a adotar viés permissivo, visando legalizar a gestação de substituição onerosa, o que rompia com o movimento anterior de proibição, iniciado pelo trauma coletivo com o caso Baby M. Esse fenômeno é observável: todas as legislações proibitivas são antigas, enquanto as mais novas, pós 2002, são legalizadoras da técnica onerosa⁴⁹⁵, o que pode ser atribuído, entre outros possíveis fatores, à desmistificação e naturalização da técnica.

Dos 13 estados que aderiram à *Uniform Parentage Act* e adotaram uma postura permissiva quanto a técnica, apenas dois admitiram seu artigo 8º, Utah e Texas⁴⁹⁶, sendo

⁴⁹⁰ CAHN, Naomi; CARBONE June. Surrogacy in the United States Of America. *Op. Cit.*, p. 309-310.

⁴⁹¹ “Comissão de Direito Uniforme”. “Desde 1892, o ULC fornece aos Estados leis uniformes não partidárias e cuidadosamente concebidas. Nosso trabalho simplifica a vida das pessoas que vivem, trabalham ou viajam em vários Estados e melhora as economias locais, ao facilitar o comércio interestadual. Cada ato uniforme é elaborado em um processo aberto e deliberativo, que se baseia na experiência de comissários nomeados pelo Estado, por consultores jurídicos e por observadores”. Texto livremente traduzido da página de apresentação da *Uniform Law Commission*, disponível em: <https://www.uniformlaws.org/home>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁴⁹² “Lei Uniforme de Paternidade”. Na verdade, ele surgiu de uma “remodelagem” do *Uniform Status of Children os Assisted Conception Act* (USCACA), de 1988, o qual não abordava o tema satisfatoriamente, apresentando tanto opção de permitir, quanto de proibir os contratos. Os únicos dois Estados que o aderiram, cada um tomou uma posição, Virgínia reconhecendo os contratos, Dakota do Norte, considerando-os nulos. NATIONAL Conference of Commissioners on Uniform State Laws. *Uniform Parentage Act*. 2002, p. 68. Disponível em: <https://mn.gov/law-library-stat/archive/urlarchive/a050438.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁴⁹³ Article 8 – *Gestational Agreement*.

⁴⁹⁴ GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras*. Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo comparado. *Op. Cit.*, p. 125.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 135.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 125.

recentemente acompanhados por Washington, que até 2018 proibia a gestação de substituição onerosa/comercial⁴⁹⁷. Os demais, cada estado estabeleceu seu próprio procedimento e regras, todos, de alguma forma, orientados pela lei uniforme. Entre esses 13, o Estado de Virgínia, ainda proíbe compensação financeira à gestante. Os demais adotaram regulamentação permissiva quanto a gestação de substituição onerosa, sendo eles: Califórnia, Dakota do Norte, Delaware, Distrito de Colúmbia, Florida, Illinois, Maine, Nevada, New Hampshire, Texas, Utah e Washington⁴⁹⁸.

Em todo o país, apenas quatro Estados proíbem expressamente a técnica, não só a onerosa, também a altruísta: Indiana, Michigan, Nova Jersey e Nova York⁴⁹⁹. Em Michigan, a técnica é considerada crime, punindo a gestante e demais pessoas envolvidas com multa de cinquenta mil dólares e cinco anos de prisão⁵⁰⁰.

Os 33 estados remanescentes não possuem regulamentação expressa acerca do tema⁵⁰¹, mas seis deles dispõem de julgados relevantes, formando jurisprudência: Arizona, Carolina do Sul, Connecticut, Ohio, Wisconsin e Minnesota, sendo apenas deste último um precedente proibitivo da técnica onerosa⁵⁰².

Apesar de haver divergência nas legislações, pode-se perceber que, em sua grande maioria, nos Estados Unidos a prática é permitida, se não expressa, implicitamente. O modelo estabelecido pelo referido artigo 8º do *Uniform Parentage Act* possui conteúdo interessante, que, mesmo quando não adotado integralmente pelos estados, orienta grande parte de suas legislações, motivo pelo qual se fará uma análise sucinta sobre algumas das subdivisões, as seções 801 a 809.

Como mencionado, o artigo 8º foi inserido para regulamentar os contratos de gestação de substituição, visando tornar a relação ali estabelecida mais concreta, previsível, e evitar, principalmente, conflitos positivos ou negativos de maternidade (situações em que a gestante

⁴⁹⁷ CAHN, Naomi; CARBONE June. *Surrogacy in the United States Of America. Op. Cit.*, p. 313.

⁴⁹⁸ GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras. Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo comparado. Op. Cit.*, p. 131-132.

⁴⁹⁹ GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras. Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo comparado. Op. Cit.*, p. 140.

⁵⁰⁰ MICHIGAN. *Surrogate Parenting Act (Excerpt) Act 199 of 1988. "722.857 Surrogate parentage contract prohibited; conditions; surrogate parentage contract as felony; penalty".* Disponível em: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(ip3bd43kb0rw031cgccrcr5n\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-722-857](http://www.legislature.mi.gov/(S(ip3bd43kb0rw031cgccrcr5n))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-722-857). Acesso em: 03 abr. 2021.

⁵⁰¹ São eles: 1. Alabama; 2. Alasca; 3. Arkansas; 4. Arizona; 5. Carolina do Norte; 6. Carolina do Sul; 7. Colorado; 8. Connecticut; 9. Dakota do Sul; 10. Georgia; 11. Havaí; 12. Idaho; 13. Iowa; 14. Kansas; 15. Kentucky; 16. Louisiana; 17. Maryland; 18. Massachusetts; 19. Minnesota; 20. Mississippi; 21. Missouri; 22. Montana; 23. Nebraska; 24. Novo México; 25. Ohio; 26. Oklahoma; 27. Oregon; 28. Pennsylvania; 29. Rhode Island; 30. Tennessee; 31. Vermont; 32. West Virginia; 33. Wisconsin; 34. Wyoming.

⁵⁰² GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras. Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo comparado. Op. Cit.*, p. 138.

se nega a entregar a criança, reconhecendo-se mãe, ou, ao contrário, os pais idealizadores se negam a receber a criança), estabelecendo, de imediato, o vínculo parental com os pais idealizadores⁵⁰³.

A seção 801 versa sobre os principais requisitos do “acordo gestacional autorizado”, o contrato celebrado entre os pais idealizadores, eventuais doadores de gametas e gestante substituta (sendo casada, deve incluir também seu marido), todos capazes. Gestante e doadores devem renunciar expressamente aos direitos de filiação sobre a criança gestada, em favor dos idealizadores, que expressamente os assumem. Referido acordo só é válido para situações que envolvam reprodução assistida, jamais relações sexuais. Permite a previsão de contraprestação financeira pela prestação do serviço, e proíbe limitações à gestante de tomar decisões que digam respeito à sua saúde e à do feto⁵⁰⁴.

As seções 802 e 803 dispõem sobre a validação do contrato em juízo, e os requisitos para tanto. É necessário apresentar, com a petição, a cópia do acordo; os pais idealizadores precisam residir há pelo menos 90 dias no estado em que se solicita; e, sendo a gestante casada, o marido deve participar de todo o procedimento⁵⁰⁵. Será constatada a voluntariedade das partes na celebração do acordo, bem como se compreenderam adequadamente todos os seus termos, observando se houve consentimento informado. Dispõem também sobre a contraprestação financeira à gestante substituta, que deve ser paga em valor “razoável”, visando evitar exploração de mulheres⁵⁰⁶.

Cumpridos estes requisitos, o tribunal validará o contrato em juízo e emitirá ordem reconhecendo os pais idealizadores os verdadeiros ascendentes da criança. Tal documento será entregue já no hospital, que, sabendo da relação ali existente, nomeará adequadamente cada parte no seu respectivo papel social, como mãe e/ou pai, e como gestante substituta⁵⁰⁷.

A seção 806 apresenta a possibilidade de rescisão do acordo gestacional. As partes podem rescindi-lo mesmo após sua validação em juízo, mas antes de concretizada a gestação,

⁵⁰³ NATIONAL Conference of Commissioners on Uniform State Laws. *Uniform Parentage Act. Op. Cit.*, p. 68.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 72. Além disso, prevê que os pais idealizadores deverão passar por entrevista/estudo elaborado por uma instituição específica, voltada ao bem-estar infantil, que atestará suas reais condições (materiais, emocionais, psicológicas) de receberem a criança, assim como ocorre com o processo de adoção. Deve-se comprovar provisão financeira para custeio de despesas relacionadas ao acordo gestacional, como plano de saúde para a gestante, pelo menos até o nascimento da criança, bem como responsabilização pelas mesmas despesas em caso de rescisão do contrato.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 74. A seção 804, sucinta, trata da confidencialidade do procedimento, do acordo, das partes e dos demais atos relacionados, enquanto a 805 prevê que o juízo que validou o acordo continua responsável (preventivo) por decidir eventuais litígios sobre os termos do contrato (não temas que o extrapolam) por até 180 dias após o nascimento da criança. Isso procura evitar “litígios paralelos em diferente estados”, assim como o “risco de sequestro da criança para fins estratégicos”

sem exigência de motivação para tanto. A parte que rescindir, contudo, deverá registrar a rescisão no tribunal que validou o acordo, que anulará a ordem emitida. Caso assim não proceda, estará sujeito às “sanções adequadas”, não mencionadas. O tribunal também pode rescindi-lo de ofício, por justa causa comprovada. A última alínea ressalta que a gestante substituta (ou seu marido, quando houve) não tem responsabilidades perante os pais idealizadores, caso a rescisão do acordo atenda ao que exige essa seção⁵⁰⁸.

Já a seção 807 prevê a obrigatoriedade de informar ao mesmo tribunal o nascimento da criança, por gestante substituta, em até 300 dias após a submissão à técnica. O tribunal confirmará a paternidade dos pais intencionais e, se necessário, mandará entregar a criança a estes, e orientará a emissão de certidão de nascimento da criança nomeando-os seus pais. Se qualquer das partes alegar não ser a criança que nasceu o fruto da reprodução assistida procedida, o juiz ordenará teste genético para determinar a filiação⁵⁰⁹.

O artigo 8º do *Uniform Paarentage Act* traz importante contribuição para a regulamentação da gestação de substituição onerosa, um precedente legal no país e no mundo. Visa a garantir maior segurança e resguardar as partes de problemas decorrentes da técnica, sobretudo referentes ao vínculo de filiação. Contudo, é possível observar maior preocupação com os pais idealizadores, deixando a gestante ainda em situação vulnerável sobre alguns pontos relevantes. Acredita-se que o texto legal poderia ser mais enfático quanto ao pagamento destinado à gestante substituta, limitou-se a prescrever que deve ser “razoável”, sem apontar qualquer parâmetro ou critério objetivo. Ademais, é necessário aumentar a segurança jurídica da gestante substituta nos termos do contrato. O artigo não dispõe expressamente sobre como se procederá caso os pais idealizadores se recusem a receber a criança, ou se eximam de sua responsabilidade, levando a concluir, em diversos momentos, que a criança restará sob responsabilidade da gestante, impondo aos pais apenas a obrigação de pagar uma “pensão alimentícia”.

Não obstante isso, é um modelo legal que deve ser levado em consideração, por preservar e assegurar a autonomia e a liberdade das partes, bem como por buscar implementar o direito à autodeterminação, mormente profissional da gestante, e o livre planejamento familiar

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 76. A seção 808 afirma apenas que eventual casamento da gestante substituta posterior à emissão da ordem regulada neste artigo em nada afeta ou obriga o marido. A seção 809, por fim, afirma que o acordo celebrado, se não validado nos termos deste artigo, não será exequível, e a parentalidade será definida por critérios gerais previstos no artigo 2 da mesma lei (p. 11). Contudo, ainda assim, os pais idealizadores podem ser responsabilizados pelo sustento da criança, não sob sua guarda. *Ibid.*, p. 77.

dos idealizadores da gravidez. Fosse o sistema mais difundido no país, poderia ser considerado regulamentado quanto à gestação de substituição onerosa.

4.2. A abordagem proibitiva

Esse tratamento legal, como o próprio nome intui, proíbe a gestação de substituição comercial e altruísta, mas não necessariamente por lei específica. Considera nulo qualquer contrato referente à técnica, e geralmente dispõe a gestante como a verdadeira mãe. Costuma criminalizar gestantes e pais idealizadores, as clínicas e médicos que a procedam ilegalmente, mas não é regra generalizada. Espanha, França, Alemanha, China, Taiwan e Singapura são países que adotam postura proibitiva⁵¹⁰, cada um com sua especificidade. Um grave problema enfrentado pelos países que assim procedem é o fato de pessoas viajarem ao exterior para contratarem a gestação de substituição em país permissivo e retornarem à casa com o bebê, que, geralmente, é reconhecido como cidadão, considerando o melhor interesse da criança.

A França, por exemplo, proíbe não apenas a técnica onerosa, mas também a altruísta, desde que se tornou popular, na década de oitenta. Em 1991 a “Cour de Cassation”, a Suprema Corte Francesa, entendeu que tais acordos violavam a ordem pública: a técnica onerosa, por explorar mulheres e transformar seres humanos em mercadoria, sendo eles invioláveis e inalienáveis; a altruísta, por modificar estado civil por acordo privado, o que era inadmissível. A jurisprudência ainda entendeu que a técnica prejudicava a adoção, uma instituição necessária, ao retirar a demanda de pretensos adotantes⁵¹¹. Em 1994 esse precedente passou a integrar a Lei de Biossegurança e posteriormente o Código Civil Francês⁵¹².

A gestante, como não poderia ser diferente, é sempre considerada mãe, e eventual fraude perpetrada na certidão de nascimento, constando nome da mãe idealizadora em lugar da gestante, é crime punido pelo Código Penal, com previsão de até três anos de reclusão e multa de €45.000 (quarenta e cinco mil euros)⁵¹³. Também a gestante, pelo fato de entregar a criança

⁵¹⁰ FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit. p. 04.

⁵¹¹ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética*. XXII, 2011/2ª, pp. 201-214, p. 205. PINTENS, Walter. Surrogacy In France. In: FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit. p. 17-18.

⁵¹² RÉPUBLIQUE Française. *Légifrance*. Code Civil. “Article 16-7. Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. (...) Article 16-9. Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public”. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2021-05-20/. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁵¹³ RÉPUBLIQUE Française. *Légifrance*. Code pénal. “Article 227-13 La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45

aos pais idealizadores, pratica o crime de abandonar o próprio filho, e é punida com pena de até dois anos de prisão e multa de €30.000 (trinta mil euros)⁵¹⁴. Os que participam intermediando a técnica onerosa são punidos nos mesmos moldes, com penas pela metade⁵¹⁵.

Pintens atenta para o dilema que ocorre no país quando pessoas vão ao exterior para contratar gestação de substituição e retornam com a criança, querendo registrá-la como filha e cidadã francesa. Não há lei, apenas julgados, os quais não são uníssonos, mas tendem a reconhecer a filiação em atenção ao melhor interesse e vida privada da criança. Não há como impedir que cidadãos franceses procurem outro país para implementar a técnica e realizar o projeto parental; e o autor afirma que cerca de duzentos casais assim procedem anualmente⁵¹⁶. Isso sim parece acirrar a desigualdade social, uma vez que apenas pessoas com situação financeira mais favorável podem fazê-lo.

Já na Espanha, a técnica é proibida desde 1988, sendo a antiga lei substituída pela Ley 14/2006⁵¹⁷, reguladora expressa das técnicas de reprodução assistida, sem grandes modificações⁵¹⁸. O artigo 10 da referida lei dispõe sobre a gestação de substituição, declara ser nulo qualquer contrato referente à técnica, seja onerosa ou mesmo altruísta, e determina expressamente que a gestante substituta será considerada a mãe da criança gestada, caso se proceda à TRA a despeito da proibição⁵¹⁹.

A “Espanha é um dos países com maior número de católicos no mundo, tendo a religião grande influência no governo e nas leis espanholas”. Santiago ressalta ser esse um dos fatores

000 euros d'amende. - La tentative est punie des mêmes peines.” Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁵¹⁴ RÉPUBLIQUE Française. *Légifrance*. Code pénal. “Article 227-12. Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. - Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. - Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. - La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines”.

⁵¹⁵ *Iden*.

⁵¹⁶ PINTENS, Walter. Surrogacy In France. In: FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit. p. 27.

⁵¹⁷ GOBIERNO de España. *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&tn=1&p=20150714>. Acesso em 20 abr. 2021.

⁵¹⁸ CASABONA, Carlos María Romeo. Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 28, 109-121, p. 110.

⁵¹⁹ *Ibid*. Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

pelos quais não se observa uma postura voltada a regularizar a técnica, a despeito do cenário europeu mais voltado para tanto⁵²⁰.

No entanto, o país é considerado destino de turismo reprodutivo de outros cidadãos europeus, quando a demanda não é pela gestação de substituição. É considerado liberal quanto ao acesso às outras técnicas, e possui custos mais baixos para acessá-las e menores filas de espera, em comparação com outros países da região⁵²¹. Mas, quando necessária a gestação de substituição, os próprios cidadãos espanhóis saem do país, geralmente em direção aos EUA, para contratar uma gestante. Amorós apresenta dados segundo os quais cerca de 500 casais espanhóis (85% deles, casais heterossexuais) vão aos EUA anualmente para contratarem gestação de substituição mediante pagamento. “Em 2016, o grupo de defesa *Son Nuestros Hijos* (SNH) estimou o número de casais espanhóis que recorrem a substitutos nos EUA anualmente em cerca de 800”⁵²².

A Espanha, segundo constatou Santiago, é um dos países que mais nega o registro quando se trata do reconhecimento da filiação das crianças nascidas por meio da técnica no exterior⁵²³. A despeito disso, o judiciário vem reconhecendo os vínculos com os pais idealizadores por meio de adoção - em respeito ao melhor interesse da criança⁵²⁴, priorizando-o, em detrimento da proteção à ordem pública⁵²⁵ – sobretudo quando já há vínculo afetivo e genético com um dos idealizadores⁵²⁶. “Em última análise, a abordagem quase tolerante aos arranjos internacionais de gestação de substituição, endossados por órgãos administrativos e judiciais, reflete o fato de que a técnica é amplamente aceita pelo público espanhol se praticada no exterior”⁵²⁷.

No país, apesar dessa legislação, não há criminalização expressa da gestante ou dos pais idealizadores pela prática especificamente, ou responsabilização civil⁵²⁸. Já quanto à clínica que

⁵²⁰ SANTIAGO, Juliana Faria. *Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor*. Dissertação (mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2020, p. 17.

⁵²¹ AMORÓS, Esther Farnós. Surrogacy In Spain. In: FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit. pp. 59-82, p. 60.

⁵²² *Ibid.*, p. 61.

⁵²³ SANTIAGO, Juliana Faria. *Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor*. Op. Cit. p. 17.

⁵²⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? Op. Cit., p. 112.

⁵²⁵ FERNÁNDEZ, Francisca Ramón. La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 6, marzo, 2014, pp. 38-50, p. 46.

⁵²⁶ SANTIAGO, Juliana Faria. *Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor*. Op. Cit. p. 18.

⁵²⁷ AMORÓS, Esther Farnós. Surrogacy In Spain. Op. Cit. pp. 59-82, p. 70. No original: “Ultimately, the quasi-tolerant approach to international surrogacy arrangements endorsed by administrative and judicial bodies reflects the fact that surrogacy is widely accepted by the Spanish public if practised abroad”.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 66-67.

eventualmente proceda a técnica, essa mesma lei prevê multa, a ser fixada entre €10.001 e €1.000.000, para os casos em que implemente TRA que não esteja incluída no rol das autorizadas pela lei⁵²⁹, como é o caso da gestação de substituição.

Porém, como a legislação dispõe expressamente que a filiação de crianças nascidas por meio da técnica será definida pelo parto⁵³⁰, há condutas típicas no Código Penal que criminalizam diretamente a técnica, já que a gestante substituta é considerada mãe⁵³¹. Próximo às previsões do Código Penal Brasileiro, trata-se dos crimes de parto suposto, entrega de filho mediante pagamento e de alteração da filiação, previstos nos artigos 220 e 221⁵³², puníveis com penas de seis meses a dois anos de prisão, os dois primeiros, e de um a cinco anos o segundo.

O que difere essa criminalização da situação que ocorre no Brasil, no entanto, é que, na Espanha, como dito, a gestante substituta é legalmente considerada mãe, há previsão expressa em lei. Logo, a conduta da gestante tipificaria no tipo penal descrito, caso houvesse atribuição de parto a terceira pessoa, ou entrega da criança, ou registro dessa em nome de terceiros. Já no Brasil, não há disposição expressa, a lei é silente quanto à maternidade, como será demonstrado no próximo capítulo. E, diante da possibilidade de uso da técnica na modalidade altruísta no país, há o reconhecimento, por força do artigo 1.593 do Código Civil, de que a gestante substituta não deve ser considerada mãe, que o vínculo familiar deve ser estabelecido com os idealizadores da gestação. Na Espanha, em contrapartida, não há possibilidade de reconhecimento desse vínculo, posto que até a modalidade altruísta é proibida.

⁵²⁹ GOBIERNO de España. *Ley 14/2006, de 26 de mayo*, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *Op. Cit.* “Artículo 26. Infracciones. 1. Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves. 2. Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves las siguientes: [...] c) Son infracciones muy graves: (...) 3.^a La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.”

⁵³⁰ *Ibid.* Artículo 10. Gestación por sustitución. [...] 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

⁵³¹ BENITO, Cárcar; ESTEBAN, Jesús. La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: Su configuración y prioridad en una futura regulación. *Derecho y salud*. Valencia, v. 27, n. 1, 2017, pp. 160-174, p. 162.

⁵³² GOBIERNO de España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 20 abr. 2021. “Artículo 220. 1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. [...] Artículo 221. 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurre relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero [...].”

4.3. A abordagem tolerante

O parâmetro tolerante, por sua vez, geralmente não regulamenta a técnica de gestação de substituição, mas costuma fazê-lo com as relações dela decorrentes, como a determinação da filiação, que é estabelecida com a pessoa idealizadora. Admite a técnica de modo altruísta, mas a falta de regulamentação, ou a não implementação de eventual lei na prática, ou mesmo a falta de gestantes disponíveis para tal favor, faz com que pessoas interessadas/necessitadas prefiram viajar ao exterior para implementá-la de modo oneroso, tal como ocorre em países proibitivos, o que mantém o problema decorrente da transnacionalização da técnica⁵³³. Austrália, Inglaterra, Gales e Hong Kong, por exemplo, adotam-no⁵³⁴. Acredita-se ser esse o modelo presente no Brasil, com um controle precário exercido ilegitimamente pelo CFM e sem legislação nem mesmo sobre a filiação nesse caso, apesar de poder ser apontado também como regulado por classe médica.

O Reino Unido, de modo geral, apresenta postura tolerante. Há legislação sobre a gestação de substituição, proibindo a técnica onerosa e permitindo a altruísta⁵³⁵. Sobre a altruísta, na Inglaterra, os tribunais emitem uma “Ordem aos Pais” reconhecendo a paternidade dos pais idealizadores⁵³⁶, após consentimento indispensável da gestante⁵³⁷. Não há qualquer previsão sobre os requisitos, motivos e características pessoais para celebrar termo de acordo de gestação de substituição altruísta⁵³⁸. Mas, em 2016 e em 2018, decisões da “Divisão de Família do Supremo Tribunal de Justiça” da Inglaterra e Gales entenderam que pessoas solteiras e casais homoafetivos poderiam celebrá-lo, desde que residentes no Reino Unido⁵³⁹.

Apesar de proibir a prática onerosa, é permitida “compensação financeira” à gestante altruísta, devido aos contratempos e transtornos que a gestação possa ocasionar, em valor “não

⁵³³ FENTON-GLYNN, Claire; KAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit. p. 04.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 04.

⁵³⁵ UK Public General Acts. *Surrogacy Arrangements Act 1985*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49#commentary-c766759>. Acesso em: 21 abr. 2021. Há também o *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/part/3>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁵³⁶ FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M.. Surrogacy In A Globalised World. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit., p. 532.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 555.

⁵³⁸ FENTON-GLYNN, Claire. Surrogacy in England and Wales. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit., p. 116

⁵³⁹ PIERSANTI, Valeria; CONSALVO, Francesca; SIGNORE, Fabrizio; DEL RIO, Alessandro; ZAAMI, Simona. Surrogacy and “Procreative Tourism”. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives? *Medicina*, 2021, vol. 57(1), n. 47. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/medicina57010047>. Acesso em: 21 abr. 2021.

desproporcional às despesas razoáveis”⁵⁴⁰. Considerando o melhor interesse da criança, o tribunal concede a carta de ordem, sem fiscalização e controle adequado quanto aos valores pagos, o que acaba por permitir que a técnica seja remunerada indiretamente, por esses acordos⁵⁴¹. A falta de orientação legal e acompanhamento estatal podem implicar em diversos problemas, desde conflitos de filiação até o pagamento irrisório às gestantes a título de compensação pelo transtorno.

A referida ordem é concedida e a transferência da paternidade providenciada somente após o parto e após consentimento (posterior ao nascimento) obrigatório da gestante. Ainda, a lei dispõe que um acordo relativo à técnica não é executável⁵⁴², o que traz instabilidade jurídica aos pais e os leva ao exterior, para acessar a técnica comercial em países permissivos, como nos EUA. No Reino Unido, observam Fenton-Glynn e Scherpe, apesar de não regulamentada, a “prática de gestação de substituição internacional é tão comum e tão aceita que atualmente se encontra até incluída no pedido de passaporte do Reino Unido, como uma categoria específica”⁵⁴³.

O *Surrogacy Arrangements Act 1985* prevê multa e pena de prisão, não superior a três meses, aos que celebrarem acordo de gestação de substituição comercial (previsto na Seção 2) e pena de multa às mulheres que anunciem disponibilidade para a técnica, às pessoas que procurem por mulheres dispostas a tanto, bem como terceiras pessoas não diretamente envolvidas que divulguem conteúdo nesse sentido (Seção 3)⁵⁴⁴.

Pode-se ver que a abordagem tolerante não controla a técnica, não impede que aconteça, contribui para o turismo reprodutivo e ainda descridibiliza o sistema legal e judiciário do país.

4.4. A abordagem reguladora

E, por fim, a abordagem reguladora, ou regulatória, a qual aborda o tema por meio de legislação abrangente, expressa e clara, visando regulamentar e participar de todo o processo e uso da técnica. Tem como principal característica o fato de ser obrigatório alcançar autorização,

⁵⁴⁰ FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M.. *Surrogacy In A Globalised World. Op. Cit.*, p. 530.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 532.

⁵⁴² UK Public General Acts. *Surrogacy Arrangements Act 1985. Op. Cit.* “1A. Surrogacy arrangements unenforceable. No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.”

⁵⁴³ FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M.. *Surrogacy In A Globalised World. Op. Cit.*, p. 569. No original, “The practice of international surrogacy is so common and so accepted that it is now even included in the UK passport application as a specific category”.

⁵⁴⁴ UK Public General Acts. *Surrogacy Arrangements Act 1985. Op. Cit.* “4. Offences. (1) A person guilty of an offence under this Act shall be liable on summary conviction—(a) in the case of an offence under section 2 to a fine not exceeding level 5 on the standard scale or to imprisonment for a term not exceeding 3 months or both, (b) in the case of an offence under section 3 to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.

administrativa ou judicial, anterior à gestação, para que se lhe proceda de modo legal e seguro quanto à definição da filiação. Contudo, apesar de regular a técnica, essa legislação pode tanto permitir a modalidade onerosa, como o faz Israel, como criminalizá-la, ao exemplo de Portugal. Também Grécia, África do Sul e Nova Zelândia, além da Índia e Tailândia, têm leis de regulamentação⁵⁴⁵.

A Índia viu a necessidade de mudar a abordagem jurídica após intensos relatos e denúncias de situações de exploração de gestantes substitutas por grandes corporações clínicas. A técnica onerosa era legalizada desde 2002, e as clínicas eram livres para fazer o que bem entendessem, sem normas vinculativas⁵⁴⁶. Pelo que é narrado da experiência profissional por lá, havia exploração das gestantes substitutas enquanto trabalhadoras por parte das clínicas, uma exploração fática, referente às condições materiais de trabalho, o que era agravado diante da ausência de regulamentação e controle específicos.

No processo de gestação substituta comercial, as mulheres não recebiam apoio psicológico, muito menos jurídico, e o apoio médico se encerrava logo após o parto. Não havia obrigatoriedade de plano de saúde ou seguro de vida e, caso houvesse aborto, mesmo espontâneo, as gestantes não recebiam o pagamento, nem mesmo uma compensação⁵⁴⁷. Algumas clínicas sequer lhes entregavam cópia do contrato celebrado com os pais idealizadores, o que limitava a possibilidade de acesso ao judiciário, caso necessário⁵⁴⁸. Ainda, as clínicas tinham como regra obrigatória que as gestantes se hospedassem em albergues próprios, em que ficavam confinadas durante todo o período, em constante vigilância com visitação restrita, incluindo de familiares; só podiam ser acompanhadas dos filhos de colo, caso houvesse. Se os pais demorassem a buscar a criança, era exigido da gestante cuidar do bebê como se fosse seu filho, até que chegassem⁵⁴⁹. Outro fator que motivou o banimento da prática pelas autoridades no país foi o baixo valor de pagamento destinado às gestantes, em comparação com o lucro das clínicas, sem que houvesse controle sobre isso e poder de negociação por parte

⁵⁴⁵ SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy. Op. Cit.*, p. 4.

⁵⁴⁶ BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. *Op. Cit.*, p. 623. JIMÉNEZ, Mónica Amador. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. CS. No. 6, julio – diciembre, Cali, Colombia, 2010, pp. 193-217.

⁵⁴⁷ SARAVANN, Sheela. Global justice, capabilities approach and commercial surrogacy in India. *Medicine, Health Care and Philosophy*. Volume 18, 2015, pp. 295–307, p. 301.

⁵⁴⁸ SARAVANN, Sheela. Global justice, capabilities approach and commercial surrogacy in India. *Op. Cit.*, p.301. PURICELLI, Manuela. 2014. Conference: A policy dialogue about surrogacy in India. *Gender Matters*. 18 sept. 2014. Disponível em: <https://gendermatters.in/surrogacy-in-india/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁵⁴⁹ SARAVANN, Sheela. Global justice, capabilities approach and commercial surrogacy in India. *Op. Cit.*, p.301.

das gestantes⁵⁵⁰. Exemplo fático de que a exploração não é inerente à prática, mas que pode decorrer da forma como é implementada.

Em 2019, então, o parlamento aprovou o “The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019”⁵⁵¹, projeto para regulamentar a técnica no país e proibir a gestação de substituição onerosa⁵⁵². Ela passou a ser permitida apenas altruisticamente, voltada exclusivamente para casais idealizadores indianos, casados há, pelo menos, cinco anos. Deve ser procedida por mulheres entre 25 e 35 anos, com vínculo de parentesco com os idealizadores, casada e com filho. A técnica só pode ser implementada em caso de impossibilidade médica, como infertilidade, e a mulher só poderá ser gestante substituta uma única vez, apresentar aptidão médica e psicológica e não poderá fornecer seus próprios gametas. Está proibido qualquer pagamento, exceto de compensação pelos gastos médicos, e é obrigatório o pagamento de plano de saúde à gestante. Passou a criminalizar, com pena de até 10 anos de prisão, a gestante, os responsáveis pelas clínicas e médicos que procedam a técnica mediante pagamento à mulher (mas as clínicas e médicos podem continuar a receber seus próprios pagamentos, se a gestante não for paga). A filiação já pertence ao casal idealizador desde o início da técnica⁵⁵³.

Já na Tailândia, o sistema mudou após o caso que ficou conhecido como *Baby Gammy*. Uma mulher Tailandesa, Pattaramon Chanbua, fora contratada para prestar gestação de substituição a um casal australiano, David e Wendy Farnell, em 2014⁵⁵⁴. A gestante substituta engravidou de gêmeos, e um deles foi diagnosticado com Síndrome de Down ainda na gestação⁵⁵⁵. Após o nascimento, o casal que idealizou a gravidez se negou a receber os dois

⁵⁵⁰ BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. *Op. Cit.*, p. 623.

⁵⁵¹ MINISTRY Health and Family Welfare. *The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019*. Disponível em: <https://prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2019>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁵⁵² LOK Sabha passes Surrogacy (Regulation) Bill. *The Hindu*. National. 05 aug. 2019. Disponível em: <https://www.thehindu.com/news/national/lok-sabha-passes-surrogacy-bill/article28824277.ece>. Acesso em: 19 abr. 2021. Não se conseguiu acesso ao texto final da lei, mas o projeto fora integralmente aprovado (nota acima).

⁵⁵³ *Ibid.*. E também: KOTISWARAN, Prabha. Surrogacy In India. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. *Op. Cit.*, p. 469-498, p. 495.

⁵⁵⁴ Há controvérsia em relação a esse caso, a família australiana nega que tenha abandonado a criança, mas não explica o motivo de ter levado consigo apenas um dos gêmeos. AUSTRALIAN couple 'did not reject Down's baby' Gammy. *BBC News*, World Australia, 14 April 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-australia-36012320>. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁵⁵⁵ Barreda afirma que o casal solicitara o abortamento deste, mas a gestante teria se negado. BARREDA, Nicolás Jouve De La. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada - biomedical perspective of the surrogate motherhood. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2º/2017, 153-162, p. 161.

bebês, ficando apenas com o não portador da síndrome, restando a criança aos cuidados e à maternidade da gestante^{556, 557}.

Após esse caso polêmico, a Tailândia passou a regulamentar a técnica e proibir a possibilidade de contratação da gestação de substituição, não só por estrangeiros, mas também por nacionais⁵⁵⁸. De acordo com a nova lei, de numeração B.E. 2558 [2015], apenas casais tailandeses ou casais em que um dos parceiros seja tailandês, casados há pelo menos três anos, podem procurar por gestação de substituição altruísta. E a técnica onerosa passou a ser criminalizada, com previsão de pena de até 10 anos de reclusão para os envolvidos⁵⁵⁹.

Em Israel, a gestação de substituição onerosa é permitida e estritamente regulada⁵⁶⁰, destinada a casais israelenses heterossexuais e inférteis⁵⁶¹. Isso se deve aos aspectos religiosos, culturais e políticos do país: a procriação é preocupação central na sociedade israelense, “tem havido reconhecimento judicial expresso do direito de se tornar pai, acompanhado de políticas de incentivo ao parto”⁵⁶². E isso, atrelado ao fato da gestação de substituição entre parentes próximos não ser possível por levantar “dúvidas quanto ao status da criança na lei judaica”⁵⁶³, resulta obrigatoriamente na necessidade de se contratar gestante, posto que esperar tamanho altruísmo de pessoas desconhecidas seria desarrazoado.

Há um comitê especializado no país para regulamentar as relações e os valores contratados, visando garantir maior paridade entre as partes. Segundo narra Schuz, a contratação de gestação de substituição no país custa, em média, 66 mil dólares, destinando-se cerca de 40 mil à gestante para compensá-la pelo trabalho, pelo tempo e pelos prejuízos que a

⁵⁵⁶ Na perspectiva moral de Barreda: “Pattaramon, como una prueba más de los vínculos afectivos de la madre gestante hacia su hijo, se quedó con Gammy, el niño con Síndrome de Down. Gammy es ahora, en palabras de su madre un niño sociable, amable y muy querido por todos, un niño normal que necesita amor como todas las personas humanas”. BARREDA, Nicolás Jouve De La. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada - biomedical perspective of the surrogate motherhood. *Op. Cit.*, p. 161.

⁵⁵⁷ Para maiores informações, cf. HONGLADAROM, Soraj. Surrogacy in Thailand. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. *Op. Cit.*, 2019, p. 499-511.

⁵⁵⁸ THAILAND bans commercial surrogacy for foreigners. *BBC News*, World Asia, 20 February 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-31546717>. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁵⁵⁹ JUSLAWS & Consult International Law Firm. *Op. Cit.* Referida lei está disponível em: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=100442&p_country=THA&p_count=441.

Acesso em: 28 mar. 2020.

⁵⁶⁰ Infelizmente não se conseguiu acesso a páginas em que se pudesse encontrar a lei propriamente, mas as referências aqui citadas são extremamente confiáveis.

⁵⁶¹ NEW Family. *Surrogacy in Israel*. Disponível em: <https://www.newfamily.org.il/en/surrogacy-in-israel/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁵⁶² FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M.. Surrogacy In A Globalised World. *Op. Cit.*, p. 531. No original: “(...) and there has been express judicial recognition of the right to become a parent, accompanied by policies encouraging childbirth”.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 531. No original: “This is coupled with the fact that surrogacy amongst close family is not possible as it raises doubts as to the status of the child in Jewish law”.

situação de gestante pode ter lhe gerado, além de valor à parte destinado a despesas médicas e psicológicas, apoio jurídico e seguro de vida⁵⁶⁴. Esse comitê não possui procedimento dedicado a fazer uma triagem dos futuros pais e de suas intenções, autorizando indiscriminadamente quem atenda aos requisitos⁵⁶⁵.

Como mencionado, apenas casais heterossexuais e também mulheres solteiras podem contratar a gestação de substituição. Apesar de Israel ser dos poucos países no Oriente Médio a aceitarem a diversidade sexual, casais homoafetivos não podem contratar a técnica, e também não o podem homens solteiros, fazendo com que estes ainda tenham que viajar ao exterior para contratação, mesmo sendo legalizada no país⁵⁶⁶. Há grande organização dos movimentos LGBTQIA+ no país para equiparar o direito, o que tem sido bem recepcionado⁵⁶⁷.

4.4.1. Uma possibilidade para o Brasil.

Acredita-se que a regulamentação da gestação de substituição, sobretudo da modalidade onerosa, seja o melhor caminho para o Brasil, faltando avaliar se orna com o ordenamento jurídico do país, o que será analisado no capítulo seguinte.

A proibição ou a tolerância da atividade trazem instabilidade e incerteza jurídica, incentivando o turismo reprodutivo transnacional. Regulamentação que permita apenas a altruísta, da mesma forma, não atende à demanda, fazendo com que idealizadores ainda recorram a outros países em que possam pagar para acessá-la mais facilmente. Contudo, o livre mercado sem regulação também não se mostra adequado, pois pode abrir espaço para arbitrariedades e exploração de parte contratante vulnerável.

No Brasil, a modalidade altruísta é permitida sem maiores embargos, seguindo minimamente regulada pelo Conselho Federal de Medicina. Já a onerosa é proibida pelo mesmo Conselho, havendo quem aponte previsões constitucionais e legais que supostamente também proíbem e até criminalizam a técnica. Contudo, no capítulo seguinte será demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro conforma perfeitamente sua possibilidade prática. Há, pois, que se permitir e regulamentar a gestação de substituição onerosa no Brasil.

⁵⁶⁴ SCHUZ, Rhona. Surrogacy in Israel. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Op. Cit., p. 171.

⁵⁶⁵ *Ibid.* p. 171.

⁵⁶⁶ STATE of Israel. Ministry of Justice. *Office of the Deputy Attorney General (International Law)*. July, 2019. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/States/Israel.docx>. Acesso em 22 abr. 2021. Esse documento em formato .docx fora destinado à ONU: “The Government of Israel's Reply to the Questionnaire on Safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangements”.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

5. UM CENÁRIO INCONSTITUCIONAL: A TÉCNICA DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tabu que permeia as técnicas de reprodução assistida na sociedade brasileira é refletido na sua regulamentação. Após quase 40 anos do nascimento do primeiro “bebê de proveta” no Brasil e na América Latina, por meio de FIV⁵⁶⁸, ainda não há lei que regulamente os procedimentos de RA. A exponencial difusão das técnicas deixa sem segurança jurídica as relações delas oriundas⁵⁶⁹.

O ordenamento jurídico, que sequer prevê definições de maternidade, tampouco dispõe algo a respeito das TRA⁵⁷⁰, muito menos sobre gestação de substituição propriamente dita. Essa imprevisibilidade parece abrir margem para criminalizações indevidas; toda a suposta previsão acerca do tema vem de normas aproximadas, cuja analogia termina por afetar liberdades individuais, como se pretende demonstrar. A regulamentação é feita tão somente por normas deontológicas previstas pelo Conselho Federal de Medicina. A seguir, analisar-se-á todo conteúdo do ordenamento jurídico brasileiro que seja relacionado ao tema.

5.1. Artigo 199, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O §4º do artigo 199 da CF/88 veda a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento⁵⁷¹. Há quem defenda⁵⁷² que essa

⁵⁶⁸ O GLOBO 90 ANOS: *Em 1984 nascia primeiro bebê de proveta no Brasil*. Jornal o Globo. 01º de julho de 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/o-globo-90-anos-em-1984-nascia-primeiro-bebe-de-proveta-no-brasil-16616047>. Acesso em: 08 mar. 2020. A gestação substituta teve início na década de 60 no Japão e nos Estados Unidos, já estando mundialmente conhecida e aplicada na década de 80. Em 1988, foi inaugurada nos EUA a primeira associação de mães de substituição.

⁵⁶⁹ A título exemplificativo do constante crescimento das variadas TRAs, o 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (Sisembrio) concluiu, analisando dados de 2019, “que o número de ciclos de fertilização *in vitro* vem crescendo no Brasil. Em 2019, foram realizados 43.956 ciclos de fertilização *in vitro*, resultando no crescimento de 859 ciclos em relação ao ano anterior. As informações apresentadas no relatório foram enviadas por 157 (85,8%) dos 183 BCTG (Banco de Células e Tecidos Germinativos) cadastrados na Anvisa”. BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões, Sisembrio*, mai. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/divulgado-relatorio-sobre-producao-nacional-de-embrioes>. Acesso em: 11 out. 2020.

⁵⁷⁰ O artigo 1.597 do Código Civil dispõe “[p]resumem-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. [...]”

⁵⁷¹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

⁵⁷² A título de exemplo: AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 109-110. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 507. MORAES, Maria

previsão abrangeria gestação de substituição, além da doação de gametas e demais TRA, em um entendimento amparado pelo princípio da dignidade humana. Sendo assim, para esses, não haveria que se discutir sobre a possibilidade de tornar onerosa essa técnica de reprodução assistida, pois já proibida a comercialização em sede constitucional.

Contudo, tal entendimento se mostra extremamente equivocado. Inicialmente, pela própria inteligência do artigo, que trata especificamente de transplante de órgãos, tecidos e substâncias humanas, e não de técnicas de reprodução assistida, procedimentos que, apesar de estarem ligados pela biotecnologia, não se assemelham mais em muita coisa.

A verdade é que parece haver confusão quanto à delimitação do objeto da gestação de substituição. Quem entende ser proibida por referido artigo constitucional e pela referida lei, parece acreditar que o útero é o objeto de negociação, quando, na verdade, o objeto seria a gestação em si, a prestação do serviço de gerar criança para terceira pessoa.

É importante ter em mente que, na técnica da gestação de substituição, seu objeto não é a remoção de órgão, tecido ou substância do corpo humano, muito menos teria fins de transplante, pesquisa ou tratamento. Nada fundamental é extraído do corpo da gestante e o único fim pretendido é a gestação, pela qual uma mulher, em poder de seu próprio útero que não lhe é tomado, utiliza de seu corpo para prestar o serviço de gerar uma criança para um casal ou pessoa que não possa fazê-lo pessoalmente⁵⁷³.

Como bem ressalta Schettini, o útero é, de fato, órgão humano, contudo, a gestação em si não implica em sua remoção para os fins previstos em lei, para transplante, pesquisa ou tratamento. “A gestação é um fenômeno temporário e, apesar dos riscos e incômodos para a saúde da gestante, sua realização não consistirá na retirada do órgão [...]”⁵⁷⁴.

Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014, p. 782. SILVA, Marcelo Lessa da; SOUZA, Maria Gabriela de Assis; MONTEIRO, Jannice Amóras. A falta de regularização na gestação por substituição: um problema comum entre Brasil e Argentina. *Lex Humana, Petrópolis*, v. 8, n. 1, p. 52-71, 2016, p. 62. SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Reprodução Humana Assistida: do direito à ao direito da. In: BERGSTEIN, Gilberto; Silva, Anna Paula Soares da. (orgs.). *Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais: novas fronteiras da ciência jurídica*. Ebook. São Paulo: Foco, 2019, posição 2421 (paginação irregular). SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42-43. Importa observar que as autoras Maria Bodin e Thamis Dalsenter, também o autor Anderson Schreiber, não falam especificamente da gestação de substituição, mas amplamente, de toda forma de ato de disposição do corpo comercial que afete a integridade física.

⁵⁷³ A essa conclusão também chegam: GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras*. Gestação de Substituição no Brasil e nos Estados Unidos: Um estudo comparado. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. Ebook. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, posição 2.593, paginação irregular. LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de Substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *Revista VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1º sem. 2018, p. 30.

⁵⁷⁴ SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. *Op. Cit.* posição 2.593, paginação irregular.

Também concordam Lima e Sá, destacando que, tanto na Constituição, quanto na Lei de Transplantes advinda da previsão constitucional, as situações que são ali abrangidas diferem da gestação de substituição, por não haver remoção do útero. E enfatizam estar “claro que um transplante de útero não poderia ser ajustado mediante um contrato oneroso, mas aqui, a hipótese é de sua utilização temporária”⁵⁷⁵.

É importante observar que a placenta, apesar de ser considerada um órgão (assim como os fluidos que decorrem da gestação são considerados substâncias humanas), ela é um órgão temporário, surge no corpo humano apenas no momento da gestação, para sustentá-la. Ao término desta, o órgão transitório é, inclusive, descartado, não é vendido à pessoa que idealiza a gestação nem mesmo fica com a mulher que suporta a gravidez. Assim como o útero não é o objeto do contrato, também não o é a placenta. Não há que se falar em retirada ou venda dela, muito menos em diminuição permanente do corpo que justificasse a aplicação do artigo em comento.

A Lei nº 9.434 de 1997 foi criada em referência ao parágrafo constitucional. Intitulada Lei de Transplantes, “[d]ispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”⁵⁷⁶. Em seu artigo 1º, parágrafo único, já prevê imediatamente que “não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo”⁵⁷⁷. Ou seja, essas previsões, tanto constitucional quanto infraconstitucional, sequer tratam ou proíbem a comercialização de gametas, muito menos proibiria a prática de gestação de substituição⁵⁷⁸.

A proibição da gestação de substituição onerosa procura uma justificativa engenhosa para defender sua predestinação a sujeitos determinados: mulheres que queiram dispor de seu próprio corpo enquanto ferramenta de trabalho. Para quem defende essa perspectiva, a mulher

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de Substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *Revista VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1º sem. 2018, p. 30.

⁵⁷⁶ BRASIL. Lei nº 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*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

⁵⁷⁷ Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

⁵⁷⁸ Atenta-se aqui, rapidamente, que também a Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/05, tampouco se refere ao tema. Em seu artigo 5º, §3º apenas veda a comercialização de células-tronco embrionárias, equiparando à conduta descrita no artigo 15 da Lei de Transplantes. BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11105.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

estaria proibida de cobrar para emprestar seu útero pelo referido §4º, mas o médico não o é para manipular gametas, proceder à técnica da gestação de substituição, tudo mediante dispendioso investimento financeiro pelos interessados.

Essa interpretação de proibição geral à comercialização do corpo, englobando por analogia o que não está integrado pela literalidade, não pode ser admitida por afetar frontalmente um dos princípios constitucionais mais mezinhos da ordem democrática, o princípio da legalidade.

Esse princípio será ainda trabalhado mais à frente em suas variadas matizes - mormente aplicado ao âmbito penal, onde encontra especial relevo -, importando, nesse momento, sua leitura enquanto princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa⁵⁷⁹.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, anuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O inciso é um comando geral, do qual se conclui que somente a lei poderá criar deveres e limitar o exercício de liberdades individuais.

Entende-se que leis limitadoras de liberdades individuais, por sua vez, só podem ser criadas mediante processo legislativo, pelo poder legislativo da União⁵⁸⁰, e devem ser formuladas de forma clara e objetiva, exata, apresentada de modo a permitir ao indivíduo identificar seu conteúdo pela leitura, impedindo interpretações vagas e imprecisas que abram espaço ao arbítrio do julgador pela sua extensão⁵⁸¹. Nisso consiste a máxima taxatividade legal, decorrente dos preceitos de Estado Democrático de Direito, cuja principal premissa é efetivar a liberdade e garantir direitos humanos fundamentais à dignidade humana.

Essa é uma das funções desse princípio⁵⁸², garantir a taxatividade expressa, evitando essa imprecisão e ambiguidade das leis - sobretudo as penais, mas, de modo geral, todas as proibicionistas que digam respeito a direitos fundamentais⁵⁸³. A lei é expressada através de

⁵⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I. Op. Cit.*, p. 203 ss.

⁵⁸⁰ O artigo 22 da CF/88 assim dispõe. Mas essa perspectiva da reserva legal é mais bem aprofundada em outro debate sobre afronta ao princípio da legalidade, no tópico 5.5. *Ilegitimidade e inconstitucionalidade da regulamentação de Técnicas de Reprodução Assistida por parte do Conselho Federal de Medicina*.

⁵⁸¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo I. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 169. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 23.

⁵⁸² BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 75. ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 140. As outras funções, para além de proibir incriminações vagas e indeterminadas, segundo ambos os autores, são: proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelo costume e proibir o emprego de analogia para criar crimes e fundamentar ou agravar penas. (BATISTA, p. 66 ss.; ROXIN, p. 140-141)

⁵⁸³ Os autores que se dedicam mais ao estudo da legalidade, em sua expressão da máxima taxatividade, analisam-na sob a perspectiva da norma incriminadora penal. Contudo, em um estado de garantias, em que se deve maximizar liberdades e restringir o poder punitivo, é prudente e indicada sua aplicação a toda norma de conteúdo

palavras e, apesar de não serem elas sempre totalmente precisas, ressalta Zaffaroni, é exigível do legislador que esgote todos os recursos técnicos para garantir a maior exatidão possível à ela⁵⁸⁴. Elaborar normas proibitivas/incriminadoras vagas e indeterminadas, genéricas ou vazias de sentido, por meio de cláusulas gerais, “equivale teoricamente a nada formular”⁵⁸⁵.

Lembra-se que o debate aqui não se refere a lei penal especificamente, mas se refere a previsão proibitiva que amplia o poder estatal indevidamente, avançando sobre direitos e liberdades individuais sem lei específica para tanto, pelo que se pode estabelecer o paralelo.

O princípio da legalidade se mostra especialmente relevante em situações como a aqui vista, pois, da norma proibitiva do debatido §4º, do artigo 199 da CF/88, exsurge lei regulamentadora, sendo sua fundamentação constitucional essencial à previsão dos crimes ali previstos. E entre esses crimes, há um tipo penal que também é indevidamente aplicado à gestação de substituição, visando a incriminá-la⁵⁸⁶. Mas como já elucidado, a leitura e interpretação taxativa do artigo constitucional expressamente previsto não permite incluir a gestação de substituição em meio à sua proibição, por notoriamente não se referir a ela.

Acredita-se que, aqueles que defendem se tratar o referido dispositivo constitucional de proibição geral da comercialização do corpo⁵⁸⁷, o fazem não necessariamente diante da imprecisão dos seus termos, mas por meio da analogia, expediente também proibido pelo mesmo princípio⁵⁸⁸. Em sua obrigatoriedade de máxima taxatividade, o princípio também se “manifesta no âmbito interpretativo por meio de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*”⁵⁸⁹. Analogia é entendida como o processo de aplicação da lei a fatos nela não previstos,

proibitivo, que vise restringir direitos e liberdades individuais, pelo que as reflexões sobre o âmbito penal são igualmente aplicáveis a essa norma proibitiva do artigo 199, §4º da CF/88, sobretudo por tal inciso originar Lei com conteúdo criminal. Nesse sentido, sobre o princípio, indica-se as leituras: ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* 3ª ed. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento.* Tradução de Patricia S. Ziffer. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal. Op. Cit.*

⁵⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, Op. Cit.*, p. 207.

⁵⁸⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 75.

⁵⁸⁶ Cf. tópico 6.1. *O artigo 15 da Lei nº 9.434 de 1997, a Lei de Transplantes.*

⁵⁸⁷ Cf., por exemplo, MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 782. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade. Op. Cit.*, p. 42-43.

⁵⁸⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 72.

⁵⁸⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, Op. Cit.*, p. 208.

que sejam semelhantes aos fatos que estão nela previstos⁵⁹⁰. Quando ela resulta em prejuízo ao interessado, *in malam partem*, é proibida pelo princípio da legalidade⁵⁹¹.

Assim, para que alguém seja proibido de (ou obrigado a) praticar condutas específicas que afetem sua liberdade, ou tenha limitado algum direito fundamental, deve haver previsão expressa e taxativa em lei, apenas o será por lei específica e diretamente vinculada. Não se pode admitir analogias, muito menos que sejam prejudiciais ao indivíduo, como é o caso.

Isto posto, proibida qualquer espécie de analogia que permita fazer interpretação extensiva da norma constitucional proibitiva prevista no artigo 199, §4º da CF/88, com vistas a incluir no rol do proibido a gestação de substituição, quando sua grosseira inclusão se trata de evidente afronta ao princípio da legalidade. Não há proibição de força constitucional à prestação de gestação substituta de caráter oneroso.

5.2. Código Civil Brasileiro

Dois assuntos importantes do Código Civil Brasileiro exercem influência direta na gestação de substituição onerosa, os direitos de personalidade e os aspectos da filiação. O aprofundamento em ambos é essencial para se demonstrar que, apesar dos problemas legais que a técnica pode gerar, mormente no que tange à parentalidade, não há nenhuma previsão legal que impeça ou proíba a celebração contratual para a técnica mediante contraprestação financeira.

5.2.1. Dos direitos da personalidade

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o centro referencial de todo o ordenamento jurídico uma preocupação primordial com o ser humano, a partir do postulado da dignidade humana, corolário e, ao mesmo tempo, fundamento dos diversos direitos e garantias individuais assegurados a partir de seu texto⁵⁹².

⁵⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral. *Op. Cit.*, p. 21.

⁵⁹¹ Batista destaca haver nisso, pelo menos no que se refere ao âmbito penal especificamente, ponto unânime na doutrina brasileira. Por todos, conferir: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 73. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 221. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral. *Op. Cit.*, p. 21. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, *Op. Cit.*, p. 209. Na doutrina estrangeira: HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. *Op. Cit.*, p. 22. ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo I. *Op. Cit.*, p. 170.

⁵⁹² CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84. MORAES, Maria Celina Bodin de;

Como reflexo dessa maior atenção, o Código Civil de 2002 passa a compreender e dispor sobre os direitos da personalidade no seu segundo capítulo⁵⁹³, até então não inseridos expressamente no ordenamento civil. A guarida desses direitos no país se dava sobretudo pelo direito público: o Código Penal cuidava da integridade de tais direitos, protegendo-os contra lesão ou perigo de lesão por terceiros, enquanto o direito civil se preocupava mais com questões patrimoniais⁵⁹⁴. Então, com o advento do Código Civil de 2002, passa-se também a proteger os direitos de personalidade no âmbito privado, mas tal proteção recai maioritariamente sobre atos praticados pela própria pessoa detentora dos direitos⁵⁹⁵.

Apesar de ser considerado um avanço sua inserção nesse âmbito, o Código Civil de 2002 foi pouco inovador e falhou em elaborar um texto verdadeiramente novo, que refletisse a realidade brasileira contemporânea. Na ocasião, o Congresso Nacional recuperou o texto do projeto de lei para codificação civil de 1970, época em que a ditadura militar dominava o país⁵⁹⁶.

Moraes e Castro destacam que “o legislador codicista [...] acaba por adotar uma posição paternalista, diametralmente oposta à posição ‘personalista’, compatível com a Constituição”⁵⁹⁷, com o que se concorda.

Nesse registro, os direitos de personalidade podem ser entendidos como “direitos subjetivos⁵⁹⁸ que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁵⁹⁹. Eles se referem e se direcionam à tutela da pessoa humana, são

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014, p.788.

⁵⁹³ Capítulo II - Dos Direitos de Personalidade. Arts. 11 a 21. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

⁵⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 271. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 23-58, p. 29. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

⁵⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit., Ibid.*, p. 797.

⁵⁹⁶ Talvez por isso tenha sobressaído a cláusula dos bons costumes, como se disporá adiante. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.*, p. 11.

⁵⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 779.

⁵⁹⁸ Há divergência teórica quanto a ser ou não direito subjetivo, quanto a ser naturalista ou positivado, mas não se entrará aqui nesse mérito, por fugir consideravelmente do recorte metodológico. Para informações sobre isso, cf. DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil [arts. 11-21]. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *O Código Civil na perspectiva Civil – Constitucional*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 51 ss. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Op. Cit.*,

⁵⁹⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 70. Conceito com o qual corrobora maior parte da doutrina civilista, conferir. p. e., dos clássicos aos atuais: BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 07. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: teoria geral*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 151. FERNADES, Milton. Os direitos de personalidade. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.131. FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade. *Revista dos Tribunais*, nº 567, p. 9-16, jan. 1979, p. 09. SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. *O direito geral de*

essenciais à sua “dignidade e integridade”⁶⁰⁰, “são o mínimo essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade de todos os seres humanos”⁶⁰¹. Com esses direitos, faz-se referência a um conjunto de bens tão próprios da pessoa a ponto de se confundirem com ela mesma, são a própria manifestação da sua personalidade^{602, 603}.

O ordenamento civil, então, entendeu necessário resguardar ao ser humano o mínimo existencial⁶⁰⁴ e essencial ao livre desenvolvimento de sua personalidade, de sua dignidade. Protege, assim, bens que lhe seriam “inatos”, como a própria vida, o próprio corpo, a integridade física e mental, a intimidade, a privacidade, a honra e imagem, e demais aspectos que lhe seriam inerentes. “A proteção jusfundamental da pessoa humana exige que o indivíduo seja apreciado e garantido em diversas dimensões simultâneas (biológica, biográfica, ética, social, cultural, política, econômica e jurídica)”⁶⁰⁵.

Para Schreiber, o Código Civil poderia ter contribuído mais significativamente para a proteção do corpo, mas se limitou “a contemplar o direito à integridade psicofísica sob um único aspecto: o dos atos de disposição do corpo humano”. E, notadamente, “veio cuidar tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa ‘dispor’, no todo ou em parte, do seu próprio corpo”⁶⁰⁶.

personalidade. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 106. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Op. Cit.*, p. 24.

⁶⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Op. Cit.*, p. 24.

⁶⁰¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis, *Direito de Personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

⁶⁰² BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito da personalidade e o novo Código Civil*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil, p. 15.

⁶⁰³ Schreiber considera que os direitos da personalidade são, na verdade, os conhecidos direitos humanos, no plano internacional, e os direitos fundamentais, no constitucional. Para o autor, são denominados “da personalidade” no âmbito civil, por se destacar sua proteção especialmente no campo das relações privadas. Mas são “o mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana”. ⁶⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 13. No mesmo sentido, CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 88-89. Sarlet, por sua vez, discorda dessa concepção, acreditando que nem todos os direitos fundamentais possuem um fundamento direto e conteúdo em dignidade, além de nem todos se tratarem de direitos de personalidade. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10º ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.132. Há mais autores que concordam com Sarlet, parecendo ser Schreiber minoria. Acreditam que o âmbito de proteção e atuação, se público (perante o Estado), ou privado (em relações entre pares) torna os direitos de personalidade distintos dos fundamentais, e, conseqüentemente, também dos humanos. Para estes, todos os direitos de personalidade são fundamentais, mas o contrário não é verdadeiro. BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito da personalidade e o novo Código Civil*. *Op. Cit.*, p. 38. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396. LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos de personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Patmas, nº 6, p. 79-97, jun. 2001. Atualmente disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>. Acesso em: 30 jan. 2021. VIDE, Carlos Rogel. *Derecho de la persona*. Barcelona: Cálamo, 2002, p. 127-128.

⁶⁰⁴ A perspectiva de dignidade humana como mínimo existencial fora já detalhada no capítulo 2, ao qual aqui se remete.

⁶⁰⁵ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual do Biodireito*. 2ª ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 249.

⁶⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 33.

Aqui interessa especialmente isso: o fato de que o corpo, enquanto unidade física, é também um dos direitos da personalidade⁶⁰⁷; daí se diz em direito ao próprio corpo enquanto instrumento da sua livre manifestação. E o anteparo do corpo físico decorre da proteção à personalidade, na medida em que ele não pode ser considerado tão somente como um organismo cuja fisionomia obedeça a princípios funcionais, mas sim como uma contínua relação entre esse agrupamento de órgãos e a vida emocional e cultural⁶⁰⁸, em que está envolto e tomado.

Nesse sentido, o corpo não para de se (re)construir a partir da memória, valores e símbolos culturais. “É o lugar sobre o qual se apoiam as expressões psicológicas, se fixam os limites e os avanços das soluções científicas e tecnológicas, se expressam os temores, os anseios e a imaginação culturais, configurando-se, ele próprio, um processo”⁶⁰⁹.

O corpo recebeu tratamentos jurídicos diversos no decorrer da história, tendo sofrido profunda influência religiosa. Por muitos séculos fora interpretado como um presente divino, sendo, portanto, necessário protegê-lo acima de tudo, inclusive dos próprios desígnios individuais⁶¹⁰. A concepção da dignidade humana, que, como já mencionado, fora mais difundida no pós-guerra, passa a integrá-lo no âmbito da autonomia existencial, quando se procura evidenciar que “o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a igreja, a família ou o Estado”⁶¹¹. O direito ao próprio corpo, pois, como ferramenta a serviço da dignidade humana.

Apesar da suposta migração legal do corpo do âmbito do sagrado para o da autonomia, a proibição de sua “comercialização” ainda se ampara em aspectos religiosos. Algumas coisas são consideradas naturalmente como “bens fora do comércio” simplesmente por serem vistas como divinas, entre elas, o corpo. Como ressalta Caio Mário Pereira, no “vocabulário jurídico que nos legou o direito romano, a palavra comércio tem o sentido técnico de aptidão para comprar e vender”. Continua o autor, afirmando que, quanto à suscetibilidade de alienação, havia os bens que podiam e os que não podiam ser alienados, estando os primeiros *in commercio*, e os estranhos à alienação onerosa, *extra commercium*. Esses últimos

⁶⁰⁷ SILVA, Denis Franco. Livre uso do corpo e direitos de personalidade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 56-70, jan./abr. 2014, p. 57.

⁶⁰⁸ BENDASSOLI, Pedro Fernando. Doação de órgãos: meu corpo, minha sociedade. *Psicologia, Reflexão e Crítica*. Vol.11, n. 1, Porto Alegre, 1998, p. 4. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000100005. Acesso em: 30 jan. 2021.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 796. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 32.

⁶¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 32.

compreendem “a *res communes omnium* (o ar, a água corrente, o mar, e as costas marítimas), as *res divini juris* (coisas consagradas aos deuses, a *res sacrae*, na época cristã, ao serviço de deus, e as *res religiosas*) e finalmente a *res publicae*, destinadas ao uso de todos (estradas, os rios públicos, as praças, etc)”⁶¹².

Até a atualidade, em nossa sociedade predominantemente cristã e religiosa, imperam valores no inconsciente coletivo pelos quais o corpo é uma coisa divina e, por essa razão, não pode ser posto em comércio. E apesar de se apresentar esse debate aqui, há que se lembrar que a gestação onerosa de substituição não se trata de comercialização em sua acepção comum, vez que não há compra e venda, mas sim de prestação de serviços. Mas, de frente a essa noção generalizada de proibição do comércio do corpo, já se estabelecem limites a novas e determinadas formas de utilizá-lo enquanto ferramenta de trabalho, demonstrando a influência moral no âmbito do direito.

A partir daqui, necessário saber que a técnica de gestação de substituição implica em exercer um direito de personalidade, podendo-se entender haver, em verdade, um limite temporário a esse exercício, na medida em que diminui o uso que a gestante pode fazer de seu corpo por cerca de nove meses.

Também se pode considerar haver um ato de disposição de seu corpo, uma vez que empresta, por tempo determinado, seu útero para gestar filho de terceira pessoa. Mas é importante destacar que, por *disposição*, entende-se a *utilização* do corpo. Logo, o direito à disposição do corpo implica em livremente dele utilizar, “o poder de ditar normas”⁶¹³ ao próprio corpo. Dito isso, segue-se analisando os artigos 11 e 13 do Código Civil Brasileiro.

5.2.1.1. Art. 11 do Código Civil Brasileiro

Sendo o direito ao próprio corpo uma expressão dos direitos da personalidade, sobre ele incide o artigo 11 do Código Civil, segundo o qual: “[c]om exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. O artigo preconiza, de modo abrangente e generalizado, que não

⁶¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria geral do Direito Civil. MORAES, Maria Celina Bodin de (atualiz.). 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 336.

⁶¹³ Borges, citando Luigi Ferri, afirma que “poder de disposição significa poder de ditar normas”. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e crítica à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. *Negócio Jurídico e liberdades individuais*. Autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 91-106, p. 98.

se pode renunciar, transmitir ou limitar o exercício de quaisquer dos direitos de personalidade, eles são exclusivos do seu titular; entre eles, o corpo.

Isso decorre da perspectiva dos direitos de personalidade enquanto reflexo e proteção da dignidade humana, que, por sua vez, em tal entendimento, implica em garantir ao ser humano o mínimo existencial para que possa viver e livremente desenvolver sua personalidade. A manutenção dos direitos de personalidade, dessa forma, asseguraria a dignidade humana.

O diploma civil adota, pode-se dizer, uma perspectiva de dignidade como heteronomia, na medida em que visa proteger um valor intrínseco do ser humano até dos atos e escolhas próprias de sua autodeterminação, visando lhe assegurar o que julga hegemonicamente como sendo o “mínimo existencial”⁶¹⁴. Já adiantando a crítica que seguirá, adota posicionamento paternalista, ao proteger o indivíduo de si mesmo, acreditando ser ele incapaz de definir o que seria essencial para viver sua própria vida, como bem entender⁶¹⁵.

O Estado - que não toma medidas sociais eficazes para garantir a todo indivíduo o tal mínimo existencial para que possa se desenvolver livre e mais capaz de autonomia⁶¹⁶ - limita a autodeterminação individual acreditando saber o que seria melhor para garantir condições mínimas de se viver e desenvolver.

Para a presente tese, tal artigo é simplesmente inconstitucional. Isso porque a dignidade humana entendida como autonomia, como direito à autodeterminação – o que já se defendeu ser a sua dimensão mais acertada, com vistas a impedir toda sorte de heteronomia e paternalismos⁶¹⁷ - implica necessariamente em poder tomar os rumos da própria vida e, conseqüentemente, deliberar sobre seus direitos de personalidade como bem entender, resguardando-se que não lese terceiros. Nessa perspectiva de dignidade, cabe perfeitamente a frase icônica de Mill a respeito da liberdade: “sobre si mesmo, sobre o seu corpo e espírito, o indivíduo é soberano”⁶¹⁸.

Teixeira concorda que o disposto no artigo 11 age “contra a *ratio* da Constituição, pois esta criou um espaço de opções unicamente pertencente à pessoa humana, dada a intimidade que permeia tais decisões”⁶¹⁹, e nesse espaço cabe apenas à própria pessoa decidir sobre exercer

⁶¹⁴ Por todos, cf. CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. *Op. Cit.*, p. 234. MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 780. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 27.

⁶¹⁵ Com o que concorda MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 779-780.

⁶¹⁶ Essa crítica é melhor desenvolvida no capítulo 2, ao qual novamente se remete.

⁶¹⁷ Cf. Capítulo 2.

⁶¹⁸ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. *Sobre a liberdade*. Tradução: Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro: Vozes, 2019, p. 36.

⁶¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. *Op. Cit.*, p. 221.

ou não seus direitos de personalidade. A autora, que também considera a dignidade pelo viés da autonomia⁶²⁰, ressalta que esses direitos devem ser entendidos como direitos de liberdade, consubstanciando a decisão sobre eles em um ato de autodeterminação. “Compreender os direitos de personalidade como irrenunciáveis significa, a priori, que o titular dos direitos de personalidade tem o dever de exercê-los mesmo que isso contrarie o seu projeto de vida individual”⁶²¹.

A autora julga irreal que o Código Civil vede a limitação voluntária dos próprios direitos de personalidade, contrastando com a autonomia estabelecida pela Constituição Federal. Afirma que, quando seu artigo 11 dispõe sobre serem indisponíveis, salvo quando previsto em lei, essa lei referida deve ser a Constituição, “que criou um espaço onde apenas são legítimas as decisões pessoais, por serem autorreferentes, abarcando questões atreladas à intimidade, à privacidade, ao próprio corpo, etc”. Se não for entendido assim, concorda a autora, o dispositivo civil é inconstitucional⁶²².

Autores clássicos do direito civil defendem a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e mesmo a impossibilidade de limitação voluntária como essencial à manutenção dos próprios direitos de personalidade, uma vez que, sendo eles inerentes à pessoa humana, não haveria possibilidade de transmissão. Se fosse possível, perderiam sua razão de ser⁶²³. Por outro lado, a previsão do artigo 11 é fortemente criticada⁶²⁴, sendo considerada exagerada e descompassada com a sociedade atual, plural e em constante mutação. Acredita-se, maiormente, que ao menos

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 92.

⁶²¹ *Ibid.* 221.

⁶²² *Ibid.* 227.

⁶²³ Nesse sentido, AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 250. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: teoria geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 154. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 152. MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio (coord.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 112. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria geral do Direito Civil. *Op. Cit.*, p. 203. PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 63. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII: direito de personalidade e direito de família. NERY, Rosa Maria de Andrade (atualiz.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 60. TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952, p. 23.

⁶²⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 201. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In; FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40. MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 810-811. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 26. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. *Op. Cit.*, p. 240.

o direito de limitar voluntariamente o exercício desses direitos deve ser reconhecido⁶²⁵, sob pena de se tornarem um dever.

Aqui é importante atentar que a proibição de limitação não se destina ao direito em si, há diferença entre a limitação ao direito de personalidade, propriamente dito, e ao *exercício* do direito de personalidade. Assim como a pessoa exerce seu direito de personalidade, a ela também deve ser possibilitado escolher limitar tal exercício, ou mesmo não o exercer.

Como bem observa Borges, o exercício de direitos de personalidade também integra o âmbito da autonomia individual, eles não são deveres da pessoa capaz de autodeterminação, “mas liberdade de viver, de forma autônoma, os aspectos mais íntimos, mais próprios, mais personalíssimos de sua vida, podendo, inclusive, utilizar-se do negócio jurídico para obter a satisfação de seus interesses”.

A partir disso, a gestação de substituição onerosa pode ser interpretada de duas formas. A primeira delas não esbarraria nessa previsão civil: tratar-se-ia do exercício de um direito de personalidade, a utilização do corpo como bem entende a mulher, enquanto detentora do direito. Contudo, pode-se também entender que o exercício desse direito, em verdade, implica em limitação voluntária a um direito de personalidade – o próprio corpo – vez que estaria gestando crianças para terceiro, e não para si mesma. E, por isso, falar-se-á adiante sobre a possibilidade da mulher capaz de autodeterminação limitar voluntária e temporariamente seu corpo (ou parte, ou função dele), enquanto direito de personalidade.

A despeito da previsão legal do artigo 11⁶²⁶, as pessoas deliberam sobre direitos de personalidade cotidianamente. Quando fazem piercings, tatuagens, *body modification*, suspensão corporal, cirurgia plástica, livremente afetam sua própria integridade física, modificam seus corpos de modo deliberado. Também o fazem quando escolhem praticar esportes radicais ou de luta e competição, como MMA e boxe. Quando escolhem participar de *reality shows* renunciam, momentânea e onerosamente, à intimidade e à vida privada, transmitindo ao programa seu direito de imagem e voz. Também as pessoas públicas transmitem, de modo oneroso, o direito de usar seu nome e imagem, reiteradamente⁶²⁷. Tudo isso, na verdade, também é forma de exercício dos direitos de personalidade.

⁶²⁵ *Ibid.* Schreiber, por exemplo, acentua que o legislador, ao estabelecer tal limitação, pretendeu proteger o indivíduo “dos efeitos da sua própria vontade em relação aos direitos essenciais”, evitando que, em situação extrema, despeça-se de modo definitivo desses direitos. Mas ressalta que a lei exagera ao proibir toda e qualquer limitação voluntária sobre seus direitos de personalidade. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 26.

⁶²⁶ E da proibição de atos de disposição do corpo que contrariem os “bons costumes” (artigo 13, do CCB), que se discorrerá a seguir.

⁶²⁷ Concordando com isso: MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 804 e ss. SCHREIBER, Anderson.

Contrariamente ao que dispõe o artigo 11, a limitação voluntária e pessoal do exercício de direitos de personalidade tem sido admitida e relativizada não só socialmente, mas também na comunidade jurídica⁶²⁸. Por mais que se entenda que a dignidade enquanto valor intrínseco impede a renúncia ou transmissão absoluta dos direitos de personalidade - por equivaler a perder tais direitos inerentes, o que os desnaturizaria⁶²⁹ - o mesmo não é possível concluir acerca da simples limitação em determinadas ocasiões, o que, na prática, já ocorre sem quaisquer intervenções estatais.

Borges conclui o mesmo quando reflete sobre suposta transmissão ou renúncia de direito de imagem: “o direito de personalidade, em si, não é disponível *strictu sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. [...] A imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade”. A autora destaca que a imagem continuará pertencendo ao sujeito, concluindo ser impossível, jurídica e fisicamente, sua transmissão a terceiros ou renúncia em favor de⁶³⁰.

Logo, assenta-se que, não sendo a gestação de substituição considerada simplesmente como o livre exercício de um direito de personalidade, no máximo se poderá considerar como uma limitação voluntária (e também temporária), do exercício do direito de personalidade, sendo indiferente se onerosa ou altruísta. Não se trata aqui de renúncia ou transferência de direito de personalidade. Ambos implicariam em separar-se dele (ao menos do útero), em não ter mais, ou não mais exercer, o direito ao próprio corpo, pelo que, por critério metodológico, não se adentrará nesse mérito.

Em nexos com a crítica - social, acadêmica e jurídica - acerca da possibilidade de limitação temporária do exercício dos direitos de personalidade, independente da disposição legal, um evento de direito civil de grande importância no país, as Jornadas de Direito Civil, dedicou-se ao tema já na sua primeira edição, em 2002. Promovido pelo Conselho da Justiça Federal para debater temas controversos no âmbito civil, estudiosos juristas estabelecem enunciados em uma espécie de conselho⁶³¹. Esses enunciados, quando aprovados, “constituem

Direitos da personalidade. Op. Cit. p. 36-39; 133. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia privada. Op. Cit.*, p. 270; 275.

⁶²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade. Op. Cit.* p. 29.

⁶²⁹ MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da Personalidade: aspectos gerais. Op. Cit.*, p. 112.

⁶³⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Horizonte de ideias e crítica à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. Op. Cit.*, p. 97.

⁶³¹ “O objetivo é reunir magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate, em mesa redonda, de temas sugeridos pelo Código Civil de 2002 e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões”. CONSELHO da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados aprovados.* Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (coord.), Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 10.

um seguro roteiro de interpretação do Código Civil de 2002⁶³², representando uma tentativa de preenchimento das inúmeras cláusulas gerais consagradas pela nova codificação privada⁶³³.

Na I Jornada de Direito Civil, foi definido o notável Enunciado 4, segundo o qual “[o] exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”⁶³⁴. Já é importante destacar o caráter temporário e localizado da disposição do corpo (ou da limitação desse direito) para fins de gestação de substituição, sendo ela altruísta ou onerosa. A restrição ocorrerá por cerca de nove meses e não lhe impede outras formas de exercitar os direitos de personalidade, nem mesmo sobre o próprio corpo⁶³⁵.

Schreiber, defendendo a disposição sobre os direitos de personalidade, entende que a autolimitação ao seu exercício deve ser possível sempre que observados três critérios, aos quais a gestação de substituição onerosa atende integralmente. O primeiro deles seria observar a duração e alcance da limitação, de modo a se impedir aquela de caráter irrestrito ou permanente. Em segundo, deve-se observar a intensidade da limitação, isto é, o grau de restrição que é imposto sobre o direito de personalidade. E, por fim, deve-se examinar a finalidade, de modo que a limitação do direito esteja obrigatoriamente vinculada a um interesse do próprio titular⁶³⁶.

Borges também destaca os critérios de tempo de duração e finalidade da limitação, para se definir se é uma disposição legítima e conforme a dignidade humana: “expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso”⁶³⁷.

Pode-se perceber que a disposição do próprio útero para fins de gestação de substituição onerosa é perfeitamente possível e aceita dentro dos parâmetros do que se considera uma limitação de direito de personalidade aceitável, segundo os autores. Quanto ao primeiro critério,

⁶³² Independente das críticas que tal iniciativa possa receber, interessa aqui que ostenta especial relevo e consideração no âmbito teórico e prático do direito civil. Deve-se atentar especialmente para a amplitude dessa atuação do Conselho de Justiça Federal, já que define enunciados por vezes contraditórios ao que dispõe a própria lei, sem ser um órgão democrático eleito com competência para tanto.

⁶³³ TARTUCE, Flávio. *A volta das jornadas de direito civil*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820021/a-volta-das-jornadas-de-direito-civil>. Acesso em: 30 jan. 2021. Segundo o autor, citando Aguiar: “Como salienta o próprio Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ‘Os enunciados aprovados constituem um indicativo para a interpretação do Código Civil, estando todos diretamente relacionados a um artigo de lei, e significam o entendimento majoritário das respectivas comissões, nem sempre correspondendo à proposição apresentada pelo congressista.’”

⁶³⁴ Enunciado 4, I Jornada de Direito Civil. Referência legislativa: Art. 11 do CCB/02. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>. Acesso em 30 jan. 2021.

⁶³⁵ Há ainda o Enunciado 139 relativo ao tema: “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”. Esse, contudo, lança mão da cláusula genérica dos bons costumes, a qual merece atenção e será analisada especificamente adiante.

⁶³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op. Cit. p. 28.

⁶³⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

a limitação do direito ao corpo que a técnica implica se resume ao útero e por tempo biologicamente determinado: cerca de nove meses. Quanto ao segundo, o grau de restrição também é bem determinado: por se resumir à gestação, a mulher que dispõe de seu útero apenas não poderá exercer seus direitos reprodutivos na ocasião, além de observar alguns cuidados médicos necessários ao estado gestacional⁶³⁸. E sobre o último, a finalidade está vinculada ao interesse da mulher autônoma que gesta: no modo oneroso, a finalidade é a contraprestação financeira, o pagamento pelos serviços que prestou por meio de seu corpo enquanto ferramenta de trabalho (pode-se pensar também no sentimento altruísta de ajudar terceiros em seu projeto parental, finalidade que pode estar presente sendo ou não onerosa a técnica).

Não obstante, os defensores apresentam consideráveis críticas quando se trata de onerar essa disponibilidade, como o que aqui se defende. Importante observar que o próprio Código Civil nada dispõe acerca de disposição do corpo ou de direitos de personalidade mediante contraprestação financeira, até porque, pelo seu texto legal, sequer poderia haver limitação.

A começar pelo mesmo autor, Schreiber, o qual entende ser impossível dispor do corpo⁶³⁹ mediante remuneração em decorrência da cláusula geral de proteção à dignidade humana⁶⁴⁰, argumento genérico que, como demonstrado neste trabalho até então, não diz nada por si só, já que sequer informa qual dimensão adota. E a dignidade implica em respeito à autonomia.

Argumenta, ainda, que qualquer disposição remunerada do corpo está proscria no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do “o art. 199, §4º, do texto constitucional, cuja parte final veda expressamente a comercialização de órgãos, tecidos ou quaisquer outras ‘substâncias humanas’”⁶⁴¹. Moraes também reitera e defende essa suposta proibição geral constitucional a “todo tipo de comercialização relativamente a órgãos, tecidos e substâncias

⁶³⁸ Eventualmente, a limitação pode se estender em razão da gravidez: alimentação determinada, práticas habituais (como exercícios físicos ou controle de vícios), amamentação, fornecimento posterior de leite, etc. Tudo isso deve ser fundamentado no melhor interesse da criança gestada, de acordo com o que for combinado entre as partes e, sobretudo, se devidamente consentido pela gestante.

⁶³⁹ Outros direitos de personalidade o autor não se opõe, como o caso de direito de imagem, voz, intimidade, etc.

⁶⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 42.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 42-43.

humanas”⁶⁴², assim como Castro⁶⁴³ e Cantali⁶⁴⁴ (esta, contudo, admitindo exceções, adiante analisadas).

Todavia, também esse argumento não possui razão de ser, já que, como visto no tópico anterior⁶⁴⁵, este artigo se refere tão somente à remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa ou tratamento, e não possui o caráter genérico que se tenta atribuir, até porque seria inconstitucional.

Em outro trabalho seu, anterior ao seu livro e obra principal sobre o tema, Schreiber argumenta que o direito deve impedir o caráter mercantil da disponibilidade sobre os direitos de personalidade (o que afirma de modo geral, não só em referência ao corpo). Acredita que o Estado deve intervir e impedir sempre que a limitação pessoal não decorrer, na sua acepção, da liberdade de autodeterminação pessoal, enquanto ato de exercício da dignidade humana, “mas de propósitos patrimoniais, lucrativos, comerciais, especialmente se cultivados no terreno da necessidade, da vulnerabilidade ou, pior ainda, da miséria”⁶⁴⁶.

Teixeira entende da mesma forma, inclusive referenciando o autor⁶⁴⁷. Também Castro, ao afirmar que a “não mercantilização do corpo [...] é uma imposição paternalista absolutamente legitimada pela necessidade de proteção das pessoas em situação de abandono social extremo”, constatando a autora que, nesses casos, “a condição de vulnerabilidade impõe a comercialização de partes do próprio corpo para garantia da subsistência”⁶⁴⁸.

Ou seja, em clara perspectiva heterônoma, julgam o ato de disposição do próprio corpo mediante contraprestação financeira como decorrente não da autonomia, mas obrigatoriamente da vulnerabilidade social e miséria. O receio de que essas condições sociais possam, de fato, incentivar pessoas a disporem mais facilmente de seus corpos mediante contraprestação

⁶⁴² MORAES Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos de personalidade. In: VIEIRA, José Rivas. *20 anos da Constituição Cidadão de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371.

⁶⁴³ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 223. Esta autora, no entanto, ainda afirma que, além da proibição constitucional e do direito civil (supostamente em seus artigos 11 e 13), a comercialização generalizada do corpo estaria proibida em função da Lei 9.434/97, a Lei de Transplantes - o que já se argumentou não ser o caso -, da Lei 10.211/2001 - que se trata apenas de uma alteração da lei anterior - e do Decreto 2.268/1997 - que está revogado Decreto nº 9.175, de 2017, o qual apenas regulamenta a de lei transplantes referida. Ou seja, igualmente temerária e equivocada tal afirmação.

⁶⁴⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 233.

⁶⁴⁵ Cf. tópico 5.1. “Artigo 199, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”.

⁶⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. Os direitos de personalidade e o Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. II, p. 262. Disponível em: <http://schreiber.adv.br/downloads/os-direitos-da-personalidade-e-o-codigo-civil-de-2002.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁶⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. *Op. Cit.*, p. 225.

⁶⁴⁸ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil Brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 225.

financeira já foi devidamente analisado no terceiro capítulo⁶⁴⁹. Concluiu-se, ao final, que não pode ser esse argumento válido para justificar a proibição genérica da liberdade de autonomia e disposição sobre o próprio corpo.

Considerar que a vulnerabilidade social, sempre e genericamente, retira do ser humano sua liberdade e autonomia e, por isso, limitá-lo ainda mais, visando proteger um mínimo resquício que delas ainda lhe reste, é simplesmente injustificável. É o que pretende tal argumento dos autores: considerar a pessoa em vulnerabilidade social sempre incapaz de autonomia, e limitá-la o direito sobre seu corpo, definindo externamente o que lhe seria melhor. Isso não resolve a situação de vulnerabilidade social; ao contrário, pode intensificá-la⁶⁵⁰.

Principalmente pelo fato de não aprofundarem em justificativa, apresentam argumentação moral para impedir o exercício autônomo de pessoas capazes. Isso afeta, sob a justificativa de proteger, a própria dignidade humana, na medida em que desconsidera a capacidade de autonomia de alguém, a capacidade de reflexão e tomada de decisões sobre sua própria vida. Sendo assim, os argumentos apresentados por esses autores são incapazes de justificar a proibição da disposição onerosa do próprio corpo, e, conseqüentemente, não são argumentos oponíveis à gestação de substituição onerosa.

Do mesmo modo, Moraes e Castro defendem a possibilidade de autolimitação dos direitos de personalidade, desde que não onerosamente. Acreditam que nem toda valoração individual sobre a autolimitação dos direitos de personalidade deve ser protegida pela Constituição, ressaltando a necessidade de se estabelecer “limites intransponíveis”. O primeiro diz respeito à pessoa incapaz de autonomia, que deve ser protegida “da própria incapacidade”⁶⁵¹. Já o segundo, se refere exatamente à “impossibilidade de [...] investir o corpo de uma dimensão mercantilizada ou, em outras palavras, ainda que o querer seja juridicamente válido, não poderá o sujeito tratá-lo como coisa, como algo que tem preço”⁶⁵².

Explicam as autoras que, independentemente de ser a mercantilização do corpo para fins de obter lucro ou para garantir o próprio sustento, ela deve ser proibida no ordenamento jurídico, pois, além do corpo ser, pela sua natureza, considerada “coisa fora do comércio”, o

⁶⁴⁹ Cf. tópico 3.1.1. “Objeção da equanimidade: o argumento da exploração de mulheres como prática inerente à gestação de substituição onerosa”.

⁶⁵⁰ Como o que ocorreu com Manuel Wackenheim, portador de nanismo que “perdeu seu emprego” após a prefeitura da sua cidade entender que seu exercício contrariava a dignidade humana, genérica e heteronomicamente definida, desconsiderando o que ele mesmo acreditava. O mesmo Estado que visa garantir a dignidade humana enquanto, impede o exercício da autonomia e o gozo do mínimo existencial mediante seu próprio trabalho e sustento. Esse caso será analisado mais profundamente adiante, nesse mesmo tópico.

⁶⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Op. Cit.*, p. 809. O que já se aprofundou no segundo capítulo e se concorda, observando-se sempre que o grau de proteção deve ser proporcional ao da incapacidade.

⁶⁵² *Ibid.* p. 809.

princípio da solidariedade lhe garantiria “uma dimensão social a salvo das práticas predatórias do mercado”. Isso tornaria legítima a limitação à autodeterminação de quem escolhe dispor de seu corpo mediante contraprestação financeira⁶⁵³. Já foram feitas considerações pontuais quanto a estes argumentos decorrentes da objeção da corrupção no terceiro capítulo, ao qual se remete. Lembra-se, contudo, que não se pode admitir justificção genericamente formulada com base em valores morais individualmente, ou hegemonicamente, considerados.

Outro argumento constantemente levantado para proibir genericamente a mercancia do corpo, também expressão da objeção da corrupção, é o trunfo da dignidade humana enquanto valor intrínseco, a partir da máxima kantiana que separa o ser humano dos objetos, tendo estes um preço, e aqueles, dignidade. A mercantilização do corpo coisificaria⁶⁵⁴ o ser humano, o reduziria à condição de objeto, e, por conseguinte, ele passaria a ser considerado um *meio*, e não um *fim* em si mesmo⁶⁵⁵. Assim, o exercício da autonomia não poderia induzir a coisificação do ser humano, o que seria inevitável com a mercantilização do corpo enquanto direito de personalidade, devendo, pois, ser impedida.

Nessa perspectiva, o ser humano, como valor que embasa todo o ordenamento, não poderia ser tratado como “uma simples coisa de que se pode fruir e dispor como melhor se crê”. As situações existenciais, como subjetivas que são, mostram-se complexas, o que “significa que não se exprimem somente em termos de direitos (e ainda menos de acordo com uma lógica proprietária), mas também em termos de deveres”⁶⁵⁶.

Como já demonstrado no segundo e terceiro capítulos, quando se discorre acerca da dignidade como valor intrínseco e inato a todo ser humano, ela também implica necessariamente em se respeitar o indivíduo enquanto ser autônomo e capaz de consentir de modo válido, o que é desconsiderado por quem teme a “coisificação”.

E a ideia de *valor* também abre precedente à inserção de considerações pessoais pouco informativas do que seria e em que consiste esse valor da dignidade humana, como se observa na vaga assertiva de Doneda: “estando tutelados pela cláusula geral da personalidade, os direitos da personalidade não poderiam servir ao comércio como os direitos patrimoniais e estas suas características se demonstrariam óbvias”⁶⁵⁷. Conclui o autor que isso se dá “pelo fato de serem,

⁶⁵³ *Ibid.* p. 811.

⁶⁵⁴ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil Brasileiro. Op. Cit.*, p. 223-224.

⁶⁵⁵ *Ibid.* p. 224. ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Manual do Biodireito. *Op. Cit.*, p. 257.

⁶⁵⁶ CICCIO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Revista Civilística*. A 2, nº 2, 2013, p. 10-11. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/93>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁶⁵⁷ DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6 - junho de 2005, p. 83-84.

na realidade, situações subjetivas da personalidade, que devem se fazer valer em toda situação em que haja ofensa ao valor da pessoa humana”⁶⁵⁸. Mas o que não explica é o que ofenderia o “valor da pessoa humana”, podendo ser, a depender de quem avalia, tanto a decisão tomada pela pessoa autônoma que abdica do exercício de um desses seus direitos pessoais, quanto a desconsideração dessa decisão, enquanto decisão autônoma e digna de respeito.

Tal perspectiva definitivamente desconsidera o respeito à pessoa autônoma, ao genericamente reputar todos que dispõem de seus direitos de personalidade mediante contraprestação financeira como um objeto inanimado que seria utilizado por terceiros, mesmo que seus interesses e escolhas estejam claramente definidos e livremente sopesados.

Inviabiliza, inclusive, diversas modalidades de prestação de serviços e trabalhos já desenvolvidos na história e na atualidade, por decorrer também da obrigatoriedade kantiana de interpretar o ser humano enquanto fim em si mesmo, não apenas como meio para atingir interesses de terceiros.

Quando se fala de gestão de substituição onerosa, na verdade, nem precisaria refletir tanto sobre ser possível ou não a mercantilização do corpo humano, por não se tratar de compra e venda de partes do corpo humano, ou mesmo aluguel. Contudo, como visto até aqui, a técnica é constantemente assim considerada e confundida com a comercialização de órgãos, o que traz impasses mais complicados do que exigiria a permissão da técnica.

A técnica mais se assemelha a uma prestação de serviço que utiliza o corpo enquanto ferramenta de trabalho. É fácil observar a semelhança entre a técnica e os trabalhos prestados mediante a força corporal, o que é chamado, como já mencionado anteriormente, de “venda de uso”⁶⁵⁹, ou o “uso comercial de funções corpóreas”⁶⁶⁰, como fazem, por exemplo, os serventes e mestres de obras, faxineiros, cozinheiros e garis, as babás; todos empregam sua força braçal, além da intelectual, no trabalho. Também se observa semelhança com o trabalho de modelos e atores, que disponibilizam livremente seus corpos, inclusive, não raras vezes, devem emagrecer, engordar, ou cortar os cabelos, fazer toda sorte de modificações corporais para atuar em seus trabalhos. Ainda se observa a semelhança com os atletas profissionais, especialmente jogadores de futebol, os quais utilizam seus corpos ao extremo, sendo naturalizado e validado todo o uso que fazem de seu corpo em treinamentos exaustivos, dietas regradíssimas, suplementações alimentares. É natural se falar em “venda de jogadores”, e tudo isso patrocinado

⁶⁵⁸ *Ibid.* p. 84.

⁶⁵⁹ GARRAFA, Volnei; BERLINGUER, Giovanni. *O mercado humano*. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Tradução: Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 13; 34.

⁶⁶⁰ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 03.

e muito bem remunerado.⁶⁶¹ E, mais uma vez, lembra-se o paralelo entre a gestação de substituição onerosa com a atividade corporal desenvolvida por trabalhadores sexuais, os quais utilizam de seu corpo como ferramenta de trabalho de modo não convencional, tal como na gestação de substituição onerosa. A prostituição não é proibida só por não agradar parcela mais conservadora da população⁶⁶².

O que se observa de todas as atividades profissionais é que, a não ser que estejam trabalhando para si mesmas, estão prestando serviços para terceiros, e como tal, estão supostamente sendo utilizadas como meio para se chegar a um fim planejado por essa terceira pessoa. Argumentos contrários à gestação de substituição onerosa, que se amparem em dignidade enquanto valor intrínseco e no respeito ao ser humano como fim em si mesmo, podem ser igualmente aproveitados para proibir outras formas de trabalho destinadas a atingir objetivos de terceira pessoa (empregador ou contratante). Pois, ao fim e ao cabo, entendendo-se, dessa forma, todos são igualmente desrespeitados enquanto fins em si mesmos e são vistos como meios para gerar riqueza, bens ou serviços a quem os contrata.

O que deve ser levado em consideração é que a pessoa que trabalha é autônoma, presta serviço conscientemente e recebe contraprestação financeira pelo tanto, atingindo, pois, também a sua própria finalidade, o fim por ela almejado, qual seja, a remuneração (sem mencionar a realização pessoal e vários outros fins que possam existir). Logo, ela não é *utilizada apenas* como meio. O entendimento kantiano de dignidade humana se mostra inadequado, como já defendido no segundo capítulo, principalmente na atualidade.

Aqui vale analisar - rapidamente, a título exemplificativo - o famoso caso do “arremesso de anões”, constantemente lembrado pelos estudiosos da dignidade⁶⁶³. Uma discoteca em Morsang-sur-Orge, pequena cidade da França, em 1992, contava com o evento recreativo de arremessar pessoas com nanismo, com equipamentos de segurança, em colchões a certa

⁶⁶¹ Aqui se aponta exemplos extremos, em que o uso do corpo de modo mercantilizado fica mais evidente, mas praticamente todo profissional utiliza em certa medida de seu corpo e “força braçal”, para além da intelectual, como forma de trabalho, como professores, advogados, médicos, motoboys, etc. Todos que não trabalhem para si mesmos, são utilizados, em certa medida, como meios, e não como fins em si mesmos.

⁶⁶² Não se pode considerar que a prostituição seja aceita na sociedade, considerando o peso moral que ainda a circunda; mas tolerada socialmente, sem dúvida já se pode dizer que é, há muitos anos. O julgamento moral que permeia a atividade invade o ordenamento jurídico e fundamenta a criminalização do lenocínio no país. Relega a atividade da prostituição à marginalidade, apesar de ser reconhecida como ocupação lícita pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Isso por também se desconsiderar a autonomia e capacidade de consentimento de pessoas maiores e capazes que se dedicam à prostituição, equiparando-as às crianças e adolescentes e às demais vítimas de exploração sexual. Para maiores informações, cf. MARGOTTI, Alessandra. Direito à prostituição: Legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

⁶⁶³ MANUEL Wackenheim v France. Communication No 854/1999. UN Human Rights Committee, Seventy-fifth session Doc. Disponível em: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Manuel%20Wackenheim%20v.%20Fr.pdf>. Acesso em 10 fev. 2021.

distância, em uma competição estimulada entre os clientes do local. As pessoas arremessadas eram contratadas, mediante consentimento, para disporem de seus corpos para o serviço.

A prática fora proibida pela prefeitura ao argumento de que a atividade ofendia a dignidade humana dos portadores de nanismo envolvidos, os quais não eram respeitados enquanto fim em si mesmos. Uma das pessoas contratadas para serem arremessada, que ganhava seu sustento com o trabalho, Manuel Wackenheim, recorreu da decisão em todas as instâncias administrativas até chegar ao conselho estadual, que manteve a proibição de seu trabalho. Valorizou-se um conceito de dignidade forjado heteronomicamente, sem considerar a pessoa que dispunha do seu corpo para o trabalho como capaz de autonomia para tomar essa decisão.

Em 1999, Manuel Wackenheim levou o caso aos órgãos competentes da ONU, sob os mesmos argumentos levantados nas instâncias administrativas. Defendeu que não se sentia ofendido pelo trabalho, gostava de exercê-lo, sentia-se integrado socialmente, e a ocupação lhe rendia bom retorno financeiro, garantindo-lhe o próprio sustento mediante seu trabalho⁶⁶⁴. Entendia que tal proibição representava afronta à sua dignidade, e que violava seu direito à liberdade de emprego, o respeito à sua vida privada e ao padrão de vida adequado, sendo um verdadeiro ato de discriminação. Afirmou também que não havia muitas possibilidades de trabalho para portadores de nanismo na região⁶⁶⁵, e que não considerava afronta à dignidade humana, que, ao contrário, afronta à dignidade seria não ter um emprego⁶⁶⁶. A proibição, contudo, fora mantida, defendendo a ONU, em 2002, não ser uma proibição discriminatória e ser necessária à manutenção da ordem pública⁶⁶⁷. Um verdadeiro atentado à dignidade de Manuel Wackenheim, que teve sua autonomia desconsiderada apesar de ser adulto e capaz.

⁶⁶⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 235.

⁶⁶⁵ O que também é uma realidade no Brasil, e o Estado não trabalha efetivamente para melhorar essa situação, como ilustra essa notícia de 2017: VERDÉLIO, Andreia. Apenas 1% dos brasileiros com deficiência está no mercado de trabalho. *Agência Brasil*. Caderno Direitos Humanos. 26 de agosto de 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/apenas-1-dos-brasileiros-com-deficiencia-esta-no-mercado-de>. Acesso em: 13 fev. 2021. E situação semelhante acomete as mulheres, cuja taxa de desemprego é 39,4% maior que a dos homens. O Estado não age efetivamente para lidar e reverter isso, visando garantir o mínimo existencial a essas pessoas. Além da alta taxa de mulheres em subempregos ou trabalhos informais, mais facilmente submetidas à exploração: TAXA de desemprego das mulheres é 39,4% superior à dos homens, diz IBGE. *Infomoney*. Estadão Conteúdo. 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/economia/taxa-de-desemprego-das-mulheres-e-394-superior-a-dos-homens-diz-ibge/>. Acesso em: 13 fev. 2021. ROSAS, Rafael; SCHINCARIOL, Juliana; SARAIVA, Alessandra. Mulheres têm desocupação e informalidade maiores e rendimento menor, mostra IBGE. *Valor Econômico*. 06 de novembro de 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/11/06/mulheres-tem-maiores-desocupacao-e-informalidade-e-menores-rendimentos-mostra-ibge.ghtml>. Acesso em: 13 fev. 2021.

⁶⁶⁶ MANUEL Wackenheim v France. Communication No 854/1999. UN Human Rights Committee, Seventy-fifth session Doc. Disponível em: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Manuel%20Wackenheim%20v.%20Fr.pdf>. Acesso em 10 fev. 2021.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

Tal como nesse caso, na gestação de substituição onerosa não se precisa defender necessariamente a mercantilização humana; trata-se, na verdade, da “garantia de um direito fundamental decorrente da própria dignidade humana”⁶⁶⁸: a livre escolha de um trabalho próprio, garantidor do mínimo existencial, tanto almejado pela própria dignidade. Além disso, trata-se do respeito à autodeterminação pessoal, proporcionando “vida digna” à pessoa que se sustenta através de seu próprio trabalho, e guia sua vida por suas próprias escolhas.

Uma pessoa autônoma, capaz de consentir conscientemente com a gestação para outrem mediante contraprestação financeira, não pode ser impedida de assim proceder, porque essa disposição do corpo - ou limitação temporária do livre exercício sobre ele - é apenas mais uma atuação intrínseca e necessária à prestação de serviços em uma sociedade liberal e capitalista, na qual se vive e com a qual ainda não se conseguiu romper. O Estado deve apenas resguardar essa atuação e cuidar para que a autonomia, saúde, bem-estar, e todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos sejam respeitados. E não só, mas que sejam implementados.

O artigo 11 do Código Civil Brasileiro, por conseguinte, não impede ou proíbe a gestação de substituição onerosa. Passa-se, então, para a análise do artigo 13.

5.2.1.2. Art. 13 do Código Civil Brasileiro

Há que se aprofundar, ainda, na norma proibitiva contida no artigo 13 do Código Civil, segundo a qual “[s]alvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Refere-se, pois, diretamente ao direito ao próprio corpo, no que tange aos atos praticados pela livre deliberação pessoal, devendo ser “disposição” interpretada, relembra-se, como a livre utilização, como disponibilidade do corpo.

O foco de todo esse capítulo é observar se há, na legislação brasileira, impedimento à livre disposição do próprio útero para fins de gestação para terceiros, mediante remuneração, e, nesse ponto, preocupa a parte final do referido dispositivo. Isso porque a primeira parte a ela não se refere, pois, definitivamente, a disposição do corpo para gestação substituta não implica em diminuição permanente da integridade física (a não ser por alguma contingência não diretamente relacionada à gestação, mas que possa dela eventualmente decorrer). Ou seja, a primeira parte do artigo 13 em nada obsta a técnica onerosa de gestação de substituição.

⁶⁶⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 235.

Preocupa aqui a contrariedade aos famigerados *bons costumes*. Costumes são tradicionalmente definidos a partir do passado, é um conceito voltado a entender e expressar algo já consolidado socialmente; é a expressão de práticas reiteradas de determinado grupo ou setor social⁶⁶⁹. Bons costumes, por sua vez, é o elemento ligado à moral social também já consolidada, por meio da qual é possível se realizar um juízo valorativo de qualidade sobre tais práticas repetitivas, sobre os costumes, qualificando-os em bons ou maus, “sendo esses últimos particularmente indesejáveis para a ordem jurídica e social”⁶⁷⁰. É um conceito historicamente determinado, que se modifica harmônico aos preceitos morais partilhados em uma sociedade, em determinado período histórico. É uma norma moral criada pela opinião comum e majoritária⁶⁷¹. Estando atrelado ao que a moral social julga, os maus costumes são, pois, imorais.

Chaui se manifestara sobre os costumes: “porque são anteriores ao nosso nascimento e formam o tecido da sociedade em que vivemos, são considerados inquestionáveis e quase sagrados [...]”. A autora afirma que a palavra costume tem sua origem atrelada à moral, do latim *mores*, e se refere “ao conjunto de costumes tradicionais de uma sociedade e que, como tais, são considerados valores e obrigações para a conduta de seus membros”⁶⁷². Mas não deve ser assim. A verdade é que não há meios de se definir hegemonicamente, em uma sociedade plural, o que é um bom costume de modo a abranger o interesse e a livre personalidade e autonomia de todos. Expressa, verdadeiramente, valores morais impostos por uma maioria.

O conceito apresentado por Amaral traz demonstração perfeita dos valores morais que podem estar irremediavelmente introjetados na cláusula dos bons costumes. Para o autor, ela apresenta “o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo, etc.”. O autor dá exemplos do que, na sua perspectiva individual, afeta os bons costumes, devendo ser, portanto, proibidos por referida cláusula.

Há algum tempo, tatuagens e piercings foram consideradas contrárias aos bons costumes. Também o foram os relacionamentos e casamentos homoafetivos (proibidos por isso, inclusive), o que, hoje em dia, é ampla e socialmente aceito. Siqueira destaca um processo criminal da década de oitenta do extinto Tribunal de Alçada da comarca de São Paulo, sobre cirurgia de transgenitalização. Nele se discutia sobre a punição do médico que procedeu com a

⁶⁶⁹ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 168-169.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 169.

⁶⁷¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. Op. Cit., p. 231-232.

⁶⁷² CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ética, 2000, p. 428.

cirurgia de redesignação genital mediante consentimento do paciente. O médico fora condenado em primeira instância sob os argumentos de que a realização daquela cirurgia contrariava os bons costumes e a ordem pública. Em segunda instância a sentença foi revertida. Um voto vencido, contudo, expressava-se nos mesmos termos, ressaltando o empenho da acusação, com a qual coadunava, para que tais cirurgias “inconvenientes aos costumes locais”, não se generalizassem e se vulgarizassem socialmente, pois tais práticas poderiam afetar os valores morais tradicionais, a estrutura sociorreligiosa de padrões conservadores, afetando “tendências ainda rígidas da família brasileira”⁶⁷³.

O que se quer demonstrar é que em uma sociedade plural, multicultural e em constante movimento, não se pode estabelecer conceito jurídico amplo, embasado em suposta consciência social⁶⁷⁴, de tal forma que permita arbítrio individual a quem o interpreta. Os conceitos sobre bom ou ruim, moral ou imoral, variam cultural e individualmente e não há que se estabelecer valores hegemonicamente bons a ponto de serem a todos impostos e de todos cobrados.

No mesmo sentido, conclui Castro: “Suficientemente ampla para abarcar o maior número possível de hipóteses concretas e satisfatoriamente vaga para ampliar a autonomia do intérprete, o conteúdo da cláusula geral é essencialmente variável”⁶⁷⁵. Abre espaço para determinação de condutas em contraposição à autonomia individual, ofendendo, por isso mesmo, a própria dignidade humana.

Konder, por sua vez, afirma que “[...] o termo bons costumes – elemento do trio ‘moral, bons costumes e ordem pública’, legado da tradição civilística – é incompatível com a já mencionada pluralidade e tolerância consignada na ordem democrática constitucional”⁶⁷⁶.

É preocupante considerar que valores morais dominantes, os *standarts* de bons costumes⁶⁷⁷, tenham a possibilidade de restringir direitos e liberdades individuais, como o direito ao próprio corpo, que opera como expressão da autonomia e da personalidade. Em última instância, os bons costumes refletirão exatamente isso, uma cláusula “[...] tão ampla e vaga que

⁶⁷³ Processo nº 799/76, RT 545; TACRIM/SP, RT 545. Não se conseguiu acesso ao processo e acórdão original, mas, para maiores informações, cf.: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 409-410.

⁶⁷⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 226.

⁶⁷⁵ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 170. E no mesmo sentido, concluem também: CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. *Op. Cit.*, p. 224 e ss. ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual do Biodireito*. *Op. Cit.*, p. 258 e ss. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. *Op. Cit.* p. 31 e ss.

⁶⁷⁶ KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transsexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 04, vol. 15, jul/set. 2003, pp. 41-71, p. 64.

⁶⁷⁷ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual do Biodireito*. *Op. Cit.*, p. 262.

pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento. Historicamente, a expressão foi usada para dar suporte jurídico ao conservadorismo das classes dominantes⁶⁷⁸, o que não se pode mais admitir em um Estado Democrático de Direito.

Essa intrínseca relação entre a cláusula dos bons costumes e o regime ditatorial no Brasil é denunciada por Castro. A autora demonstra como fora utilizada como ferramenta da censura, para limitar liberdades existenciais e impor comportamentos adequados e controláveis⁶⁷⁹. É deveras preocupante manter uma cláusula aberta dessa magnitude na legislação.

A gestação de substituição onerosa pode encontrar limitação moral nessa cláusula, por possivelmente contrariar aos bons costumes hegemonicamente impostos, em uma sociedade cristã, em que o corpo é sacralizado e o mito do amor materno é predominante.

Tal limitação, contudo, não se mostra legítima, na medida em que desconsideraria a capacidade de autodeterminação pessoal e a consequente possibilidade de se definir, individualmente, o que é bom e adequado para si. Seria utilizar de cláusula aberta, atribuindo-lhe interpretação conforme uma moral hegemônica para impedir comportamento não defeso em lei, e verdadeira expressão do direito à autonomia e à liberdade.

O “mero fato da maioria da população ter um juízo moral negativo sobre determinada prática não é bastante para justificar uma limitação jurídica na esfera de autodeterminação pessoal⁶⁸⁰. Ademais, a aplicação de referida cláusula ocorreria casuisticamente, acarretando que alguns intérpretes a entenderiam como contra os bons costumes, enquanto outros não, já que depende de atribuição moral.

Tendo sido demonstrado anteriormente que a gestação de substituição onerosa não contraria o que dispõe o artigo 11 do diploma civil, não pode ser impedida por restrição genérica com ares de avaliação moral hegemônica, como a cláusula dos bons costumes.

A despeito de vasta doutrina civilista concluir da mesma forma pela impropriedade da cláusula genérica, alguns defendem mantê-la no ordenamento jurídico atribuindo-lhe interpretação conforme os valores constitucionais⁶⁸¹. Castro, por exemplo, afirma ser possível

⁶⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op. Cit. p. 35.

⁶⁷⁹ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. Op. Cit., p. 103-130. CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017, p. 430.

⁶⁸⁰ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual do Biodireito*. Op. Cit., p. 259-260.

⁶⁸¹ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. Op. Cit., p. 178. KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transsexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Op. Cit., p. 64. ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual do Biodireito*. Op. Cit., p. 259. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, Corpo e Autonomia privada. Op. Cit., p. 236-237.

entendê-la de modo a se efetivar e ampliar a dignidade humana – entendendo esta como valor intrínseco ao ser humano - devendo ser considerado contra os bons costumes apenas aquelas condutas que gerem lesão ou perigo de lesão a direitos de terceiros envolvidos ou mesmo da comunidade como um todo⁶⁸².

Contudo, é desnecessária a utilização da cláusula genérica de bons costumes para justificar proibições que podem facilmente se embasar em direitos fundamentais e princípios constitucionais⁶⁸³, os quais, mais claros e direcionados, observam o princípio da legalidade. Por isso, discorda-se de referida autora, acreditando que a cláusula geral deve ser extirpada do Código Civil, para que não permita violações a liberdades individuais e autonomia sob sustentação moral⁶⁸⁴.

Também Canotilho defende esse ponto de vista, ao discorrer sobre cláusulas gerais, como a cláusula da *ordem pública*: “para quê recorrer a fórmulas vagas quando temos preceitos com maior densidade normativa e que podem ser aplicados”? Para o autor, “em vez de andarmos a dizer cláusulas contrárias à ordem pública, os civilistas deviam dizer cláusulas contrárias a direitos, liberdades e garantias, concretamente palmados na Constituição”⁶⁸⁵.

Pois, no fim das contas, os “bons costumes são, antes de tudo, costumes. E o direito não deve se prestar a proibir tudo aquilo que não seja costumeiro, sob pena de abandonar sua tarefa mais elevada: a de ser instrumento de transformação social”⁶⁸⁶.

5.2.2. *Filiação e maternidade*

Um grave problema que circunda a Reprodução Humana Assistida no Brasil, o qual a acompanha desde o início de suas práticas no país, é originado pela legislação deficitária a respeito do tema, a começar pela definição da *filiação*.

⁶⁸² CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro. Op. Cit.*, p. 178.

⁶⁸³ A própria autora destaca essa possível crítica que sua argumentação poderia receber, mas sua justificativa para invalidá-la não convence: “[...] todo e qualquer dispositivo legal, seja ele de direito público ou de direito privado, não deve apenas não contradizer a Carta de 1988, mas, e principalmente, deve assumir a tarefa positiva de realizar concretamente os valores que foram positivados na Constituição em termos ideais. Nesse particular, foi competente o legislador de 2002 ao adotar amplamente a técnica das cláusulas gerais”. CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro. Op. Cit.*, p. 184.

⁶⁸⁴ No mesmo sentido entende CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Op. Cit.*, p. 229.

⁶⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *apud*. KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transsexuais e dos wannabes. *Op. Cit.*, p. 64. Essa mesma também é mencionada na obra de Fernanda Cantali, acima referenciada (p. 230). Não se conseguiu acesso ao documento original em que teria sido transcrita, mas, originalmente, Canotilho proferiu em conferência, no XX Aniversário do Provedor de Justiça, em Lisboa, em 30/11/1995, segundo Konder faz constar em nota.

⁶⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade. Op. Cit.* p. 38.

O termo se refere à “relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva”⁶⁸⁷. Deriva do latim *filiatio*, que “significa procedência, o laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace”⁶⁸⁸.

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga os filhos aos pais, propriamente dita na perspectiva daqueles para estes. Quando inverso, fala-se em paternidade e maternidade⁶⁸⁹. “A paternidade, a maternidade e a filiação constituem um trinômio inseparável do qual decorrem efeitos de natureza biológica, afetiva e jurídica”⁶⁹⁰.

O conceito passou por diversas modificações e, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, passou a ser definido não apenas por critérios genéticos e biológicos, como também por civis e socioafetivos. Não há mais qualquer distinção entre filhos havidos em casamento ou fora dele, entre filhos adotados ou biológicos, e entre os havidos por métodos considerados naturais ou por técnicas de reprodução assistida. Para Madaleno, a nova estrutura da família brasileira “passa a dar maior importância aos laços afetivos, e aduz já não ser suficiente a descendência genética, ou civil, sendo fundamental para a família atual a integração dos pais e filhos por meio do sublime sentimento da afeição”⁶⁹¹.

González enfatiza que muito da mudança dos critérios de filiação se dá pelo avanço das técnicas de RA, sendo necessário que o conceito se adapte às novas demandas sociais para não se tornar obsoleto. A autora relembra que as técnicas quebram evidentes princípios jurídicos tradicionais oriundos do direito romano, como o *mater semper certa est e pater est quem nuptiae demonstrant*, “pois permite separar o fato de ter filhos da união sexual entre homens e mulheres, e mesmo de se procriar sem a participação biológica-genética de um par e/ou sem o seu conhecimento”⁶⁹².

Lamn, por sua vez, definindo a filiação, afirma que “ser pai ou mãe é muito mais do que um elo genético ou biológico: é querer ser pai ou ser mãe; e que é precisamente o que permite

⁶⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. Epub. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 5, p. 216.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol 6. 14. ed. Livro digital (E-pub). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 408. SZANIAWSKI, Elimar. *Diálogos com o direito de filiação brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 51.

⁶⁹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Diálogos com o direito de filiação brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 51

⁶⁹¹ MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. Epub. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, paginação irregular, tópico 7.2.

⁶⁹² GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 902. No original: “ya que permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento”.

a filiação derivada da TRA, fornecendo um sistema baseado na vontade”⁶⁹³. Na década de setenta Villela já preconizava o mesmo, ao afirmar que “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”⁶⁹⁴.

O Código Civil Brasileiro, em tópico destinado ao direito das famílias, dedica-se a dispor sobre o estado de filiação⁶⁹⁵, trazendo, inclusive, artigo específico para os casos em que foram utilizadas técnicas de reprodução assistida⁶⁹⁶. Apesar da aura da afetividade que paira sobre o tema, trazida pela Constituição, no direito civil positivado isso não consta tão claro assim.

A interpretação sistêmica do referido capítulo permite concluir que aquelas previsões legais dizem respeito apenas a aspectos da paternidade, definem quem será o pai da criança que nasce de determinada gestante. Nada pretende dispor acerca da definição da figura materna, sobre quem seria considerada a mãe, sendo esta, orgânica, forçosa e corriqueiramente determinada a gestante, quem deu à luz. Isso decorre da máxima naturalmente definida de que “mãe é quem pare”, e, diante da ausência de disposição diversa, parece alcançar o ordenamento jurídico brasileiro.

Trimings e Beaumont, em pesquisa internacional elaborada em 2013, confirmam que 56% (cinquenta e seis por cento) do total de 25 (vinte e cinco) países analisados ainda utilizavam essa métrica geral e genérica para definição da maternidade: naturalmente estabelecida pelo parto⁶⁹⁷, entre os quais o Brasil.

A lei brasileira nada dispõe a respeito da maternidade, mas deixa implícito em alguns pontos. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), por exemplo, de modo indireto, corrobora esse conceito natural de maternidade no Brasil de que mãe é quem deu à

⁶⁹³ LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, p. 76-91. Jan., 2012, p. 81. No original: “ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico: es querer ser padre o querer ser madre; y eso es precisamente lo que permite la filiación derivada de TRA al prever un sistema basado en la voluntad”.

⁶⁹⁴ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Nº 21, 1979, p. 408. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/62>. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁶⁹⁵ Capítulo II – *Da filiação*, do Subtítulo II – *Das relações de parentesco*, do Livro IV – *Direito de Família*, do Código Civil Brasileiro.

⁶⁹⁶ 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.

⁶⁹⁷ TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*. Oxford: Hart Publishing, 2013. Os países pesquisados foram: Alemanha, África do Sul, Argentina, Austrália, Bélgica, Brasil, China, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Guatemala, Holanda, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Japão, México, Nova Zelândia, Reino Unido, República Tcheca, Rússia, Ucrânia, Venezuela.

luz. Ao dispor em seu artigo 10, incisos II, V e VI⁶⁹⁸ a obrigação de hospitais e correlatos de identificarem o recém-nascido e sua *mãe*, de manter a criança junto à *mãe* e de prestar orientações para o tempo em que a *mãe* estiver na unidade hospitalar, diretamente, associa essa figura à gestante/parturiente. Também o faz no artigo 19-A, §§ 5º e 9º⁶⁹⁹.

Logo após o nascimento de uma criança é preenchido um documento intitulado Declaração de Nascido Vivo (DNV) pelos médicos e equipe responsável pelo nascimento, cuja obrigatoriedade foi estabelecida pela Lei 12.662 de 2012⁷⁰⁰. Esse termo possui as primeiras informações sobre o bebê. É um documento de identificação, mas não substitui a certidão de nascimento, deve ser levado a um Cartório de Registro Civil, para a solicitação dessa primeira certidão.

Referida lei que regulamenta a DNV prevê em seu artigo 4º a obrigatoriedade de conter, entre outros dados relevantes, o nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da *mãe* e sua idade na ocasião do parto⁷⁰¹.

Na DNV, até então, não há espaço para se certificar que naquela gestação houve utilização de técnicas de RA que resultem em “maternidade cindida”, utilizando o conceito criado por Schuenzer, *split motherhood*⁷⁰². Não há como constar que a mulher que deu à luz não é a mãe, ela obrigatoriamente constará como tal; e que a mãe e/ou o pai daquela criança são outras pessoas que apenas tomaram emprestado o útero⁷⁰³; mormente o nome da mãe idealizadora, não há espaço para constá-lo.

⁶⁹⁸ Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: [...] II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da *mãe*, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; [...] V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à *mãe*. VI - acompanhar a prática do processo de amamentação, prestando orientações quanto à técnica adequada, enquanto a *mãe* permanecer na unidade hospitalar, utilizando o corpo técnico já existente.

⁶⁹⁹ Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. [...] §5º Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega. [...] § 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei.

⁷⁰⁰ BRASIL. Lei nº 12.662, de 05 de junho de 2012. Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

⁷⁰¹ Art. 4º A Declaração de Nascido Vivo deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além dos seguintes dados: I - nome e prenome do indivíduo; II - dia, mês, ano, hora e Município de nascimento; III - sexo do indivíduo; IV - informação sobre gestação múltipla, quando for o caso; V - nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto; VI - nome e prenome do pai; e VII - outros dados a serem definidos em regulamento.

⁷⁰² SCHWENZER, Ingeborg. *Model Family Code: from a global perspective*. Antwerpen: Intersentia. 2006.

⁷⁰³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de Instruções para o preenchimento da Declaração de Nascido Vivo: Normas e Manuais Técnicos*. Brasília, Distrito Federal, 2011. p. 22. Disponível em: http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst_dn.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020.

Araujo, Martel e Vargas, ao analisarem o formulário, concluem pela mesma ausência: “[...] refere-se às características da gestação e do parto que deram origem ao recém-nascido. Ali há informações sobre o tipo de gravidez, e poderia haver um campo para a gestação de substituição. No entanto, o único espaço para indicar a mãe é o local em que se identifica a parturiente”⁷⁰⁴.

Para o cartório responsável providenciar registro divergente do que consta na referida declaração, apontando outra pessoa como mãe, ou apenas não apontando a gestante como tal, é necessário todo um novo procedimento burocrático estabelecido recentemente pelo Provimento nº 63 de 14/11/2017, do CNJ, Conselho Nacional de Justiça, que será visto oportunamente⁷⁰⁵.

“Convivemos séculos com a noção de que a mãe é sempre certa, em função do parto”⁷⁰⁶. Certeza esta que, advinda da premissa romana *mater semper certa est*⁷⁰⁷, já não se adapta às demandas sociais, devido ao avanço das novas tecnologias de reprodução assistida. Isso porque muitas dessas técnicas, especialmente a gestação de substituição, dissociam a maternidade. Desmembram as atividades e etapas que antes constituíam a maternidade, de modo que as mulheres envolvidas podem figurar como: i) “mãe” gestacional ou biológica⁷⁰⁸, a que gesta; ii) “mãe” genética, a que doa material genético; e iii) mãe intencional ou socioafetiva, a que, idealiza a gravidez⁷⁰⁹. Esse último conceito de maternidade se equipara à estabelecida pelo procedimento de adoção. É de se destacar que, apesar desse paralelo, a gestacional e a genética não serão consideradas mães de fato, no sentido jurídico.

Tais práticas demandam a aproximação do conceito de maternidade ao de paternidade, o qual é estabelecido socialmente, e não obrigatoriamente pelo vínculo biológico, que seria o natural. Villela, há anos, já ressaltava a necessidade de se estabelecer novos critérios para a definição da paternidade em decorrência do constante processo da “desbiologização” do vínculo. Suas digressões podem ser integralmente aplicadas à definição de maternidade. Afirmara que a “possibilidade de obter gratificação sexual sem os riscos da gravidez e, já agora,

⁷⁰⁴ ARAUJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos no direito internacional privado (revisto e atualizado). In: *Direito Internacional Contemporâneo*. Luiz Olavo Baptista; Larissa Ramina; Tatyana Scheila Friedrich. (Org.). Curitiba: Juruá, 2014, p. 486.

⁷⁰⁵ Cf. tópico 5.3. “Declaração de Nascido Vivo e o Provimento CNJ nº 63 de 2017”.

⁷⁰⁶ ARAUJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. Cit.*, p. 485.

⁷⁰⁷ Em tradução livre: “mãe é sempre certa”.

⁷⁰⁸ Graziuso, no entanto, chama atenção para as críticas acerca do termo “mãe gestacional ou biológica”, com o que se concorda, citando pesquisa de Teman (2010) em que fica evidenciado que muitas mulheres que prestam profissionalmente gestação de substituição, não gostam da nomenclatura, uma vez que não veem vínculo materno com a criança. GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras*. Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: um estudo comparado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 29.

⁷⁰⁹ Quando os idealizadores da gravidez são homens solos ou casais de homens homoafetivos, obviamente, não haverá a figura da mãe intencional.

a possibilidade inversa, de promover a reprodução sem atividade sexual, com a fecundação *in vitro*, tenderão a fazer da paternidade rigorosamente um ato de opção”⁷¹⁰.

A ausência de definição que alcance a realidade social ocasiona a obscuridade das relações decorrentes das técnicas, a incerteza das suas consequências e a precariedade da definição do estado de filiação da criança gestada por meio de gestação de substituição. E em caso de sua modalidade onerosa, a mesma ausência de definição poderia ainda justificar a criminalização indireta e indevida de condutas da gestante substituta e das pessoas que idealizam a gestação, como será visto adiante⁷¹¹.

Em 28 de junho de 2021, Dia Internacional do Orgulho LGBTQIA+⁷¹², o Ministro Gilmar Mendes, ao exarar uma decisão liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 787⁷¹³, de autoria do Partido dos Trabalhadores, determinou essa importante mudança na Declaração de Nascido Vivo. A ADPF foi apresentada com o objetivo primevo de assegurar acesso igualitário a pessoas transsexuais e travestis aos tratamentos de saúde dos quais necessitarem, sendo respeitada a sua identidade de gênero⁷¹⁴.

Em sua decisão, o Ministro, entre outras coisas, determinou ao SUS que adeque a DNV, fazendo-se constar nela espaço destinado a anotar nome da pessoa parturiente, além de pai e mãe⁷¹⁵. A decisão foi voltada, sobretudo, a assegurar que homens trans parturientes não constem obrigatoriamente como mãe em tal documento. Tal inclusão, no entanto, favorece não só pessoas LGBTQIA+, mas também gestantes substitutas e pais idealizadores que, a partir dessa mudança, poderão constar todos na certidão em seus respectivos papéis sociais, auxiliando, pois, na solução de conflitos de maternidade⁷¹⁶. A decisão obrigava ao Ministério da Saúde tal adequação no prazo de trinta dias. No final de setembro de 2021, o ministério divulgou uma

⁷¹⁰ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. *Op. Cit.*, p. 413.

⁷¹¹ Cf. Capítulo 6.

⁷¹² Lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais ou transgêneros, queer, intersexo, assexuais e outras possibilidade de orientação sexual e/ou de identidade de gênero existentes, diversas da norma binária.

⁷¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 787/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado em 28 jun. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347346444&ext=.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

⁷¹⁴ Por exemplo, o direito de uma mulher trans ser atendida como tal em uma consulta com urologista, ou um homem trans em uma consulta ginecológica.

⁷¹⁵ “ii. Quanto à Declaração de Nascido Vivo: ii.a. Determinar ao Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Vigilância da Saúde (SVS-MS), que, no prazo de 30 (trinta) dias: proceda à alteração do layout da DNV para que faça constar da declaração a categoria “parturiente”, independente dos nomes dos genitores de acordo com sua identidade de gênero. Isso possibilitará, ao mesmo tempo, o recolhimento de dados para a formulação de políticas públicas pertinentes e o respeito à autodeclaração de gênero dos ascendentes;”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 787/DF. *Op. Cit.*, p. 37.

⁷¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Nota Técnica nº 195/2021-CGIAE/DASNT/SVS/MS*. Disponível em: [https://www.spsp.org.br/PDF/NOTA%20TE%CC%81CNICA%20N%20195%2021%20CGIAE%20DASNT%20SVS%20MS%20SEI%20MS%200022789561%20\(2\).pdf](https://www.spsp.org.br/PDF/NOTA%20TE%CC%81CNICA%20N%20195%2021%20CGIAE%20DASNT%20SVS%20MS%20SEI%20MS%200022789561%20(2).pdf). Acesso em: 01º nov. 2021.

nota técnica para “[o]rientar gestores e interlocutores do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc) a respeito das alterações realizadas no layout da Declaração de Nascido Vivo – DNV”, limitando-se a isso até então.

5.2.2.1. Conflitos positivos e negativos de maternidade decorrentes das técnicas de Reprodução Assistida

O avanço tecnológico permitiu definir com precisão científica a paternidade biológica⁷¹⁷, para além da socioafetiva. O desenvolvimento do exame de DNA na década de oitenta, possibilitando testes efetivos de vínculo genético, abriu espaço para “que a ficção presumida da paternidade fosse substituída pela quase certeza. Isto é, as análises de DNA tornaram real o princípio *pater is est quem sanguis demonstrat*”⁷¹⁸.

A maternidade, em contrapartida, resta cada vez mais incerta com o desenvolvimento das tecnologias de reprodução assistida, uma vez que, como visto, com tais técnicas, quem gesta e pare uma criança pode não mais ser a mãe de fato, e não há definição legal específica a respeito.

A tridimensionalidade procriativa reflete a junção de múltiplos atores para a reprodução humana, a partir das técnicas de RA⁷¹⁹, e isso reflete nas relações de filiação. A partir delas, podem surgir conflitos na definição da maternidade ou mesmo da paternidade, porém o presente texto irá focar somente nos primeiros, pois, como visto, a maternidade é inicial e supostamente definida pelo parto.

Em técnicas a partir da doação de gametas femininos, como a fertilização *in vitro* ou a gestação substituta, caso haja conflito declarado de maternidade, surge a dificuldade de se estabelecer a filiação entre quem doou os óvulos e quem os recebeu. E essa dificuldade aumenta no caso específico da gestação de substituição, objeto e cerne da tese.

O procedimento, de forma prática, pode se dar de duas formas, como já detalhado no primeiro capítulo. A primeira delas, por fertilização *in vitro*⁷²⁰, na qual um óvulo é fecundado

⁷¹⁷ Importa observar que, apesar de se falar ali, para fins textuais, em “paternidade biológica”, o certo é que o exame de DNA não define paternidade, enquanto noção jurídica. Ele indica com precisão o vínculo genético que pode fundamentar a paternidade genética.

⁷¹⁸ BARBAS, Stela. *Estabelecimento da maternidade: A gestação para outrem à luz do Direito Civil Português*. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e direito da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 272-273. SZANIAWSKI, Elimar. *Diálogos com o direito de filiação Brasileiro*. *Op. Cit.*, p.

⁷¹⁹ *Ibid.* p. 274.

⁷²⁰ O método foi exaustivamente apresentado no primeiro capítulo, mas lembra-se aqui que a fertilização *in vitro* (em vidro) é uma das técnicas de reprodução assistida, em que os óvulos são fertilizados por um espermatozoide

e inserido na mulher que prestará a gestação substituta. Esse óvulo pode ser tanto da mulher que tenha idealizado a gestação, a qual terá com a criança um vínculo genético e afetivo, como de outra mulher doadora. E a segunda, por inseminação artificial⁷²¹, em que a mulher da gestação de substituição fornece também seu próprio óvulo, que será fecundado pelo pai idealizador da gravidez ou por sêmen doado. Sendo assim, esse procedimento pode envolver até três mulheres diferentes: a gestante, a doadora do gameta e a possível idealizadora da gravidez (quando não for um homem solo ou um casal de homens homoafetivos), dissociando as maternidades genética, gestacional e socioafetiva.

No Brasil, até o momento em que se encerra essa tese, as clínicas de reprodução assistida ofertam a técnica de gestação de substituição apenas por meio de FIV, não se utilizando o óvulo da própria gestante que cede o útero. Isso evita com que surja vínculo genético além do gestacional entre ela e o bebê. Não há qualquer previsão reguladora/proibitiva nesse sentido, mas, acredita-se ter sido esse comportamento guiado pela anterior imposição de sigilo absoluto acerca da doação de gametas, e de uma preocupação em desvincular a criança e a gestante. No entanto, em junho do presente ano, entrou em vigor nova resolução do CFM, a Resolução nº 2.294 de 2021, que passou a permitir a doação de gametas por parente até o quarto grau de um dos pais idealizadores⁷²². Com essa exceção, que permite conhecer a identidade do doador, entende-se que a gestante substituta, que também deve ter o mesmo grau de parentesco, poderá eventualmente doar também o seu óvulo.

Essa dissociação da maternidade, para a qual o direito ainda não está preparado, pode gerar diversos conflitos sociais e jurídicos quanto à definição da filiação. Esses conflitos são tratados pela doutrina especializada como positivos ou negativos⁷²³, geralmente referidos à maternidade.

O conflito positivo ocorre quando mais de uma pessoa envolvida na gestação e nascimento da criança protestam o direito de serem considerados genitores. Ou seja, quando a mulher que gesta o feto, sob acordo de gestação de substituição, reivindica a maternidade para

fora do corpo da mulher e depois são inseridos no útero. GERA, Clínica da Fertilidade. *Fertilização in vitro*. Disponível em: <https://clinicagera.com.br/tratamentos/fertilizacao-in-vitro-ou-fiv/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁷²¹ Este também foi devidamente apresentado no primeiro capítulo; contudo, relembra-se que, por esse método de reprodução assistida, o sêmen do idealizador da gravidez ou de um banco de espermatozoides, é coletado e em seguida inserido diretamente, em período fértil, no útero da mulher que gestará a criança, para fecundar o óvulo e gerar o feto. GERA, Clínica da Fertilidade. *Fertilização in vitro*. Disponível em: <https://clinicagera.com.br/tratamentos/fertilizacao-in-vitro-ou-fiv/>. Acesso em: 19 out. 2019.

⁷²²

⁷²³ Sobre tais conflitos: ABREU, Laura Dutra. *A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição. Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, p. 35. ARAUJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. Cit.* p. 487.

si, juntamente com quem idealizou a gravidez⁷²⁴. Como ela é considerada naturalmente mãe da criança, por tê-la gestado, pode haver fundamentação social e jurídica para requerer o reconhecimento da maternidade, caso assim decida.

Já o conflito negativo, ao contrário, ocorre quando nenhuma das pessoas envolvidas quer assumir a filiação. Geralmente quando a(s) pessoa(s) que idealizou(aram) a gravidez se nega(m) a receber e registrar a criança após o nascimento, ou mesmo durante a gestação, não a reconhecendo como filha. Assim, na ausência de legislação, pode restar à mulher que presta a gestação de substituição lidar com a criança que está consigo e que, pela definição natural da maternidade, já seria considerada sua filha.

Não é difícil de imaginar os diversos problemas que podem advir das duas situações. Há casos de conflitos positivos em que a gestante desiste de entregar a criança e foge com ela, ou pleiteia judicialmente a maternidade. Há um caso lembrado por Naara⁷²⁵, que foi noticiado em 1997, em que a gestante substituta britânica fingiu ter abortado e tentou fugir do país com a criança que gestou para um casal holandês. Negou-se a entregar o recém-nascido alegando não confiar no casal para criar o “filho”, que seria metade dela⁷²⁶.

E o caso mais emblemático julgado em Nova Jersey, nos Estados Unidos, em 1988, conhecido como *Caso Baby M.*, já mencionado em capítulo anterior⁷²⁷. William e Elizabeth Stern celebraram um contrato de gestação de substituição com Mary Beth Whitehead, em 1985. Após anos de conflito positivo de maternidade, a gestante substituta ganhou, em juízo, o direito de ser reconhecida como mãe e de visitar a criança, que moraria com o pai genético e a esposa, ambos idealizadores da gravidez⁷²⁸.

E muitos são os casos em que há conflito negativo de maternidade. Esses decorrem, geralmente, de fatos novos e não esperados pelos idealizadores da gravidez. Motivos como “a morte de um dos autores do projeto parental, o divórcio, a desistência, a multiplicidade de fetos, a presença de deficiência ou problemas médicos na criança”⁷²⁹, podem conduzir ao arrependimento e abandono da gestante de substituição e do feto ou criança.

⁷²⁴ Ainda pode ocorrer em relação à doadora do óvulo ou mesmo sêmen, quando conhecidos, mas esse não é o foco da tese, de modo que precisaria de estudos específicos para discorrer a respeito.

⁷²⁵ LUNA, Naara. *Maternidade Desnaturada: Uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. Cadernos Pagu (UNICAMP), Campinas, v. 19, 2002, p. 251.

⁷²⁶ MÃE de aluguel não fez aborto. *Folha de São Paulo*, caderno Mundo. São Paulo, sexta-feira, 16 de maio de 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/16/mundo/13.html>. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁷²⁷ Cf. o tópico 3.1.2.2. “A objetificação pela compra e venda de crianças”.

⁷²⁸ Para maiores detalhes, conferir: SUPREME Court of New Jersey. *Matter of Baby M.*. 109 N.J. 396 (1988) 537 A.2d 1227. Argued September 14, 1987. Decided February 3, 1988. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 19 out. de 2019.

⁷²⁹ ARAUJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Op. Cit.* p. 487.

O caso conhecido como “Baby Gammy” é um exemplo⁷³⁰. Sucintamente, um casal australiano, David e Wendy Farnell, contratou uma gestante substituta tailandesa, Pattaramon Chanbua, que lhes gestou irmãos gêmeos. Após o nascimento, os pais idealizadores reconheceram como filho apenas um dos bebês, se recusaram a levar consigo Gammy por ser portador de Síndrome de Down⁷³¹. A gestante substituta, então, tornou-se mãe efetiva do bebê que fora rejeitado, mas não se sabe se por amor, compaixão ou se por impossibilidade de escolha diversa⁷³², uma vez que a maternidade na Tailândia também é definida pelo parto⁷³³.

Majoritariamente, essas situações acabam por ser decididas judicialmente, de modo que o poder judiciário do país tenha que determinar a filiação da criança, deliberando sobre danos e responsabilidades morais e/ou materiais originados.

Diante desses conflitos, muitos se posicionam favoráveis ou contra a técnica da gestação de substituição, seja em sua modalidade gratuita ou onerosa, mas poucos procuram de fato pensar em métodos efetivos para evitá-los. E é esse o intuito da presente tese, que visa garantir direitos fundamentais das pessoas que idealizam a gravidez, mas, principalmente, a liberdade e direito ao próprio corpo da mulher que deseje prestar a gestação de substituição, evitando que seja, inclusive, criminalizada.

5.2.2.2. A necessidade de definição legal da maternidade

O avanço das tecnologias de reprodução assistida, que necessariamente implica na cisão da maternidade em até três compreensões - gestacional, genética e afetiva - torna urgente a definição de um conceito legal, com vistas a dirimir os conflitos negativos e positivos de maternidade.

⁷³⁰ Esse caso foi melhor analisado no capítulo 4, quando da abordagem reguladora, já que a Tailândia passou a regulamentar a técnica de gestação de substituição motivada por ele.

⁷³¹ Há controvérsia em relação a esse caso, a família australiana nega que tenha abandonado a criança, mas não explica o motivo de ter levado consigo apenas um dos gêmeos. AUSTRALIAN couple 'did not reject Down's baby' Gammy. *BBC News*, World Australia, 14 April 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-australia-36012320>. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁷³² Na perspectiva moral de Barreda: “Pattaramon, como una prueba más de los vínculos afectivos de la madre gestante hacia su hijo, se quedó con Gammy, el niño con Síndrome de Down. Gammy es ahora, en palabras de su madre un niño sociable, amable y muy querido por todos, un niño normal que necesita amor como todas las personas humanas”. BARREDA, Nicolás Jouve De La. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada - biomedical perspective of the surrogate motherhood. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII 2º/2017, 153-162, p. 161.

⁷³³ JUSLAWS & Consult International Law Firm. *New Surrogacy Law in Thailand*. Disponível em: https://juslaws.com/news-legal-articles-thailand/new-surrogacy-law-in-thailand.php?device=c&network=g&position=&gclid=EA1aIQobChMI6N2yr6S86AIVwoORCh1atA4bEAAYA_SAAEgI3n_D_BwE. Acesso em: 28 mar. 2020.

Acredita-se que a maternidade deve ser legalmente definida em favor de quem planeja o projeto parental, de quem idealiza a gravidez, pois é quem está exercendo seu direito fundamental ao livre planejamento familiar⁷³⁴. Não importa, ao final, quem gestou ou quem doou o óvulo, o avanço biotecnológico impõe a atualização do direito das famílias para reconhecer o vínculo de filiação principalmente pelo critério afetivo, em detrimento do genético e/ou gestacional, que, algumas vezes (e cada vez mais) restará irrelevante, como já acontece na definição da paternidade. Quando coincidir o aspecto afetivo do projeto parental com o genético e/ou gestacional, esses dois últimos serão desimportantes, posto que já definida a filiação pelo primeiro.

Atualmente, apesar dessa indefinição da maternidade, é possível utilizar o artigo 1.593 do Código Civil como referência para sua conceituação a partir do projeto parental: “[o] parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*”. Tepedino e Brochado explicam que “há parentesco consanguíneo quando duas ou mais pessoas se originam de um ancestral comum; há parentesco civil quando o vínculo é estabelecido não por laços de sangue, mas por ato jurídico voluntário, isto é, adoção, ou estabelecimento de vínculos de socioafetividade”⁷³⁵.

Além de poder ser amoldado pela socioafetividade, o espaço aberto pela cláusula geral “outra origem” permite adequar a idealização do projeto parental, independentemente de critério genético ou gestacional, parentalidade essa, inclusive, que já define a filiação pelo procedimento de adoção⁷³⁶. Ademais, a perspectiva de filiação pós Constituição de 1988 passou a ser interpretada pela plena igualdade entre filhos e pelos laços de afetividade acima dos biológicos, como já demonstrado anteriormente⁷³⁷.

⁷³⁴ O direito fundamental ao livre planejamento familiar é aprofundado mais adiante, no tópico 5.5.2. “Ofensa ao livre planejamento familiar”.

⁷³⁵ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil*. Direito de Família. 2ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 215.

⁷³⁶ Aliás, há importantes julgados nos tribunais superiores reconhecendo a filiação a partir de “outra origem” em reprodução assistida, como aqui se defende. O REsp 1608005/SC é um exemplo paradigmático: “[...] 2. ‘A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante’. (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil). 3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar. 4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança. 5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito ‘ou outra origem’ do art. 1.593 do Código Civil. 6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança.” (STJ, REsp 1608005/SC, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgamento em 14/05/2019, publicação em 21/05/2019).

⁷³⁷ Cf. tópico anterior, 5.2.2. “Filiação e maternidade”.

Mesmo com a previsão desse artigo - o qual já deve ser entendido e aplicado de imediato para definir a filiação na gestação de substituição no país - entende-se que é necessário e possível, sem afetar a hermenêutica civil brasileira da filiação, positivar um artigo de lei com a definição da maternidade pela idealização do projeto parental. É essencial para garantir maior segurança jurídica às relações oriundas de TRAs que cindam as etapas antes constitutivas da maternidade.

Seja o projeto parental efetivado por meio de reprodução natural, assistida ou pela adoção, a liberdade que permite buscar a realização desse projeto “assegura a correlata responsabilidade perante o filho no tocante à assistência psicológica, moral e material” que lhe sejam inerentes⁷³⁸. E mais do que assegurar, a liberdade de planejamento familiar exige tal assistência, por ser uma responsabilidade decorrente do exercício desse direito. A definição da maternidade pela idealização do projeto parental é a que mais respeita ao preceito do melhor interesse da criança, pela vontade da filiação e pela responsabilidade perante esse elo.

Teixeira concorda que o parto não confere à parturiente nenhum “poder de vontade”, o fato de ter gestado, não implica que a criança tenha sido querida pela gestante, não havendo necessária responsabilidade afetiva entre estes. Com a atribuição da maternidade pelo projeto parental, “[...] está-se descobrindo a maternidade de intenção, atribuindo-lhe um sentido singular: o da verdadeira maternidade. [...] Forma-se, então, um vínculo de parentesco através de um ato volitivo”⁷³⁹. A vontade, manifestada por meio do exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar, é o que deve estabelecer o vínculo de filiação⁷⁴⁰, tal como já ocorre com a paternidade atualmente.

A definição em lei desse conceito de maternidade pode minimizar consideravelmente os problemas advindos da técnica referentes à filiação, garantindo maior segurança jurídica por aumentar a previsibilidade de solução em eventuais casos conflitivos.

Em nenhuma espécie de celebração contratual há a certeza de que as partes vão cumprir o contratado, há apenas a expectativa de que se cumpra, de ambas as partes. Logo, pode haver conflito negativo ou positivo de maternidade e, ocorrendo atualmente, deve-se considerar a definição da filiação pela idealização do projeto parental com base na cláusula geral do artigo 1.593 do Código Civil. Mas é essencial às pessoas que se submetem a TRA que haja

⁷³⁸ SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução Humana e Direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. Ebook. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, posição 221, paginação irregular.

⁷³⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 319.

⁷⁴⁰ No mesmo sentido, SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução Humana e Direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. Op. Cit..

conceituação expressa em lei sobre a maternidade, para que sua fixação, em casos de conflito, não dependa de interpretação de cláusula geral por parte de aplicadores do direito. É temerário depender do judiciário para, em eventual quebra contratual, determinar qual o vínculo de filiação com a criança; por mais que tal definição seja questão de ordem pública, não há parâmetro legal bem definido, ainda havendo brechas para definições conservadoras da maternidade pela gestação.

Outro benefício que a definição legal da maternidade pelo projeto parental pode trazer é o incentivo à maior reflexão de ambos os lados antes da celebração do contrato, o que pode diminuir a probabilidade de conflito positivo ou negativo de maternidade. Isso porque, mediante o acesso à informação, já é possível às partes anteverem a solução trazida pelo judiciário para esses conflitos. Logo, os pais idealizadores já saberão que não adiantará se negarem a receber a criança da gestante, pois já é seu filho e já terão responsabilidades perante o vínculo. Do mesmo modo, a gestante refletirá mais acerca da sua capacidade de entregar a criança ao final da gestação - o que é tão temido socialmente -, considerando já saber que não há chances de ser considerada mãe. Em teoria, parece funcionar bem.

Há um Projeto de Lei em atual tramitação no Congresso Nacional desde 2019 que tem como mote central essa preocupação. Apresentado pelo deputado Afonso Motta (PDT/RS), o PL 5768/2019, visa acrescentar dispositivos ao Código Civil, no intuito de “estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestação de substituição”⁷⁴¹.

O artigo a ser incluído reconhece legalmente o que já é definido naturalmente: “[a] maternidade será presumida pela gestação”. A despeito disso, em seu parágrafo único dispõe que, em caso de utilização de TRA, “a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”⁷⁴².

Pode-se dizer que o projeto atende à expectativa do presente texto no que tange à definição da maternidade, posto que prevê, por fim, a definição da maternidade a quem planejou a gestação. Todavia, há que se observar sua incongruência, pois seria muito mais eficaz dispor, direta e tão somente, que a maternidade será definida pela idealização do projeto parental. Dessa forma, seria irrelevante se quem idealizou a gravidez utilizou de interposta pessoa para gestar

⁷⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5768/2019. *Acrescenta dispositivos à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestão de substituição*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227733>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁷⁴² “Art. 1.597-A”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5768/2019. *Op. Cit.*, p. 01.

a criança ou para gerá-la (por doação de gametas), importando tão somente quem planejou e esperou pela criança.

5.3. Declaração de Nascido Vivo e o Provimento CNJ nº 63 de 2017

Como mencionado anteriormente, a Declaração de Nascido Vivo é o primeiro documento de identificação civil da criança recém-nascida e, apesar de seu conteúdo não ser vinculante, deve ser levado pelos responsáveis ao cartório para gerar a certidão de nascimento.

Na declaração, como já mencionado, não há local para constar informações acerca da utilização de TRAs e o local em que se deve constar dados sobre a mãe é o mesmo em que se inscreve sobre a gestante⁷⁴³. Isso gera um grave problema, principalmente na gestação de substituição, já que há espaço na legislação para se definir a maternidade pelo parto, o que pode ser enfatizado por essa declaração⁷⁴⁴. Como já mencionado, o documento está em vias de ser alterado, devendo ser inserido espaço para constar, separadamente, dados da parturiente, da(s) mãe(s) e/ou do pai(s)⁷⁴⁵.

O Conselho Nacional de Justiça editou os provimentos nº 52, em 2016, e, em seguida, o nº 63 em 14 de novembro de 2017, que revogou o anterior. Entre outras coisas, este documento visa regular a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva e o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos havidos por reprodução assistida⁷⁴⁶.

A seção III da resolução começa prevendo a obrigatoriedade de registro do nascimento de criança nascida por meio de TRA, cujo assento se dará no “Livro A”, independentemente de autorização judicial prévia⁷⁴⁷. A solicitação deve ser feita por ambos os pais ou por apenas um

⁷⁴³ Conferir: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de Instruções para o preenchimento da Declaração de Nascido Vivo: Normas e Manuais Técnicos*. Brasília, Distrito Federal, 2011. p. 22. Disponível em: http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst_dn.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020, p. 24.

⁷⁴⁴ Como já informado no tópico “5.2.2. Filiação e maternidade”, em junho de 2021, Gilmar Mendes determinou que o Ministério da Saúde regularize a Declaração de Nascido Vivo, fazendo constar espaços para nomear a mãe, o pai e a parturiente, em atenção à população LGBTQIA+. A determinação deveria ter sido atendida em 30 dias, mas segue até a atualidade sem cumprimento. Tal mudança muito auxiliará na resolução dos conflitos de maternidade aqui relatados, mas ainda não será o suficiente, sendo necessário lei específica ou alteração no capítulo de filiação do Código Civil Brasileiro. Para maiores informações, remete-se ao tópico mencionado.

⁷⁴⁵ Cf. tópico “5.2.2. Filiação e maternidade”, a respeito da decisão do Min. Gilmar Mendes na ADPF 787/DF.

⁷⁴⁶ CONSELHO Nacional de Justiça. Provimento Nº 63 de 14/11/2017. *Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida*. DJe/CNJ nº 191, de 17/11/2017. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁷⁴⁷ Art. 16, *caput*. CONSELHO Nacional de Justiça. Provimento Nº 63 de 14/11/2017. *Op. Cit.*, p. 6.

deles, quando casados ou em regime de união estável⁷⁴⁸. E quando os pais idealizadores forem um casal homoafetivo, o registro deve ser adaptado de modo a não constar distinção quanto a ascendentes paternos e maternos⁷⁴⁹.

A maior preocupação, contudo, se refere à reprodução assistida heteróloga, ou seja, àquela que utiliza de gametas estranhos ao casal heteroafetivo e única técnica possível para casais homoafetivos e projetos parentais solos. E isso decorre exatamente da fragilidade da declaração de filiação que, nessas técnicas de RA, perde a certeza e pode se fragmentar em genética, socioafetiva e, ainda, gestacional, em caso de gestação de substituição.

Para o registro, os responsáveis devem estar de posse de uma série de documentos: a Declaração de Nascido Vivo; uma declaração do diretor técnico da clínica em que se realizou a reprodução assistida, constando os nomes dos beneficiários da técnica e indicando que o recém-nascido fora gerado por reprodução assistida heteróloga; e, sendo o caso, certidão de casamento ou o comprovante de união estável⁷⁵⁰.

Além disso, quando houver gestação de substituição, deve ser apresentado um termo de compromisso firmado pela doadora do útero, em que ela esclareça “a questão da filiação”⁷⁵¹. A necessidade de esclarecimento da filiação decorre exatamente do fato de ainda não se ter definição legal da maternidade a partir da idealização, e de ser a gestante originalmente considerada a mãe da criança que dela nasce, inclusive constando como mãe na Declaração de Nascido Vivo.

Apesar de se dever extrair do artigo 1.593 do CC a definição jurídica da maternidade em casos de TRA, a pessoa que idealiza a gravidez depende da boa-fé da gestante de, ao final, manter o acordo e entregar a criança, declarando, por espontânea vontade, não ser a mãe. De modo oposto, a gestante também depende da boa-fé de quem idealizou, para que não desista de receber a criança e não a abandone, por estar a gestante naturalmente atrelada à maternidade.

Esses conflitos de filiação positivos e negativos obrigatoriamente serão resolvidos em juízo, gerando desgastes a todos os envolvidos, principalmente à criança. Evidentemente, a execução da TRA vem documentada, com contratos e demais provas, mas, independente do resultado ao final da peleja, o simples contingente judicial já é maléfico.

⁷⁴⁸ Art. 16. §1º. *Ibid.* p. 6.

⁷⁴⁹ Art. 16. § 2º. *Ibid.* p. 6.

⁷⁵⁰ Art. 17. *Ibid.* p. 6-7.

⁷⁵¹ Art. 17 [...] § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

Quanto à doação de gametas, o provimento nº 52 de 2016, que antecedeu ao vigente nº 63 de 2017 e que foi por ele revogado, previa a obrigatoriedade do médico responsável pela técnica de informar o nome e demais dados sigilosos dos doadores, contrariando diretamente o caráter sigiloso da prática⁷⁵². O CFM⁷⁵³ e a ANVISA⁷⁵⁴ dispõem sobre a obrigatoriedade de sigilo quanto aos dados de doadores, visando assegurar que não sejam implicados em nenhuma obrigação jurídica ou social em relação aos embriões gestados. O CFM, contudo, em sua nova resolução, a nº 2.294/21, alterou esse entendimento antes absoluto, para aceitar a exceção da doação feita por parentes até o 4º grau de parentesco⁷⁵⁵, ocasião em que os doadores serão obviamente conhecidos. Apesar disso, não há que se reconhecer vínculo de filiação entre doadores e criança gerada, considerando que tal vínculo deve ser estabelecido pela idealização do projeto parental, observando-se o artigo 1.593 do Código Civil⁷⁵⁶.

Os provimentos foram de suma importância para orientar o registro de nascimentos a partir de técnicas de reprodução assistida, inclusive obrigando os cartórios a esses registros, não pode haver recusa⁷⁵⁷.

⁷⁵² Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: [...] II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários; CONSELHO Nacional de Justiça. *Provimento nº 52 de 15/03/2016*. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. DJe/CNJ, nº 43, de 15/03/2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2514>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁷⁵³ “4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a).”, item 4.

⁷⁵⁴ Art. 15. A doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo garantir o sigilo, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido; §1º Toda a informação relativa a doadores e receptores de células, tecidos germinativos e embriões deve ser coletada, tratada e custodiada no mais estrito sigilo. §2º Não pode ser facilitada nem divulgada informação que permita a identificação do doador ou do receptor. §3º Na doação anônima, o receptor não pode conhecer a identidade do doador, nem o doador a do receptor. §4º As autoridades de vigilância sanitária podem ter acesso aos registros para fins de inspeção e investigação. §5º Em casos especiais, por motivo médico ou jurídico, as informações sobre o doador ou receptor podem ser fornecidas exclusivamente para o médico que assiste o receptor, resguardando-se a identidade civil do doador. [...]. MINISTÉRIO da Saúde Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução - RDC Nº 23, de 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Disponível em: <file:///E:/Downloads/resoluo%20rdc%20n%2023%202011%20-%20banco%20de%20clulas%20e%20tecidos%20germinativos%20bctg%20republicada.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁷⁵⁵ A justificativa: “Levando em consideração o número significativo de decisões judiciais a favor da doação de gametas entre parentes, a Resolução mantém a determinação de anonimato entre doador e receptor, exceto em doação de gametas para parentesco de até quarto grau, desde que não incorra em consanguinidade”.

⁷⁵⁶ O Provimento 63/17 do CNJ dispõe expressamente sobre isso no § 4º do artigo 2º, cujo texto remanesce do anterior: “[o] conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.”

⁷⁵⁷ Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento. CONSELHO Nacional de Justiça. *Op. Cit.* p. 7.

Antes de tais provimentos, era comum que os pedidos de registros fossem feitos mediante ordem judicial, por demanda dos próprios cartórios e/ou segurança do envolvidos. Rettore, acerca do tema, apresenta dois casos emblemáticos anteriores ao surgimento dos provimentos do CNJ⁷⁵⁸, aos quais se buscou acesso.

O primeiro deles, ocorrido em 2011, um julgamento de Agravo de Instrumento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo a possibilidade de uma mulher idealizadora da gravidez registrar duas crianças gestadas na barriga de sua irmã, por meio da gestação de substituição. O fundamento jurídico da curta decisão foi reconhecendo o vínculo socioafetivo, a filiação determinada pelo projeto parental, como “fruto exclusivo da vontade”. O cartório havia se negado a proceder ao registro, argumentando a inexistência de vínculo gestacional e genético com as crianças (uma vez que os óvulos eram de doadora anônima) e o vácuo legislativo acerca do tema⁷⁵⁹.

Da mesma forma, em 2014, houve negativa no registro de uma criança havida por gestação de substituição, por parte de um cartório em Três Lagoas, no Mato Grosso do Sul, e o judiciário se manifestou da mesma forma, em um procedimento de suscitação de dúvida. A juíza da Vara de Registros Públicos, antecedendo aos Provimentos do CNJ, reconheceu que a maternidade e o vínculo de filiação não devem ser adstritos ao vínculo biológico ou gestacional, “é necessário encontrar novos referenciais, pois não se pode buscar na verdade jurídica ou na realidade biofisiológica a identificação dos vínculos familiares”. Na decisão, a juíza enfatiza que a relação parental é principalmente um fato de opção, e não só um ato físico, extrapola os aspectos meramente biológicos. Como fundamento jurídico, conclui que o “avanço no campo dos procedimentos de fertilidade acabou com a presunção de que a maternidade é sempre certa devendo o registro civil acompanhar essa evolução”⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. *Gestação de substituição no Brasil: a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁷⁵⁹ Em parte do acórdão: “[...] o fato de que o nascimento resultou de fertilização heteróloga em que teriam sido utilizados óvulos de uma doadora desconhecida e sêmen do autor, não afasta de plano a pretensão da autora [nome] de ter registrados, como seus filhos, os infantes [nome] e [nome], nascidos do útero de substituição de sua irmã [nome]. Isso porque há muito está superada a noção de que o reconhecimento da maternidade/paternidade decorre exclusivamente da existência de vínculo biológico ou gestacional, sobrelevando, em muitos casos, a maternidade/paternidade socioafetiva, fruto exclusivo da vontade, e não da genética. Esse elemento social e afetivo da maternidade sobressai-se em casos como o dos autos em que o nascimento das crianças decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida (com fertilização in vitro e gestação em útero de substituição) e solidariedade familiar. O pleito, portanto, é perfeitamente viável [...]” Optou-se por ocultar os nomes, apesar do feito ser público. TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento, nº 70043541341, Oitava Câmara Cível, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 31-08-2011, publicado em 29-11-2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁷⁶⁰ Na sentença, que desafia o Código Civil Brasileiro, consta: “Nada mais autêntico do que reconhecer como pais aqueles que agem como pais, que dão afeto, que asseguram proteção e garantem a sobrevivência. É necessário

Fato é que ambas as decisões foram acertadas, e possivelmente amparadas sob a mesma lógica que funda a cláusula geral do artigo 1.593 do Código Civil. Mas isso revela a urgência de se adaptar a conceituação legal para acompanhar a nova realidade das famílias. Decisões diversas nesses casos, seriam um descalabro jurídico, um retrocesso.

É possível perceber que, a despeito da legislação incipiente, o Provimento nº 63 do CNJ tem contribuído para a efetivação do registro de crianças nascidas por meio da utilização de TRA, assegurando direitos, mormente o de planejamento familiar, e garantindo maior segurança ao estado de filiação.

5.4. As resoluções do Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia criada na década de 1950, por meio da Lei 3.268 de 1957⁷⁶¹, juntamente com os Conselhos Regionais. Autarquia, em suma, é um instituto da administração pública indireta, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, que realiza atividades do Estado próprias de entidades de direito público, como fundações e agências executivas e/ou reguladoras⁷⁶².

O artigo 2º da mencionada lei dispõe que é de competência do CFM e dos conselhos regionais supervisionar a ética profissional em todo o país, julgando e disciplinando a classe profissional, “cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente⁷⁶³”. Logo, vê-se que a lei confere ao CFM funções normativas válidas para o controle e orientação ética e profissional daqueles que estão sujeitos à sua jurisdição, profissionais da medicina.

encontrar novos referenciais, pois não mais se pode buscar na verdade jurídica ou na realidade bio-fisiológica a identificação dos vínculos familiares”. TRIBUNAL de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Vara da Fazenda Pública de Registros Públicos de Três Lagoas. Juíza de Direito Aline Beatriz de Oliveira Lacerda. Julgado em: 18-12-2014. Demais dados do processo estão em sigilo. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/11-MINICURSO.Sentenca-TJMS-Registro.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁷⁶¹ BRASIL. *Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁷⁶² PORTAL dos órgãos públicos. *O que são autarquias?* 13 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.portaldosorgaospublicos.com.br/o-que-sao-autarquias/>. Acesso em 16 mar. 2020.

⁷⁶³ Art. 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

A difusão e profusão das técnicas de reprodução assistida fizeram surgir a necessidade de se criar normas éticas que orientassem a atuação e prática da classe médica na área, principalmente diante da inércia do poder legislativo, e o CFM assim o fez.

A seguir, serão apresentados aspectos de cada uma das resoluções acerca do tema, que, direta ou indiretamente, refiram-se à técnica de gestação de substituição; seguindo-se, após, a análise crítica do conteúdo.

5.4.1. Resolução nº 1.358 de 1992

No início da década de noventa, o CFM editou a primeira resolução visando orientar a classe médica sobre o tema, a Resolução nº 1.358/1992, como “dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos”⁷⁶⁴.

Pioneira e considerada até revolucionária à época, entrou em vigor apenas quatro anos após mudança paradigmática trazida pela Constituição Federal de 1988, a qual impossibilitou a concepção limitada de família prevista no Código Civil de 1916, vigente à época. Este diploma estabelecia a família tradicionalista: “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica e institucional, vista como unidade de produção e de reprodução”, da qual adviriam os filhos legítimos, sendo considerados ilegítimos os havidos fora dele⁷⁶⁵. A Constituição Federal mudou essa perspectiva, a partir de seus artigos 226 e 227, dando espaço para diversas interpretações e definições de família a partir de então⁷⁶⁶.

No tópico VII, o CFM dispôs sobre a gestação de substituição, iniciando com a condicionante de existir “um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética”⁷⁶⁷.

Com isso, percebe-se que a técnica, por limitação do CFM, só poderia ser adotada por mulher, e que dela deveria vir o óvulo fecundado a ser inserido na mulher que prestaria o útero

⁷⁶⁴ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, Seção I, p.16053. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

⁷⁶⁵ Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos. BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 mar. 2020.

⁷⁶⁶ Em atenção a isso, vários doutrinadores civilistas já nomeiam suas obras técnicas sobre família como “Direito das Famílias”, não mais “de família”, como se existisse uma só forma. Maiores informações sobre essa mudança, cf. SOUZA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52, número 205, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p71.pdf. Acesso em 18 out. 2020.

⁷⁶⁷ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. Op. Cit. Seção VII.

substituto, não sendo admitido óvulo de terceira pessoa doadora, ou da gestante. A técnica poderia ser utilizada por casais heterossexuais ou mulheres em projeto parental solo⁷⁶⁸, sendo esta, de fato, uma previsão vanguardista.

Ademais, a resolução previa que só poderiam emprestar o útero as mulheres que pertencessem à família da doadora genética, ou seja, da mulher que idealizasse a gravidez. E esse parentesco era limitado até o segundo grau (mãe, filha, avó, neta e irmã), devendo os demais casos ser analisados e autorizados pelo Conselho Regional de Medicina (CRM)⁷⁶⁹.

Desde essa primeira resolução, e esse é o ponto fulcral de debate, já está vetado o caráter lucrativo ou comercial da gestação de substituição, impedindo a gestante de receber contraprestação financeira para gestar por terceiros⁷⁷⁰. Também foi determinado - e permaneceu até a atualidade, recebendo exceção apenas na última resolução - o caráter sigiloso das doações de gametas, mantendo doadores e receptores no anonimato⁷⁷¹. Mas, lembra-se, àquela época só era possível doação de espermatozoide para casos que envolvessem o uso da técnica de gestação de substituição, já que o óvulo viria obrigatoriamente da idealizadora da gravidez, “doadora genética”⁷⁷².

A norma permaneceu em vigor por 18 anos, até ser revogada pela Resolução nº 1.957/2010.

5.4.2. Resolução nº 1.957 de 2010

Essa resolução entrou em vigor substituindo a anterior, considerando, em seus termos, a necessidade de dispor sobre modificações a avanços relativos à reprodução assistida⁷⁷³. Contudo, no que se refere à técnica de gestação de substituição, não houve qualquer alteração, mantendo-se integralmente o texto e as orientações do conselho sobre a prática.

⁷⁶⁸ II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA. 1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado. 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

⁷⁶⁹ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. *Op. Cit.* Seção VII, item 1.

⁷⁷⁰ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. *Op. Cit.* Seção VII, item 2.

⁷⁷¹ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. *Op. Cit.* Seção IV, item 3.

⁷⁷² VII [...] 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.358/1992*. *Op. Cit.* Seção VII, item 1.

⁷⁷³ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.957/2010*. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

No ano seguinte ao advento dessa norma, o ordenamento jurídico brasileiro passou por um grande e importante avanço ao reconhecer a união estável homoafetiva, o que trouxe a necessidade de modificá-la.

5.4.3. Resolução nº 2.013 de 2013

Após o Supremo Tribunal Federal reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, por meio do julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132 em 2011⁷⁷⁴, o CFM viu a necessidade e importância de modificar suas normas acerca das TRA, com vistas a abranger esses casais que nelas tivessem interesse, e o fez por meio da Resolução 2.013 de 2013⁷⁷⁵.

Sendo assim, no que tange à gestação de substituição, a previsão condicionante de indicação da técnica passou a incluir, além dos casos em que haja “problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética”, também a possibilidade “em caso de união homoafetiva”⁷⁷⁶. Destarte, pela norma, mulheres e casais homoafetivos poderiam fazer uso da técnica, mas ainda não os homens em projeto parental solo.

Contudo, houve uma limitação às mulheres que poderiam ser candidatas à gestação por meio de RA, não se permitindo mais que mulheres com idade acima de 50 anos fossem submetidas às práticas⁷⁷⁷, o que será melhor analisado em tópico adiante. A mesma imposição de idade foi feita às mulheres que poderiam prestar a gestação de substituição: só podem atuar como gestantes substitutas mulheres com idade até 50 anos⁷⁷⁸. Foi estabelecido limite de idade também às doadoras de óvulos, 35 anos e aos doadores de espermatozoides, 50 anos⁷⁷⁹. Essa previsão continua vigente, mas, atualmente, é possível haver exceções quanto às pacientes e cedente de útero⁷⁸⁰, as quais serão avaliadas pelo médico responsável.

⁷⁷⁴ Cf. NOTÍCIAS STF. *Supremo reconhece união homoafetiva*. 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 14 mar. 2020.

⁷⁷⁵ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013/2013*. Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p.119. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

⁷⁷⁶ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013/2013*. *Op. Cit.* Seção VII.

⁷⁷⁷ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013/2013*. *Op. Cit.* Seção I, item 2.

⁷⁷⁸ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013/2013*. *Op. Cit.* Seção VII, item 2.

⁷⁷⁹ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013/2013*. *Op. Cit.* Seção IV, item 3.

⁷⁸⁰ 3.1 A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos. 3.2 As exceções a esse limite serão aceitas com base em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando a autonomia da paciente e do médico. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021*. Seção I, item 3.

Essa resolução passou a permitir que mulheres da família de um dos parceiros idealizadores da gravidez pudessem ser gestantes substitutas, não mais apenas da família da doadora genética, e o parentesco passou a ser até o quarto grau (não mais segundo grau), incluindo, assim, tias e primas⁷⁸¹. A possibilidade de haver casos sem atender a esses requisitos continuou, desde que analisados e aprovados pelos conselhos regionais⁷⁸². Também continuou vigente a proibição de caráter lucrativo ou comercial da prática, sem qualquer ressalva⁷⁸³.

Além disso, foi incluído um terceiro item, em que se previa a obrigatoriedade de constar alguns documentos e observações no prontuário, visando garantir maior segurança jurídica entre a mulher ou o casal idealizador e a mulher gestante substituta:

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

Tais documentos e informações visavam, prioritariamente, evitar conflitos positivos e negativos de maternidade, bem como garantir maior acesso à informação à gestante, de modo a assegurar que seu consentimento seja informado⁷⁸⁴. Além disso, é de se notar a preocupação com a saúde mental e psicológica unicamente da gestante (arrisca-se dizer, pelo receio de surgir um possível “amor materno”), o que muda nas próximas resoluções.

⁷⁸¹ A partir da Resolução nº 2013/2013, passou-se a especificar parentesco “consanguíneo”, o que não havia antes. LEITE, Tatiana Henriques. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, 24(3):917-928, 2019, p. 925.

⁷⁸² CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013/2013. Op. Cit.* Seção VII, item 1.

⁷⁸³ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013/2013. Op. Cit.* Seção VII, item 2.

⁷⁸⁴ Sobre o consentimento informado, consultar tópicos 2.4.

5.4.4. Resolução nº 2.121 de 2015

Em 2015, novamente houve alteração das normas referentes às TRAs, com a revogação da resolução supra pela Resolução nº 2.121/2015⁷⁸⁵. Praticamente todas as normas definidas na resolução de 2013 foram mantidas, apresentando apenas algumas modificações textuais e pontuais. A idade limite das mulheres envolvidas na técnica de gestação de substituição continua limitada a 50 anos, apesar da mudança na forma textual⁷⁸⁶, e 35 anos para doadoras de gametas⁷⁸⁷. Os demais requisitos exigidos também se mantiveram: ser a gestante substituta parente até o quarto grau de um dos idealizadores, bem como não poder cobrar qualquer contraprestação pela prática.

Quanto aos documentos, o relatório médico sobre o perfil psicológico, apto a atestar a adequação clínica e emocional da gestante, passou a ser obrigatório para todos os envolvidos, obrigando também a(s) pessoa(s) que idealiza(m) a gravidez, não mais apenas a gestante. O “contrato” acerca da filiação celebrado entre estes foi renomeado, passando agora à nomenclatura “termo de compromisso”. Ainda, retiraram a previsão de impossibilidade de interromper a gravidez após iniciado o processo gestacional (mas, ressalta-se, o aborto é crime tipificado no Código Penal, em suas diferentes formas, nos artigos 124 a 126)⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.121/2015*. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

⁷⁸⁶ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.121/2015*. *Op. Cit.* Seção I, itens 2 e 3. “2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos. 3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos”.

⁷⁸⁷ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.121/2015*. *Op. Cit.* Seção IV, item 3.

⁷⁸⁸ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.121/2015*. *Op. Cit.* Seção VII, item 3. “3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.”

5.4.5. Resolução nº 2.168 de 2017

Dois anos depois, uma nova resolução foi editada e permaneceu vigente até recentemente, sendo substituída em junho de 2021. A Resolução 2.168/2017⁷⁸⁹ manteve integralmente as limitações anteriores, mas apresentou algumas modificações. A começar pelo título da seção VII, que desde a primeira resolução é dedicada à gestação de substituição. Foi substituído o termo *doação* por *cessão*, passando, então para “cessão temporária do útero”, e não mais “doação temporária do útero”, como em todas as resoluções anteriores.

Essa alteração, apesar de não ter sido justificada, pode induzir uma mudança paradigmática, uma vez que o termo *doação* indica presente, dádiva⁷⁹⁰, enquanto a *cessão*⁷⁹¹ indica algo mais próximo de alienação, outorga. Contudo, lembra-se, o termo jurídico *cessão* indica sempre transferência entre as partes do objeto que é cedido⁷⁹², o que não ocorre com o útero da gestante, ele continua sob sua posse e domínio imediatos, até porque, impossível o contrário.

Além disso, nessa resolução, o texto descritivo da técnica de gestação de substituição foi modificado, visando permitir que a técnica seja utilizada por “doadoras genéticas”⁷⁹³ que tenham problema médico que impeça ou contraindique a gestação, por casais homoafetivos e também por “pessoas solteiras”, abrangendo, finalmente, homens que tenham projeto parental

⁷⁸⁹ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 14 mar. 2020.

⁷⁹⁰ DOAÇÃO. *Sinônimos* - dicionário de sinônimos online. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/doacao/>. Acesso em 17 mar. 2020.

⁷⁹¹ CESSÃO. *Sinônimos* - dicionário de sinônimos online. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/cessao/>. Acesso em 17 mar. 2020.

⁷⁹² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 157. No mesmo sentido, Caio Mário afirma ser a *cessão* o nome comumente atribuído à relação de compra e venda de bens incorpóreos, também obriga a transferência de domínio. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. MULHOLLAND, Caitlin (atualiz.) 22ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2018, paginação irregular, tópico 217. Também Rosenvald e Farias concordam ao disporem sobre a cessão de crédito: “É que a cessão se aproxima da compra e venda, pois o cedente transfere onerosa (venda) ou gratuitamente (doação) o seu crédito contra o cedido, tornando-se o cessionário o novo proprietário do crédito”. ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. Contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4, p. 623.

⁷⁹³ Ressalta-se o erro incorrido ao mencionar ser cabível apenas às “doadoras genéticas” que não podem gestar, induzindo à falsa conclusão (falsa, considerando não haver essa limitação na prática) de que a técnica só seria cabível para mulheres que dispuserem do próprio óvulo para ser gestado por outrem. Na verdade, é permitida também, como já se sabe nesse momento, para mulheres que sub-rogam a gestação e que, ao mesmo tempo, também necessitam receber doação de óvulo.

solo, já que antes, pela literalidade, restringia apenas a mulheres nessa circunstância⁷⁹⁴. No final de 2020, uma modificação implementada pela resolução 2.223/2020 fez constar expressamente que o uso TRAs também é permitido a pessoas transgêneras⁷⁹⁵.

Os documentos e informações que devem obrigatoriamente constar no prontuário continuam os mesmos, modificando apenas alguns termos⁷⁹⁶.

A Resolução vigeu por quatro anos e fora substituída pela recente Resolução 2.294, que entrou em vigor dia 15 de junho de 2021, e trouxe poucas, mas sintomáticas modificações.

5.4.6. Resolução nº 2.294 de 2021⁷⁹⁷

Com a publicação da Resolução 2.294/21, poucas coisas mudaram, mas houve uma importante alteração que, além de impactar no antes obrigatório sigilo quanto aos doadores de gametas, pode alterar a forma como a gestação de substituição vem sendo aplicada no país. Passou-se a admitir que parentes até o quarto grau doem gametas à(s) pessoa(s) idealizadora(s) da gravidez. Isso faz com que esse(a) doador(a) seja conhecido por quem idealiza o projeto parental e, eventualmente, até pela criança gestada⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. Seção II, itens 1 e 2. “As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira”.

⁷⁹⁵ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.223/2020*. Altera a redação do item 2 do inciso II, “Pacientes das técnicas de RA”, da Resolução CFM nº 2.168/2017, aprimorando o texto do regulamento de forma a tornar a norma mais abrangente e evitar interpretações contrárias ao ordenamento jurídico. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁷⁹⁶ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. *Op. Cit.* Seção VII, item 3. “3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente: 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.”

⁷⁹⁷ Atualização pós banca de defesa: Entre a defesa da presente tese e seu depósito final, o CFM alterou, mais uma vez, sua resolução interna sobre o tema de Reprodução Assistida. Ao todo, durante o processo de pesquisa do doutorado, foram quatro alterações de resolução, com revogação da anterior: Resolução 2.121/2015, Resolução 2.168/2017, Resolução 2.294/2021 e, agora (após a defesa), Resolução 2.320/2022. No entanto, em relação à gestação de substituição e demais temas relacionados, nada foi alterado (exceto pela forma de escrita no primeiro parágrafo).

⁷⁹⁸ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. *Op. Cit.* Seção IV, item 2. Mas, lembra-se, não se pode defender que haja vínculo de filiação entre estes, já que, nesse caso, ele é estabelecido pelo projeto parental. E, inclusive, o Provimento 63/17 do CNJ relembra: Art. 2º [...] § 4º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida”.

A partir de agora, sendo possível conhecer a doadora do óvulo, quando dentro dessa exceção, também passa a ser possibilitado pelo CFM, já que não há previsão contrária, que a própria gestante substituta doe também seu óvulo, visto que o grau de parentesco para ambas as doações é o mesmo. Nessa situação, o vínculo, antes apenas gestacional com a criança, passa a ser também genético.

Em suma, casais hétero ou homoafetivos, pessoas solteiras, cis e trans, podem acessar a técnica, “desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação⁷⁹⁹. A mulher idealizadora da gravidez, bem como a gestante substituta, deve ter até 50 anos de idade, cabendo exceções a serem avaliadas pelo médico responsável⁸⁰⁰; a idade limite da doadora de óvulos, no entanto, subiu para 37 anos⁸⁰¹. Além da gestante substituta ter parentesco consanguíneo até o quarto grau com um dos idealizadores da gravidez, com a nova resolução, passa a ser exigido que tenha ao menos um filho vivo; mas o CRM pode avaliar e autorizar “demais casos”⁸⁰². Continua sendo proibido o caráter comercial ou lucrativo, impedindo pagamento à gestante substituta, e as clínicas passaram a ser proibidas de intermediarem sua escolha⁸⁰³.

E essa é a única normativa quanto à gestação de substituição e TRAs, tanto para regular a atividade do médico, quanto para as pessoas envolvidas que buscam a prática, incidindo diretamente nas relações decorrentes de tais técnicas. Tais resoluções, há 30 anos, são elaboradas por um conselho profissional – e alteradas com imoderada frequência, ao seu total alvedrio - sob a justificativa de serem normas éticas, um suposto dispositivo deontológico direcionado à atividade médica. Todavia, como se pode facilmente observar, essas normas extrapolam o âmbito ético e a relação médico-paciente, afetando direitos e liberdades individuais, sem que o conselho tenha nenhuma legitimidade para tanto.

5.5. Ilegitimidade e inconstitucionalidade da regulamentação de Técnicas de Reprodução Assistida por parte do Conselho Federal de Medicina

⁷⁹⁹ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021. Op. Cit.* Seção VII. Atualização pós banca de defesa: Na nova Resolução, a de nº 2.320/2022, o texto passou a ser “desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação”, não alterando nada na prática.

⁸⁰⁰ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021. Op. Cit.* Seção I, itens 3.1 e 3.2.

⁸⁰¹ A idade limite do homem, ao contrário, diminuiu para 45 anos. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021. Op. Cit.* Seção IV, item 3.

⁸⁰² CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021. Op. Cit.* Seção VII, item 1.

⁸⁰³ Previsão essa, no mínimo, curiosa. Já que a “cedente do útero” tem de ser da família, seria naturalmente desnecessário tal intermédio. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021. Op. Cit.* Seção VII, item 2.

Como visto, o Conselho Federal de Medicina vem regulamentando as técnicas de reprodução assistida desde o início da década de noventa, de modo autônomo e insubordinado a leis sobre o tema. Contudo, tais resoluções são, desde então, inconstitucionais e sem validade legal *erga omnes*, pelos motivos que se discorrerá adiante.

5.5.1. *Afronta ao princípio da legalidade*

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas seguem uma lógica estruturalmente hierarquizada, existem normas superiores e inferiores, e estas devem estar fundamentadas e em conformidade com aquelas, que estão previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Além das leis só serem válidas se seu conteúdo estiver consonante com a Constituição, também sua edição deve seguir os preceitos e procedimentos por ela determinados⁸⁰⁴.

O princípio da reserva legal, como uma das expressões do princípio da legalidade, está previsto como preceito fundamental no inciso II do artigo 5º da CF/88, sendo um direito fundamental do cidadão em proteção à sua liberdade. Ele dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em conformidade, pode-se dizer que às pessoas é permitido fazer aquilo que a lei não as impede, respeitando as liberdades individuais de terceiros, e o Estado, por outro lado, pode fazer apenas aquilo que a lei o permite.

De acordo com seu sentido mais convencional, o princípio da reserva legal, exige que a administração pública intervenha em casos concretos apenas se tiver sido autorizada por lei ou pelo menos haja com base nela⁸⁰⁵. Para Gomes Canotilho, o “princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido [...], mas sim o de que os órgãos do Estado só têm competência par fazer aquilo que a constituição lhes permite”⁸⁰⁶.

Para o referido autor, a reserva legal é concretizada, na verdade, por dois preceitos que dela descendem, sendo um deles o princípio da constitucionalidade de restrições a direitos, liberdades e garantias. Acentua: no “âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a reserva de constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas diretamente pela

⁸⁰⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria história e métodos de trabalho. *Ebook*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, paginação irregular, *cf.* Tópico 1.1. Supremacia constitucional.

⁸⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. *Ebook*. São Paulo: Saraiva, 2018, paginação irregular, *cf.* tópico “Princípio do Estado Democrático e Socioambiental de Direito”.

⁸⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 247.

constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela constituição”⁸⁰⁷.

A reserva legal se mostra especialmente importante aqui por isso, por determinar que, no que diz respeito a direitos fundamentais, toda e qualquer restrição deve obrigatoriamente ser veiculada pela própria constituição, ou por lei. Daí surge a aplicação da segunda regra decorrente da reserva legal, apontada por Gomes Canotilho, o princípio da tipicidade constitucional de competências, pelo qual “as funções e competências dos órgãos constitucionais do poder público devem ser exclusivamente constituídas pela Constituição”⁸⁰⁸.

Nesse sentido, o artigo 44 da Constituição prevê que o poder legislativo, no âmbito da União, é exercido pelo Congresso Nacional, composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, cujos integrantes são diretamente eleitos pelo povo⁸⁰⁹. Já o seu artigo 22 dispõe que compete à União, por meio de seu poder legislativo, legislar sobre direito civil e penal, entre outros que regulem diretamente o cidadão e a sociedade, mormente por afetarem direitos individuais e sociais⁸¹⁰.

Logo, conforme a Constituição Federal, texto ao qual toda legislação inferior deve se adequar, e em respeito ao princípio da legalidade, qualquer normativa que disponha sobre liberdades individuais e direitos fundamentais constitucionalmente previstos deve ser elaborada por processo legislativo competente para tanto, apto a analisar e ponderar esses direitos e princípios sempre à luz do texto constitucional. Quer dizer, só se pode limitar direitos e liberdades fundamentais do ser humano por lei, e só quem pode criá-las é o poder legislativo, notadamente o da União.

O que se observa das resoluções analisadas do CFM é o quanto extrapola o caráter deontológico de orientações éticas e profissionais da medicina, legislando verdadeiramente sobre direitos e liberdades fundamentais, sem que haja sequer lei legitimamente constituída sobre o tema.

⁸⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição. Op. Cit.*, p. 247. Com o que também concorda SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional. Op. Cit.*, paginação irregular, cf. tópico “Princípio do Estado Democrático e Socioambiental de Direito”.

⁸⁰⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição. Op. Cit.*, p. 248.

⁸⁰⁹ Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

⁸¹⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

Sendo o Conselho Federal de Medicina uma autarquia⁸¹¹, formada apenas por membros da classe profissional que representa, cuja competência deve se restringir a supervisionar a ética profissional no país, já é possível se observar a inconstitucionalidade de suas regulamentações sobre reprodução humana assistida, na medida em que invade liberdades individuais de cidadãos.

Ao CFM não pode ser delegada a prerrogativa de legislar e controlar as técnicas de reprodução assistida, principalmente por ser um tema jurídico-moral sensível que envolve a consideração, efetivação, limitação de direitos fundamentais do ser humano. Sequer dispõe o Conselho de representatividade democrática suficiente para tanto⁸¹². As normas deontológicas devem sempre se subordinar à legislação. Na falta dela, não pode tomar seu lugar ou suas atribuições⁸¹³.

As resoluções do CFM não têm força de lei e, por isso, não obrigam ninguém a fazer o que está nelas previsto. Suas normas devem ser voltadas tão somente à ética e à prática profissional médica. Além da limitação deontológica prevista na própria lei que originou o conselho⁸¹⁴, o artigo 1º da Resolução 2.294/2021 – teor também presente nas anteriores - dispõe que o Conselho resolve: “[a]dotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos”.

⁸¹¹ Há, inclusive, julgados do STF, de relatoria do Min. Luiz Fux reconhecendo e certificando a natureza jurídica de autarquia do CFM e dos regionais, conforme decidido no Recurso Extraordinário 653.454. Ainda, há o julgado do Mandado de Segurança 22.643, no mesmo sentido.

⁸¹² À mesma conclusão chegaram MARTEL, Letícia de Campos Velho; GONÇALVES, Artur Pessoa. Os limites e os padrões das atividades normativas do Conselho Federal de Medicina em temas jurídico-morais sensíveis no Estado constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Bioética*. Anais - X Congresso Brasileiro de Bioética; II Congresso Brasileiro de Bioética Clínica. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2013, v. 09, p. 48-49.

⁸¹³ Oliveira conclui isso, mas defende a ampliação da capacidade de autorregulação da classe, inclusive sobre normas referentes ao termo de consentimento, acreditando que os profissionais da medicina teriam mais conhecimento sobre técnicas e práticas médicas, o que faltaria ao legislador comum. Discorda-se veementemente desse ponto, pois o legislador, como representante do povo, evidentemente não conhecerá de todos os temas que necessitam serem legislados e, para contornar isso, há diversos mecanismos democráticos, como a formação de comissões técnicas que, em tese, são formadas e especializadas para debater cada tema específico. Em caso de legislação sobre o tema, pode-se convidar médicos especialistas em reprodução assistida para compor corpo técnico (sem se esquecer de estudiosos do direito ao próprio corpo e da autonomia, que seriam igualmente importantes). OLIVEIRA, Guilherme de. Auto-regulação profissional dos médicos. In: *Temas de Direito da Medicina*. OLIVEIRA, Guilherme (coord.). 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. Originalmente publicado em Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3923, 2001. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Auto-regulacao-profissional-dos-medicos.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

⁸¹⁴ Art. 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente. BRASIL. *Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

Claramente, deveria apresentar normas éticas de orientação profissional referente à atuação prática dos médicos, e que se referisse tão somente à classe. Entretanto, diversas de suas previsões ultrapassam sobremaneira aspectos éticos da medicina, ou mesmo o caráter de orientações práticas. Ao mesmo tempo, visa concretizar direitos, como do livre planejamento familiar, mas também os restringe. Travestida de norma deontológica, atravessa corpos de indivíduos livres e autônomos em um Estado Democrático de Direito, o qual afiança, mas deixa de efetivar a garantia de liberdades individuais.

A atuação legislativa do CFM, que impacta diretamente na autonomia e, por conseguinte, na dignidade humana, mitiga o princípio da legalidade, vez que não há previsão constitucional e legal dispendo competência para que assim procedesse. Como já exposto, isso, exclusivamente, já torna a Resolução 2.294/2021 e todas as anteriores, inconstitucionais⁸¹⁵, mas continuam vigendo, ano após ano, afetando a autodeterminação pessoal, a igualdade e a liberdade individual, sobretudo no que tange ao livre planejamento familiar e à livre iniciativa.

5.5.2. Afronta ao livre planejamento familiar

Na atual conjuntura democrática, que tem como fundamento a dignidade humana, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a formação familiar decorre da liberdade individual. Deixa de ser uma imposição religiosa ou uma necessidade de manutenção patrimonial⁸¹⁶ e se torna uma escolha individual, sendo sua ampliação ou manutenção uma liberalidade assegurada tão somente à pessoa ou casal.

E é nesse contexto que se percebe o direito fundamental ao livre planejamento familiar, decorrente das previsões de guarida da família no artigo 226 da CF/88⁸¹⁷. No mesmo sentido, Rodrigues e Almeida: “se a constituição familiar é direito fundamental, o é de primeira geração.

⁸¹⁵ No que se refere aos direitos fundamentais e liberdades individuais que afeta, o que não se pode dizer, pela análise aqui restrita, da parte que se refere tão somente a normas deontológicas de orientação profissional e procedimental das técnicas.

⁸¹⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Civil: Famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 04-05; 10-11. SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. *Op. Cit.* posição 221, paginação irregular. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 10.

⁸¹⁷ No mesmo sentido concluem, por exemplo: ALMEIDA, Renata Barbosa. Direito ao planejamento familiar e o choque de consentimentos sobre o uso de embriões: o caso Evans versus Reino Unido sob a égide do Direito Brasileiro. *Separata de Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito de Saúde*, ano 06, nº 12, jul-dez, 2009, p. 94. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Civil: Famílias*. *Op. Cit.*, p. 71. SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte Del Rey, 2012, p. 33. SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. *Op. Cit.*, posição 231, paginação irregular

Trata-se de liberdade individual que, por isso, impõe ao Estado e ao Direito uma postura não interventiva [...]”. Ressaltam os autores que o Estado, ao assumir essa postura de abstenção, assegura a esfera da autonomia individual, possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade: “ao sujeito há de ser dada a liberdade de escolha entre formar ou não a família e, principalmente, de fazê-lo a seu modo”⁸¹⁸.

Também Madaleno ressalta que a “formação de uma família ingressa no campo do direito fundamental da pessoa humana e de seu projeto parental [...], e sendo a procriação um direito subjetivo de cada um, tem o Estado o dever de assegurar o direito de acesso a qualquer técnica de reprodução assistida a casais hetero e homossexuais”⁸¹⁹, àqueles que assim desejarem, ou que não possam reproduzir naturalmente.

Logo, percebe-se o livre planejamento familiar como direito fundamental decorrente da própria dignidade humana enquanto autonomia, devendo essa liberdade, então, restar salvaguardada de ingerências externas. Ao indivíduo capaz de agir autonomamente é possível fazer suas escolhas, assumindo sua livre identidade na decisão pela convivência ou não com outros, estabelecendo, também por isso, seu ideal de vida boa. Em concordância, Schettini constata: a “autonomia privada ostenta o fio condutor do projeto parental, no julgamento de qual forma de vida em comum vale ou não a pena”⁸²⁰.

O §7º do artigo 226 da CF/88 prevê expressamente o referido direito ao livre planejamento familiar, amparado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, cabendo ao Estado promover recursos educacionais e científicos para que esse direito possa ser exercido sem entraves⁸²¹. E, para implementá-lo, foi promulgada a Lei 9.263/1996, pela qual se define o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”⁸²²

⁸¹⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Civil: Famílias. Op. Cit.*, p. 71.

⁸¹⁹ MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família. Op. Cit.*, p. 188.

⁸²⁰ SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa. Op. Cit.* posição 231, paginação irregular.

⁸²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁸²² Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

Depreende-se, então, que o direito ao planejamento familiar implica no livre exercício da potencialidade reprodutiva⁸²³, na livre deliberação sobre ter ou não filhos, cabendo ao Estado apenas promover o acesso à informação e aos meios pelos quais possam ser implementadas essas garantias com segurança. Esse direito “[...] só pode ser plenamente exercido diante de postura ativa, mas não interventora, do Estado [...]”⁸²⁴.

Em atenção a isso, o artigo 9º da referida lei prevê que, com vistas a efetivar o direito ao livre planejamento familiar, todos os métodos de concepção e contracepção cientificamente aceitos serão oferecidos, garantindo-se inclusive a liberdade de opção entre elas⁸²⁵. Nessa perspectiva, a reprodução humana assistida é percebida como um meio de efetivação ao direito fundamental de livre planejamento familiar. Suas técnicas vieram como forma de implementação e ampliação desse direito, ao permitirem a reprodução a um maior número de pessoas, aquelas impossibilitadas de gerarem seres humanos por métodos naturais.

Passou a ser possível a casais homoafetivos, a pessoas portadoras de doença relacionada ao sistema reprodutivo, e, ainda, a pessoas em projeto parental solo terem filhos por métodos que vão além da adoção, inclusive gerar e/ou gestar seus filhos, caso seja de sua vontade (e caso não haja impeditivo natural). E é nesse sentido que a RHA ajuda a implementar também o direito à igualdade, garantindo a um número maior de pessoas o direito à reprodução.

Schettini ressalta a importância da reprodução humana para quem a intenciona: “reproduzir é um ato de liberdade. [...] A procriação na família contemporânea assume outra função: promover a felicidade de quem a pretende, independentemente de seu estado civil, crença ou orientação sexual”⁸²⁶. E as TRA são capazes de proporcionar a mesma sensação de felicidade e liberdade a quem antes não podia se reproduzir, em virtude da relação sexual entre pessoas de sexos distintos ser o único método naturalmente disponível para tanto.

A gestação de substituição, então, como um desses métodos, assegura a autonomia e amplia o exercício do livre planejamento familiar, na medida em que permite a reprodução àqueles que antes eram impedidos de gerar ou principalmente gestar o próprio filho. A escolha

⁸²³ ALMEIDA, Renata Barbosa. Direito ao planejamento familiar e o choque de consentimentos sobre o uso de embriões: o caso Evans versus Reino Unido sob a égide do Direito Brasileiro. *Op. Cit.*, p. 94.

⁸²⁴ RODRIGUES, Renata de Lima. *Autonomia privada e o direito ao livre planejamento familiar: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?* 2015, Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 107.

⁸²⁵ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. *Ibid.*

⁸²⁶ SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa. Op. Cit.* posição 332;337, paginação irregular.

e utilização da técnica é um exercício da liberdade de planejamento familiar, direito ao qual todos os indivíduos devem ter igual acesso.

Sá e Naves lembram que “[...] o fator motivador ao uso das técnicas de reprodução assistida é a busca pela realização de um projeto parental”. E essa realização, destacam, pode se dar por variadas formas, como melhor aprouver ao idealizador do projeto, inclusive por meio de adoção. Concluem, acertadamente, que “o Direito não pode interferir na esfera mais íntima da pessoa, para ditar a forma como ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um”⁸²⁷.

Diante dessa constatação, percebe-se com clareza diversas afrontas da legislação normativa estabelecida pelo CFM aos cidadãos, pretensos pacientes/interessados nas TRA. Além de ser ilegítima, diante da incompetência do conselho para legislar a respeito, e desrespeitar a autonomia dos envolvidos, limita indevidamente o direito ao livre planejamento familiar, impondo restrições infundadas. Se ao Estado não é cabível interferir na esfera íntima do indivíduo no exercício de suas liberdades individuais, muito menos a uma autarquia, um conselho profissional, o seria permitido.

O CFM regulamenta as técnicas de reprodução assistida sobrepujando limites legislativos e restringindo liberdades individuais que, como visto, só poderiam sofrer tais limitações mediante leis justificadas e elaboradas por meio de processo legislativo, por representantes democraticamente eleitos pelo povo.

Ao instituir que só mulheres da família de quem idealiza a gravidez, até o quarto grau, possam ser gestante substituta e, ainda, que ela tenha ao menos um filho vivo⁸²⁸, obstaculiza a técnica àquelas pessoas que não possuem parentes dispostas à prática, sobretudo de forma altruísta, afetando-lhes o direito à igualdade, tendo em vista que alguns terão acesso à técnica, outros não. E mais, a exceção a essa regra depende de aprovação do Conselho Regional de Medicina, e não das pessoas diretamente interessadas.

O CFM retira o poder de decisão autônoma dos idealizadores e da gestante, tratando-lhes como naturalmente incapazes de deliberar sobre suas vidas, em clara e indevida forma de paternalismo rígido⁸²⁹. Em seguida, investe o CRM de tal poder, acreditando ser o órgão mais apto a tomar decisões individuais que impactam diretamente na vida de cidadãos, sem que

⁸²⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2021, p. 132-133.

⁸²⁸ 1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021*. *Op. Cit.*, Seção VII, item 1, p. 6.

⁸²⁹ Cf. tópico 2.3. “Paternalismo como inviabilizador da autonomia”.

sequer estejam submetidos à sua esfera de atuação. O conselho avança ainda mais no desrespeito à autonomia dos envolvidos, na medida em que afeta diretamente preceitos de liberdade em um Estado Democrático.

Sob nenhum pretexto é dada aos conselhos federal e regional de medicina a capacidade de intervir dessa forma na vida de prováveis pacientes capazes de autonomia. A análise autorizativa que a Resolução determina o CRM a fazer, quando a gestante não é da família, não parece se restringir a questões pontuais de saúde, o que até poderia ser defensável, em certa medida. O conselho, em última instância, define quem pode ou não gestar em substituição, decidindo e incidindo sobre corpos autônomos sem justificativa plausível⁸³⁰.

Isso atinge diretamente, sem motivos, a liberdade de escolha e mitiga o livre planejamento familiar, visto que uma pessoa decidida a ter filhos, estando nessas circunstâncias, terá que submeter sua demanda à avaliação de um conselho profissional, que poderá reprová-la e impedi-la de formar uma família.

Não há lei que impeça o acesso, nem mesmo que limite a TRA a determinadas pessoas com características e circunstâncias específicas. Não pode o CFM, então, limitar o acesso à técnica de gestação de substituição apenas àqueles que tenham na família uma mulher disposta a gestar altruisticamente, ou a quem tenha determinada idade⁸³¹. O conselho não pode legislar e impedir o exercício do direito ao livre planejamento familiar no tocante à concepção, mesmo se for necessário contratar uma gestante substituta onerosamente, quando não lhes for possível (ou desejável) encontrar alguma mulher que o faça altruística e voluntariamente.

Impor a obrigação aos idealizadores do projeto parental de apresentarem uma gestante altruísta dentro de sua própria família (e, agora, que ainda tenha filho vivo) quando não há qualquer lei regulamentando a RHA, representa um óbice ao direito constitucionalmente previsto, pois dificulta sobremaneira o acesso à técnica.

Não cabe ao Direito, ao Estado e muito menos ao CFM invadir a esfera individual de liberdades para ditar qual a forma adequada de se ter filhos dentro de um planejamento familiar, quando o exercício desse direito não lesa terceiros. Nesse caso, estando a gestante e os pais

⁸³⁰ Cf. tópico seguinte, 5.5.3. “Afronta à autodeterminação da gestante e à sua livre iniciativa”. Importa observar que não se consultou pareceres e decisões do conselho a respeito do tema, porquanto se considera que, mesmo que o conselho conclua pelo respeito à autonomia dos pacientes, mesmo que sempre permitisse a quem lhe solicita autorização para gestar, ainda assim não se mostraria isso satisfatório, já que ainda seria liberalidade do CRM, a quem é erroneamente permitido decidir sobre corpos individuais.

⁸³¹ “3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente. 3.1 A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.” [...]. “3. A idade limite para a doação de gametas é de 37 anos para a mulher e de 45 anos para o homem”. CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.294/2021. *Op. Cit.*, Seção I, item 3, p. 3; Seção IV, item 3, p. 4.

idealizadores consentidos com a técnica e de posse de sua capacidade de agir autonomamente, bem como estando resguardados os direitos e o melhor interesse da criança, incabível intervenção proibitiva externa.

O fato de os procedimentos de RA terem custos elevados e ainda serem fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de modo muito incipiente⁸³² já afeta sobremaneira o livre planejamento familiar de grande parte da população que necessita de TRA para procriação. Tais restrições por parte do CFM aumentam ainda mais a parcela da população que não dispõem livremente desse direito.

5.5.3. Afronta à autodeterminação da gestante e à sua livre iniciativa

Uma requisição abusiva do Conselho, que ultraja sobremodo a autonomia da mulher, diz respeito à necessidade da gestante substituta apresentar aprovação escrita do cônjuge ou companheiro para que esteja apta a ceder seu útero⁸³³. Em verdade, isso quer dizer que quem decide sobre seu corpo não é a própria mulher, mas sim o homem com quem se relaciona afetivamente. Poderia até haver previsão no sentido de informar ao cônjuge ou companheiro sobre a gestação de substituição, visando, tão somente, evitar eventual conflito positivo de paternidade, o que afetaria diretamente os interesses de quem idealizou a gravidez e da criança. Porém, condicionar o procedimento à autorização de terceira pessoa se mostra desconsideração ilógica do poder de decisão autônomo da mulher, uma vez que deve caber unicamente a ela decidir sobre seu corpo, analisar a situação conscientemente e fazer sua escolha.

Pouco importa o reflexo que tal decisão terá em seu relacionamento, se o cônjuge ou companheiro aceitará ou não, se continuará ou encerrará a relação, tais deliberações pertencem ao âmbito privado, à vida íntima, e em nada disso deve interferir o Estado (muito menos órgão

⁸³² Desde 2005, com a publicação da Portaria 426/GM, está estabelecida a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS. Contudo, ainda é um serviço precário e pouco difundido, formando filas de espera que podem durar anos. Em Minas Gerais, por exemplo, só o Hospital das Clínicas fornece as técnicas gratuitamente. Cf. FERREIRA, Pedro. *Laboratório de reprodução humana do Hospital das Clínicas chega a 11 mil procedimentos gratuitos*. Estado de Minas, 2016. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/05/06/interna_gerais.759755/hospital-das-clinicas-chega-a-11-mil-procedimentos-de-reproducao-human.shtml; Acesso em: 07 jan. 2021. LOPES, Valquiria. *SUS vira opção para quem tenta gravidez difícil*. Estado de Minas, 2013. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2013/10/06/interna_gerais.456691/sus-vira-opcao-para-quem-tenta-gravidez-dificil.shtml. Acesso em: 07 jan. 2021. CONHEÇA as clínicas que realizam reprodução assistida pelo SUS. Portal TV Brasil, 2019. Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-brasil/2019/06/conheca-clinicas-que-realizam-reproducao-assistida-pelo-sus>. Acesso em: 07 jan. 2021.

⁸³³ Consta no tópico referente à gestação de substituição: “3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente: [...] 3.6. Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável”. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021*. Op. Cit. Seção VII, p. 6.

sem nenhuma legitimidade para legislar). A única intervenção possível, nesse sentido, seria a necessária para garantir o direito à filiação das pessoas que idealizaram a gravidez e o melhor interesse da criança, que, nesse caso, é estar em sua família, quem planejou o projeto parental.

Também se considera abusiva e indevida a limitação de idade das mulheres que poderiam se candidatar à gestação por meio de RA. Desde a Resolução 2013/2013, supostamente não se permite mais que mulheres com idade superior a 50 anos se submetam às TRA⁸³⁴. Do mesmo modo, a limitação se estende às mulheres que poderiam prestar a gestação de substituição, somente as com até 50 anos de idade. Há também limite de idade às doadoras de óvulos, que, após a última resolução, está fixado em 37 anos, e aos doadores de espermatozoides, 45 anos⁸³⁵.

Discorda-se dessa imposição de limite de idade, acreditando ser ela uma forma de impedir a autonomia e diversos direitos de mulheres acima de cinquenta anos que tenham ainda a possibilidade médica de se submeter às técnicas, por mais que possam existir riscos à sua saúde ou mesmo à vida.

Em entrevista concedida em 2013, José Hiran Gallo⁸³⁶, apresentou os motivos pelos quais se passou a limitar o acesso à gestação por meio de RA a mulheres acima de cinquenta anos⁸³⁷. Segundo afirma, por meio da observação de “situações reais vivenciadas nos consultórios”, foi possível constatar que, a partir dessa idade, há maior risco de surgirem complicações para a mulher durante a gestação, como diabetes e hipertensão, e maiores chances de o parto ser prematuro⁸³⁸.

Ocorre que uma limitação genérica dessa magnitude afeta a autonomia, o direito à igualdade e o livre planejamento familiar de toda mulher acima da idade limítrofe que queira se submeter à técnica. Inclusive, nas Jornadas de Direito e Saúde, também organizadas pelo CNJ, já se constatou isso por meio do enunciado 41: “[o] estabelecimento da idade máxima de

⁸³⁴ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.094/2021. Op. Cit.* Seção I, item 3.1, p. 3.

⁸³⁵ CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021. Op. Cit.* Seção IV, item 3, p. 4. Até então, o limite era 35 anos para mulheres, e 50 para homens.

⁸³⁶ José Hiran Gallo é coordenador da Câmara Técnica de Reprodução Assistida do CFM há mais de 10 anos, cargo que ocupa até a atualidade, tendo assinado todas as resoluções desde 2010; ou seja, assinou cinco, das seis resoluções que impõem, inconstitucionalmente, diversos limites a direitos fundamentais.

⁸³⁷ INSEMINAÇÃO artificial é vetada a mulher com mais de 50 anos. *Exame*. Caderno Ciência. 09 mai. 2013. Disponível em: <https://exame.com/ciencia/inseminacao-e-vetada-a-mulher-com-mais-de-50-anos-2/>. Acesso em: 24 jan. 2021.

⁸³⁸ Na Resolução 2013/2013, quando se inseriu o limite de idade, não consta justificativa adequada para a imposição do limite, apenas afirmam que: “Outros fatores motivadores [da elaboração de nova Resolução] foram a falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade, que necessitam a recepção de óvulos doados.” CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.013/2013. Op. Cit.*, p. 9.

50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar”⁸³⁹.

A resolução afirma admitir exceções ao limite imposto, podendo ser aceitas mulheres acima de 50 anos para submissão às técnicas, mas apenas se um médico avaliar e autorizar. A esse médico deveria ser indicada apenas a função de avaliar todas as mulheres indiscriminadamente, a saúde reprodutiva e demais aspectos importantes que possam afetar a gestação. Após a elaboração de um laudo técnico e científico por este profissional, no qual constariam apenas orientações e informações sobre grau de sucesso e sobre riscos envolvidos na técnica, de posse dessas informações, deveria ser respeitada a capacidade de decidir da própria mulher, a autonomia de consentir com o procedimento⁸⁴⁰, definindo, ela mesma, se aceitaria os eventuais riscos e se submeteria à TRA. O fato da mulher ter mais de cinquenta anos, pode até aumentar a probabilidade de desenvolver algumas complicações durante a gestação, mas não as torna inevitáveis, obrigatórias. Limitar a idade genericamente significa considerar igualmente inaptas à gestação (ou não saudáveis para tanto) todas as mulheres acima de cinquenta anos, o que é uma posição segregadora⁸⁴¹.

Quem tem o direito de decidir sobre a submissão da mulher acima de cinquenta anos à técnica de RA para fins de gestação, sendo esta pessoal, é a própria mulher, de modo consciente e informado. Sendo gestação substituta, primeiramente, também a própria mulher e, em segundo momento, aqueles envolvidos na técnica como pessoas idealizadoras.

Uma crítica que pode surgir a partir de tal entendimento, de irrestrito respeito à autonomia da mulher, refere-se à sua capacidade de autonomia frente à gestação, quando esta puder gerar riscos à saúde e à vida do feto a ser por ela gestado. E o que aqui se entende é que cabe à mulher decidir também nestas circunstâncias (ou a quem idealize a gravidez). Em outras palavras, quando, e se, houver algum fato relacionado à gestante que possa gerar riscos à saúde

⁸³⁹ CONSELHO Nacional de Justiça. *I Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude/>. Acesso em: 07/09/2021.

⁸⁴⁰ Na Resolução que vige atualmente, 2.294/2021, há previsão expressa do respeito à autonomia da paciente, mas também à do médico, e determina que ele é quem deve definir quem pode se submeter, quem não, à técnica. “3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente. 3.1. A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos. 3.2. As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente e do médico”. CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021*. Seção I.

⁸⁴¹ Entende-se, contudo, adequada a limitação de idade para os doadores de gametas, pois é cientificamente comprovado que a idade afeta na qualidade destes e impacta na fertilidade, dispensando-se maiores aprofundamentos sobre esse ponto, por ser fato inconteste.

e até mesmo à vida de possível criança a ser gestada, à mulher caberá a decisão sobre proceder ou não com a gestação mediante RA.

Isso porque ainda não há direito de terceiros a ser protegido, pois o terceiro que pode ser afetado em sua integridade física ou vida ainda não existe, não havendo razão forte que justifique a limitação à autonomia da gestante. E esse argumento parece simplista se for desconsiderado que uma limitação dessa magnitude à autonomia da gestante impedirá inclusive essa criança de existir, entrando-se, então, no dilema paradoxal de se definir se é preferível a criança não existir, a existir com possível afetação à sua integridade física (ou eventualmente vir a morrer).

Em extrema análise, defender a limitação à autonomia da gestante diante da possibilidade de gerar uma criança com alguma deficiência física ou mental, por exemplo, equivale a um argumento eugenista, pelo qual se define externamente (aos idealizadores e à própria pessoa) quem é digno ou não de nascer⁸⁴².

Sendo assim, como a medicina já permite testes genéticos pré-implantacionais que prognostiquem possíveis doenças e deficiências físicas e/ou mentais, havendo a possibilidade de determinada mulher, por fatores que lhe são naturais⁸⁴³, afetar a saúde ou vida de criança que venha a ser gestada (sendo seu o projeto parental), isso lhe deve ser claramente informado, devem lhe ser passadas informações o bastante para conscientizar o seu consentimento, e tão somente a ela caberá a decisão sobre se submeter ou não à técnica e gerar aquela criança (e, caso o projeto parental seja compartilhado, evidentemente, cabe também a quem mais de direito)⁸⁴⁴. Sendo uma gestante substituta, esta terá autonomia para decidir sobre os limites de

⁸⁴² Essa situação se difere do que vem sendo debatido em outros países, principalmente nos EUA, acerca das *Wrongful Life* e *Wrongful Birth Actions*. Estas são ações de reparação de danos, movidas pelos responsáveis ou pela própria pessoa, contra os médicos que deveriam diagnosticar e alertar grave doença ou anomalia no feto, ou contra os pais, que, após informados dessa condição, não impediram o nascimento da criança, o que poderia ser evitado em ambos os casos, por meio do direito ao aborto. Para aprofundar mais no assunto, indica-se como leituras iniciais: BARBOSA, Mafalda Miranda. Vida como um dano: breve reflexão. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Imprensa da Universidade. v. 95, t. 2, 2019, p. 1209-1254. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/vida-como-um-dano-breve-reflexao-mafalda-miranda-barbosa/>.

Acesso em: 02 abr. 2020. GODOY, Gabriel Gualano. *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (wrongful conception), nascimento indesejado (wrongful birth) e vida indesejada (wrongful life): possibilidade da reparação na perspectiva do Direito Civil-Constitucional Brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. e-ISSN: 2526-0243, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 147-167, jul-dez. 2016.

⁸⁴³ Diferente é o caso da gestante que pratica deliberadamente alguma conduta lesiva ao feto (como o abuso de substâncias tóxicas), a qual pode afetar a saúde da criança que nasceria saudável e, em decorrência da atuação lesiva da gestante, nasceu com alguma doença ou deficiência. Nesses casos, entende-se estar notória a possibilidade jurídica de ações indenizatórias do tipo *Wrongful Life* contra essa gestante (mãe ou substituta).

⁸⁴⁴ Caso seja informada uma situação de risco à integridade física da criança, o qual seja tão indesejável a ponto de se preferir não nascer, não se ignora também a possibilidade de processo por *Wrongful life* contra a gestante e

seu corpo e integridade física, cabendo a decisão sobre a criança a quem detém o projeto parental.

Ainda quanto à indevida limitação de idade das pacientes, da análise do site de uma clínica de reprodução assistida, é possível perceber não se tratar de preocupação com a saúde das mulheres, mas simplesmente com o controle de seus corpos.

Apesar da disposição da resolução limitar as técnicas quando acima de cinquenta anos, e obrigar uma avaliação personalizada sobre eventuais comorbidades, referida clínica oferece serviços de TRA genericamente a todas as mulheres, ressaltando não haver limite de idade para aquela modalidade de contratação⁸⁴⁵, ofertam verdadeiros “pacotes promocionais”⁸⁴⁶. Ou seja, em linhas diretas, se a mulher pagar o que é cobrado, o médico responsável fará um laudo devidamente fundamentado com argumentos técnicos e científicos, atestando sua aptidão para a TRA desejada.

O CFM deveria estar regulamentando e fiscalizando tais práticas, visivelmente contrárias às suas normas deontológicas, e não preocupado em regular genericamente corpos e limitar direitos de mulheres livres e autônomas.

E há mais indícios da desnecessidade e abuso de tal limitação de idade. O já mencionado coordenador da Câmara Técnica de RA do CFM, José Hiran Gallo, em nova entrevista concedida em 2018 à mesma revista, afirmou que “uma gravidez natural após os 50 anos é raríssima e improvável. Por isso existem as técnicas de reprodução assistida”⁸⁴⁷. Claramente, se manifesta de forma contrária à proibição genérica do próprio conselho que representa (e que o representa).

demais idealizadores que, visando apenas exercer o seu direito de livre planejamento familiar, tenha(m) preterido o direito à vida digna daquela criança, cuja decisão estava sob sua responsabilidade.

⁸⁴⁵ *Plano 2 tentativas para Fertilização In Vitro*: Com índice de sucesso de 40% por tentativa sabemos que 60% dos casais engravidam até a segunda tentativa. Dispomos do pacote para 2 tentativas. *Não há limite de idade*. Se houver gravidez, porém com abortamento na primeira tentativa o casal continua com direito de realizar a segunda tentativa. [...]. *Plano 3 tentativas para Fertilização In Vitro*: Com índice de sucesso de 40% por tentativa sabemos que 80% dos casais engravidam até a terceira tentativa. Dispomos do pacote para 3 tentativas. *Não há limite de idade*. Se houver gravidez, porém com abortamento na primeira ou segunda tentativa o casal continua com direito de realizar a segunda/terceira tentativa, respectivamente [...]. Disponível em: CENTRO de fertilidade SAAB. *Conheça nossos planos*. Disponível em: <https://www.centrodefertilidade.com.br/centro-de-fertilidade-saab-londrina/>. Acesso em: 03 mai. 2020.

⁸⁴⁶ “Dispomos do pacote para 2 tentativas. *Não há limite de idade*. [...] Dispomos do pacote para 3 tentativas. *Não há limite de idade*. [...] Disponível em: CENTRO de fertilidade SAAB. *Conheça nossos planos*. Disponível em: <https://www.centrodefertilidade.com.br/centro-de-fertilidade-saab-londrina/>. Acesso em: 03 mai. 2020.

⁸⁴⁷ BASSETTE, Fernanda. Gravidez de mulher com mais de 50 avança 37% em 10 anos. *Exame*. Caderno Brasil. 19 ago. 2018. Disponível em: <https://exame.com/brasil/gravidez-de-mulher-com-mais-de-50-avanca-37-em-10-anos/>. Acesso em: 24 jan. 2021. Lembrando que, em 2013, o médico e conselheiro deu entrevista à mesma revista, justificando a necessidade de se limitar o acesso à técnica a mulheres com mais de 50 anos: INSEMINAÇÃO artificial é vetada a mulher com mais de 50 anos. *Exame*. Caderno Ciência. 09 mai. 2013. Disponível em: <https://exame.com/ciencia/inseminacao-e-vetada-a-mulher-com-mais-de-50-anos-2/>. Acesso em: 24 jan. 2021.

Por outro lado, quanto à limitação de idade para a doadores de óvulos e espermatozoides, a situação é diversa, pois o interesse e autonomia que devem ser respeitados são de quem irá receber os gametas. E, para a técnica, é aconselhável utilizar gametas de mulheres e homens mais novos, pois, biologicamente, e isso é fato inconteste, são considerados mais férteis. Contudo, se algum casal quiser utilizar o óvulo de uma mulher específica cuja idade ultrapasse esse limite, não devem ser impedidos pelo médico, também em respeito à sua autonomia e direitos fundamentais, como a liberdade individual e o direito ao livre planejamento familiar, dela decorrente⁸⁴⁸.

A resolução tem ainda outra previsão problemática que diz respeito à técnica de gestação de substituição. Igualmente importante, há que se analisar a imposição do CFM de se poder recorrer à técnica de gestação de substituição unicamente quando houver problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou diante de impossibilidade biológica de gestar a criança pessoalmente⁸⁴⁹.

A perspectiva de autonomia que ampara teoricamente este trabalho impõe que se discorde da proibição de recorrer à técnica por motivações outras que não de saúde, mas de estética, por exemplo. Uma mulher que queira ter um filho, mas não queira passar pelos eventuais infortúnios de uma gestação, encontrando outra mulher que o queira - seja altruisticamente, seja mediante contraprestação financeira - não deveria ser impedida pelo Estado, muito menos por um conselho ilegítimo para legislar sobre direitos e liberdades fundamentais. E não há motivação que sustente essa limitação sem recorrer a valorações morais, e sem excluir a capacidade de autonomia da gestante substituta⁸⁵⁰.

O agir autônomo, relembra-se, vindica a prerrogativa de fazer suas próprias escolhas e tomar suas próprias decisões, informada e conscientemente, mesmo estando a pessoa exposta aos fatores externos que a convivência social implica, tendo consciência deles⁸⁵¹. A pessoa capaz de escolha e agir autônomos, desde que não afete direitos de terceiros, tem o direito de guiar sua vida e fazer suas próprias escolhas, sem que haja imposição de valores predeterminados externamente, considerados mais adequados. Mesmo que sua forma de agir seja externamente considerada “ruim” ou mesmo imoral. É resguardado seu direito de fazer

⁸⁴⁸ Observando-se, mais uma vez, o sucinto debate sobre a possibilidade de importação da *Wrongful Life Action* feito anteriormente.

⁸⁴⁹ “3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do(a) paciente ou do possível descendente.” CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.294/2021*. Seção I.

⁸⁵⁰ Pode-se tentar argumentar a proibição pelo melhor interesse da criança, mas é inevitável fazer um julgamento moral das motivações da mulher que escolhe a substituição por fins estéticos.

⁸⁵¹ Como já fora amplamente exposto e fundamentado no segundo capítulo.

escolhas “ruins”⁸⁵², e essa afirmativa reflete exatamente o julgamento externo acerca das escolhas individuais: categorizá-las entre boa ou ruim, devida ou não, moral ou imoral é a determinação heteronômica que não deve intervir na autonomia, sob pena de afetação da própria dignidade.

Ao determinar que o motivo da saúde ou da impossibilidade de gestar pessoalmente é o único adequado a justificar o recurso à gestação de substituição, o CFM valora as motivações individuais, considerando essa como a única motivação idônea, enquanto a motivação estética é inidônea, imoral. Mas não cabe a ele decidir isso. Sendo a gestação de substituição uma técnica cientificamente desenvolvida e reconhecida pelo próprio Estado como meio de se efetivar o direito ao livre planejamento familiar⁸⁵³, sendo observado o princípio da paternidade responsável, deve ela estar disponível às pessoas que dela queiram fazer uso para efetivar seu direito, enquanto ser autônomo. O que move alguém a celebrar um negócio jurídico, um contrato, é irrelevante para sua validade⁸⁵⁴, não estando entre seus pressupostos legitimadores⁸⁵⁵.

E essa é uma das causas que traz dificuldade normativa ao Direito, “está no elemento central que pressupõe a assunção da pessoalidade: os valores.” Sá e Moureira destacam que, sendo a pessoalidade concebida pelas configurações que decorrem das escolhas feitas pelos próprios indivíduos, enquanto capazes de se autodeterminarem, “evidentemente o conteúdo destas configurações é preponderantemente axiológico, uma vez que se trata da escolha, pelo indivíduo livre, daquilo que ele projeta na realidade como algo que vale a pena ser vivido – vida boa”⁸⁵⁶.

Quanto à resolução, por fim, analisar-se-á o ponto fulcral deste trabalho. Desde que surgiu a regulamentação no âmbito do CFM, está proibida a gestação de substituição de modo oneroso, mediante contraprestação financeira à gestante substituta. De forma ilegítima e inconstitucional, priva as mulheres de sua autodeterminação, impedindo o direito ao seu próprio

⁸⁵² FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. *Op. Cit.*, p. 30.

⁸⁵³ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências*. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.html. Acesso em: 07 jan. 2021.

⁸⁵⁴ Exceto se o motivo determinante do negócio jurídico, comum às partes, for ilícito, ocasião em que será nulo, em conformidade com o artigo 166, inciso III, do Código Civil: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;”.

⁸⁵⁵ Os requisitos de validade do negócio jurídico estão dispostos no Código Civil: Art. 104 A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁸⁵⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. *Op. Cit.*, p. 33.

corpo, o qual, enquanto manifestação da personalidade, compreende o direito de utilizá-lo como ferramenta de trabalho, como meio para se efetivar a liberdade de escolha profissional. O CFM obsta, dessa forma, sua liberdade de escolher qualquer ofício, trabalho ou profissão⁸⁵⁷ e despreza a livre iniciativa⁸⁵⁸, um dos fundamentos do Estado Democrático.

Essa proibição sequer encontra lastro legal para se fundamentar, vez que já foi demonstrado que o art. 199, §4º da CF/88 e a Lei de Transplantes não se aplicam à técnica e não há nenhuma previsão proibitiva no Código Civil, sem que se recorra a aspectos puramente morais, como os bons costumes. Também não existe tipificação penal que abranja diretamente a conduta, e será demonstrado em seguida que os tipos penais em que alguns doutrinadores e aplicadores do direito tentam adequar a prática não podem abrangê-la legítima e constitucionalmente. Logo, inova o CFM na restrição de direitos e liberdades fundamentais, sem sequer apresentar sua justificativa (não que houvesse).

Atualmente, no Brasil, várias clínicas e profissionais médicos são especializados em reprodução assistida⁸⁵⁹. Manipulam gametas, fecundando-os dentro ou fora do corpo da mulher, seja o útero da própria idealizadora da gravidez, ou um substituto. O CFM nada dispõe acerca dos valores cobrados por parte dos profissionais para tais procedimentos. Não há regulamentação ou fiscalização sobre a atividade financeira da classe, cabendo tão somente a ela fixar seus valores, que podem ser extremamente abusivos e indicar evidente “mercancia da vida”, para os que defendem esse ponto de vista.

Vê-se, assim, que o CFM não regulamenta os ganhos financeiros dos médicos, aos quais deveria editar normas éticas, mas se preocupa com a contraprestação que receberia a gestante. Pergunta-se: por que a atividade dos médicos que manipulam gametas, que literalmente “criam bebês de proveta”, não é proibida de modo oneroso, mas a da mulher que gesta esse bebê, já “criado” pelo médico, só deve proceder de modo altruísta? A resposta é tão somente uma: esta proibição é fundamentalmente moral, tentando impedir a utilização do corpo feminino de modo a contrariar os bons costumes hegemônicos e a negar o senso comum de “corpo sacralizado”, de “amor materno” e de “mãe abnegada que jamais abandona o filho”.

⁸⁵⁷ Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...].

⁸⁵⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...].

⁸⁵⁹ A título de exemplo, a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida conta com mais de 800 associados atualmente, oriundos de todas as regiões do país. SOCIEDADE Brasileira de Reprodução Assistida. *História*. Disponível em: <https://sbra.com.br/2018/04/05/sbra-em-acao/>. Acesso em: 03 mai. 2020.

Foi visto no capítulo anterior que as objeções da equanimidade, da corrupção (em suas variadas facetas) e a do inerente amor materno não podem justificar adequadamente a proibição da gestação de substituição onerosa. Lembrando: *a)* A técnica observada de modo genérico e amplo não pode ser considerada exploradora de mulheres por si só, sob pena de afronta à autonomia e à dignidade humana das mulheres que com ela consentem⁸⁶⁰. *b)* Também não prospera a crítica da corrupção por objetificação indevida da mulher e de seu sistema reprodutivo, vez que ela, enquanto capaz de agir autonomamente, não é “utilizada” apenas como meio para atingir fins alheios, mas escolhe e delibera em sua vida para atingir os seus próprios fins⁸⁶¹. *c)* Da mesma forma, também sem razão quem argumenta que a técnica corrompe valores e princípios morais que deveriam guiar a sociedade, por se tratar de conteúdo deontológico heteronômico, não oponível a seres livres e igualmente autônomos⁸⁶². *d)* Assim como também sem amparo a associação da técnica à compra e venda de crianças, por ser verdadeira prestação de serviços em uma sociedade capitalista⁸⁶³. *e)* E, por fim, não há guarida ao argumento naturalista que supõe vínculo inerente estabelecido entre a gestante e a criança, vez que eventual vínculo não é regra natural, e, principalmente, não condiciona a mulher a ponto de lhe retirar sua autonomia ou de considerar invalidado seu consentimento. E o vínculo afetivo será igualmente constituído, após o nascimento, entre o bebê e a(s) pessoa(s) que idealizou(aram) a gravidez, verdadeira mãe/pai, estando a salvo o melhor interesse da criança⁸⁶⁴.

Ou seja, não há justificativa suficiente para amparar a proibição e, muito menos, a criminalização da técnica. Volta-se, então, a analisar o mercado da reprodução assistida.

Ferreira denuncia esse mercado da medicina, afirmando ser perceptível como o seu exercício se fundiu à racionalidade econômica, “diagnósticos e terapias, fármacos, próteses, equipamentos e filhos são ofertados como se fossem bens de consumo, tais quais o são roupas, sapatos, telefones celulares e televisores”⁸⁶⁵.

Discorda-se da perspectiva da autora, cujo intuito é criticar suposta objetificação da vida e do ser humano. Isso porque, como já mencionado, considera-se não se tratar de venda de pessoas, mas sim de prestação de serviços, tanto por parte dos médicos, quanto pela mulher que

⁸⁶⁰ Cf. tópico 3.1.1. “O argumento da exploração de mulheres como prática inerente à gestação de substituição onerosa”.

⁸⁶¹ Cf. tópico 3.1.2.1. “A objetificação de corpos femininos e das mulheres”.

⁸⁶² *Idem.*

⁸⁶³ Cf. tópico 3.1.2.2. “A objetificação pela compra e venda de crianças”.

⁸⁶⁴ Cf. tópico 3.2. “A objeção do amor materno”.

⁸⁶⁵ FERREIRA, Carla Froener; CATALAN, Marcos. A espetacularização da vida na reprodução humana assistida: uma reflexão necessária. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-15, jul./set. 2019, p. 8.

gesta a criança. Não obstante, sua pesquisa é essencial, nesse momento, para contrastar a prestação de serviço da gestante substituta e a atividade de clínicas de reprodução assistida, ambas com o mesmo objetivo: gerar uma criança para outrem, através da criação do embrião e de sua gestação.

No Brasil, em 2017, “146 clínicas de reprodução humana assistida produziram 340.458 oócitos, congelaram 78.216 e transferiram 68.891 embriões, sem que se saiba exatamente quantos bebês vieram ao mundo”. Afirma Ferreira que é possível perceber o surgimento de “conglomerados empresariais ofertando fertilidade, aliando técnicas médicas e conhecimento empresarial [...], seduzindo e conquistando clientes e, conseqüentemente, ocupando as melhores posições em termos concorrenciais”. A autora, em pesquisa elaborada em 2016 a partir da análise e mapeamento dos *sites* de 23 clínicas de RA da região sul do país, apresenta os valores praticados por uma das clínicas, a única que os disponibilizou em sua rede. Atenta para a oferta de *planos*, *combos*, típica manobra mercadológica para fidelizar clientes⁸⁶⁶:

Custos e formas de pagamento:

FIV Simplificada. [...] A FIV Simplificada associada ou não à ICSI (Injeção Intracitoplasmática do Espermatozóide) custa R\$ 14.600,00 mais aproximadamente R\$ 2.500,00 de medicamentos comprados em farmácia. Pagamentos podem ser realizados através de cartão de crédito, transferência bancária ou dinheiro. Facilidades, ovodoação compartilhada ou outras formas de pagamento podem ser estudadas após avaliação do casal, além de nosso programa de baixo custo. Caso não haja gravidez, e caso seja realizado novo tratamento num prazo máximo de 3 meses, o custo da segunda tentativa decai para R\$ 12.200,00. Caso na segunda tentativa também não haja sucesso novamente e seja da mesma forma repetido o tratamento dentro de 3 meses desta tentativa o custo da terceira tentativa decai para R\$10.100,00. A partir da quarta tentativa, se realizada num prazo inferior a 3 meses da última o custo é de R\$7.900,00 por tentativa até obtenção da gravidez. Caso passem mais que três meses o valor exercido volta a ser o cobrado anteriormente. Os valores são sujeitos a reajuste anual. [...]

Plano 2 tentativas. [...] Dispomos do pacote para 2 tentativas por R\$23.300,00. Não há limite de idade. Se houver gravidez, porém com abortamento na primeira tentativa o casal continua com direito de realizar a segunda tentativa. O custo dos medicamentos comprados em farmácia (aproximadamente R\$ 2.500,00 por tentativa) não está incluído nestes valores, e são de responsabilidade do casal.

Plano 3 tentativas. [...] Dispomos do pacote para 3 tentativas por R\$32.800,00. Não há limite de idade. Se houver gravidez, porém com abortamento na primeira ou segunda tentativa o casal continua com direito de realizar a segunda/terceira tentativa, respectivamente. O custo dos medicamentos comprados em farmácia

⁸⁶⁶ A página foi consultada cotidianamente no decorrer da tese. Até a última consulta, em abril de 2021, o texto ainda estava em sua integralidade, ocultando-se apenas os valores. Em outubro do mesmo ano, fora alterado consideravelmente, mas ainda traz a oferta de um “combo promocional” e a propaganda de não haver limite de idade. Como exemplo, a atual descrição sobre o plano para 2 tentativas é o seguinte: “Com índice de sucesso de 40% por tentativa sabemos que 60% dos casais engravidam até a segunda tentativa. Dispomos do pacote para 2 tentativas. Não há limite de idade. Se houver gravidez, porém com abortamento na primeira tentativa o casal continua com direito de realizar a segunda tentativa. O custo dos medicamentos (aproximadamente R\$ 2.500,00 por tentativa) é de responsabilidade do casal”. Disponível em: <https://www.centrodefertilidade.com.br/plano-2-tentativas-fertilizacao-in-vitro-tratamento-de-fertilidade-centro-de-fertilidade-saab/>. Acesso em 21 out. 2021.

(aproximadamente R\$ 2.500,00 por tentativa) não está incluído nestes valores, e são de responsabilidade do casal.

Plano de Tentativas Ilimitadas

[...] fornecemos a opção do pagamento de um valor com validade até que seja confirmada a gravidez. O custo do tratamento até a gestação confirmada é de R\$ 41.800,00 para FIV ou ICSI. O custo dos medicamentos comprados em farmácia (aproximadamente R\$ 2.500,00 por tentativa) não está incluído nestes valores, e são de responsabilidade do casal. [...] Mulheres com mais de 40 anos ou que não produzam no mínimo 3 óvulos na estimulação ovariana poderão ser excluídas.

Plano de Custo Regressivo. [...] Neste caso, o tratamento terá o custo de R\$ 19.800,00 na primeira tentativa, R\$ 13.200,00 na segunda, R\$ 9.900,00 na terceira e, R\$ 6.600,00 da quarta tentativa em diante. Ocorrendo abortos o plano continua valendo. Não há limite de tempo após a última tentativa.

Plano Custo Parcelado Antecipado. [...] Nesta forma de tratamento o custo é dividido em 4 parcelas mensais de R\$ 3.450,00 ou em 6 parcelas mensais de R\$ 2.300,00 (boleto bancário). Para realização do tratamento o valor total deve ter sido quitado, em 4 ou 6 meses, de acordo com o plano escolhido⁸⁶⁷.

É evidente o comércio e a intenção nada altruísta de médicos e clínicas ao fornecerem seus serviços de TRA, inclusive de gestação substituta⁸⁶⁸. E aqui não se defende que deveria ser diferente, acredita-se ser uma prestação de serviços, devendo, portanto, ser remunerada, da mesma forma que a prestação de serviços da gestante substituta o deveria, por serem da mesma natureza.

Defendendo a possibilidade de se poder vender óvulos, Stancioli concorda com a incoerência de se permitir aos médicos cobrar pelas técnicas e não permitir à mulher cobrar pela prestação de serviços: “Pode-se pagar (e paga-se bem!) pelos remédios associados ao processo. Pela fertilização in vitro. Pela qualidade do embrião. Pelo implante dos embriões. Pelo acompanhamento da gestação. Pelo parto. Quem não pode receber nada por esse processo? A doadora. Não há coerência”⁸⁶⁹.

A Resolução 2.294/2021 (assim como todas as anteriores) além de ilegítima e inconstitucional, como já demonstrado, é também contraditória e omissa. Dispensa tratamento diferenciado ao médico e à mulher autônoma, controlando mulheres que sequer se submetem ao jugo do CFM, enquanto seus associados seguem sem quaisquer limitações aos seus lucros.

Assim sendo, suposta justificativa que se tente atribuir à proibição da gestação substituta onerosa é válida para proibir também a comercialização das técnicas por parte da classe médica, justificando a necessidade de atuação altruísta também de sua parte.

⁸⁶⁷ FERREIRA, Carla Froener. *A reprodução humana assistida e a sociedade do espetáculo: a fragmentação do direito frente à publicidade via internet de tratamento de fertilização*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle – Unilasalle, Canoas, p. 93-94.

⁸⁶⁸ Não há mais informações sobre valores em nenhum site consultado, mas é evidente o caráter comercial. Todos os sites consultados foram referenciados em nota no primeiro capítulo. Cf. nota. 42.

⁸⁶⁹ STANCIOLI, Brunelo. Lei não prevê crime para venda de óvulos. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/brunello-stancioli-lei-nao-preve-crime-venda-ovulos>. Acesso em: 24 fev. 2021.

Além da própria autonomia, essa proibição impede à gestante o livre exercício de seu direito fundamental à escolha de uma ocupação legal, bem como a livre iniciativa, que é, inclusive, um dos fundamentos do Estado Democrático, ao lado da dignidade humana, também afetada⁸⁷⁰.

O artigo 5º, inciso XIII, da CF/88 dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, sendo essa mais uma manifestação da liberdade individual e da personalidade, as quais o Estado deve resguardar e implementar.

A respeito da redação do inciso XIII, não há necessidade de regulamentação da profissão para que se tenha o direito de livremente escolhê-la. Não havendo exigência legal, o direito de exercício profissional é pleno e desembaraçado, é imediatamente aplicável, subjetivo ao interessado na escolha⁸⁷¹. Quer dizer, “na ausência de lei, a liberdade é ampla”⁸⁷². É um dispositivo de eficácia contida, “existe ampla liberdade de trabalho, ofício e profissão enquanto não sobrevier legislação infraconstitucional ordinária exigindo qualificações mais específicas”⁸⁷³.

Nesse sentido, a regra é a ampla liberdade de trabalho, ofício ou profissão, excetuando-se qualificações especiais que a lei pode determinar para seu exercício e, claro, trabalho considerado ilícito, por meio de crimes ou contravenções⁸⁷⁴. “Não se precisa de grande esforço hermenêutico para perceber que, excluídas as atividades ilícitas, quaisquer outras se inserem no contexto do inciso XIII, artigo 5º da CF/1988”⁸⁷⁵.

Costuma-se intitular essa prerrogativa como liberdade de profissão em sentido aberto, geral - postura que se adota aqui - abrangendo qualquer modalidade de ofício, trabalho ou

⁸⁷⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

⁸⁷¹ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.117. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 106.

⁸⁷² SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. *Op. Cit.*, p. 106.

⁸⁷³ CARVALHO, João Claudio Carneiro de. FARIAS, Rosileide da Silva. A liberdade de trabalho, ofício e profissão, as qualificações infraconstitucionais e a função social do ensino. *Revista Ciências Humanas e Sociais Facipe*. Recife, v. 1, n.2, p. 85-93, nov. 2013, p. 86.

⁸⁷⁴ Aliás, esse direito fundamental recebe guarida do Código Penal, no qual se criminaliza condutas que atentem contra a liberdade de trabalho “Título IV – Dos crimes contra a organização do trabalho”. Especialmente, artigo 197, “Atentado contra a liberdade de trabalho”: Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência; II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

⁸⁷⁵ CARVALHO, João Claudio Carneiro de. FARIAS, Rosileide da Silva. A liberdade de trabalho, ofício e profissão, as qualificações infraconstitucionais e a função social do ensino. *Op. Cit.*, p. 86.

ocupação que possa constituir um modo de vida, “incluindo profissões atípicas, profissões livres e até mesmo o direito de criação de novas profissões”⁸⁷⁶.

E é sobre a criação de novas formas de trabalho que se deve atentar especialmente, pois as “constantes mudanças e o avanço tecnológico estimulam cada vez mais os trabalhadores a buscarem novas formas de exercício do labor [...]”⁸⁷⁷. Acredita-se ter ocorrido esse processo com a gestação de substituição: um avanço tecnológico, que chegou à sociedade há pouco mais de 30 anos e que o direito não conseguiu acompanhar em paralelo, para regulamentar ou proibir o que fosse. Não havendo proibição legal, é livre ao indivíduo - em uma sociedade capitalista liberal, em que se usa o corpo como ferramenta de trabalho autônomo - criar profissão que atenda demanda de mercado e não afete direitos de terceiros.

A liberdade de profissão é direito fundamental que possibilita a “realização autônoma das condições materiais de sua própria existência e desenvolvimento, mediante uma blindagem contra uma intervenção e regulação indevida e desnecessária por parte do Estado”⁸⁷⁸. Como direito individual básico, em uma democracia que tem a dignidade humana como fundamento, seu objetivo é garantir liberdade ao cidadão para que autonomamente escolha como guiar sua vida profissional. E esse direito é vetado à gestante substituta que queira receber contraprestação financeira pelo serviço que presta gestando filho alheio, sem legítima justificativa para tanto.

Ao Estado não é permitido invadir essa liberdade individual, tão menos o seria a um conselho de classe que legisla ilegitimamente. Por ser a liberdade de trabalhar um direito fundamental, não pode “[...] qualquer ato administrativo subtraí-lo, a não ser em face de qualificações profissionais que se justificam para atender ao interesse público [...]”⁸⁷⁹.

Então, quando a mulher, no exercício de sua autodeterminação, opta por gestar filho para terceiros e escolhe fazê-lo mediante contraprestação financeira, essa atuação deve ser

⁸⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Ebook, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 582.

⁸⁷⁷ FALCÃO, Luiz José Guimarães. MALAQUIAS, Marcos. O livre-exercício do trabalho como forma de inclusão social e econômica em consonância com os primados constitucionais. In: FREDIANI, Yone (coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Magister, 2015, pp. 207-216, p. 209.

⁸⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. *Op. Cit.*, p. 581.

⁸⁷⁹ FALCÃO, Luiz José Guimarães. MALAQUIAS, Marcos. O livre-exercício do trabalho como forma de inclusão social e econômica em consonância com os primados constitucionais. *Op. Cit.*, p. 212. Os autores afirmam que a lei também não o poderia subtrair, mas a forma legítima para se limitar um direito fundamental é exatamente por meio de lei, em processo legislativo legítimo e de competência da União, conforme o que preceitua a Constituição. E, nesse caso, ela dispõe que pode haver limitação referente à possível qualificação profissional que se considere necessária. Não obstante, lembra Marmelstein que a limitação por qualificação profissional só é justificável quando o exercício da profissão, inobservadas determinadas regras, for potencialmente lesivo à sociedade (como o exercício da medicina). MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. *Op. Cit.*, p. 119.

interpretada como trabalho lícito, vez que se trata de uma prestação de serviços entre pessoas autônomas e capazes de consentir para tanto. Desconsiderar e impedir essa relação contratual afeta não só a liberdade de profissão da gestante, como sua autodeterminação individual e, por isso, seu próprio senso de dignidade.

5.6. ANVISA e a Resolução de Diretoria Colegiada nº 23 de 2011

Oportuno trazer aqui, brevemente, a resolução da ANVISA relativa a banco de células e tecidos germinativos por também ser uma autarquia incompetente para regulamentar direitos fundamentais, mas que assim procede.

A ANVISA é uma autarquia sob regime especial, ligada ao Ministério da Saúde e criada pela Lei 9.782 de 26 de janeiro de 1999⁸⁸⁰. Sua finalidade é proteger a saúde da população, por meio de “controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados”, e ainda, por meio de controle de aeroportos, portos, fronteiras e recintos alfandegados⁸⁸¹.

Apesar da competência bem delimitada pela lei, em 2011, a ANVISA expediu uma Resolução de Diretoria Colegiada, RDC nº 23, de 27 de maio de 2011, dispondo sobre regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos, entre outras providências⁸⁸².

⁸⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁸⁸¹ ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Institucional*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/institucional>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁸⁸² ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução de Diretoria Colegiada, RDC nº 23, de 27 de maio de 2011*. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514. Acesso em: 03 mar. 2020.

A resolução se ancora no art. 11, inciso IV do regulamento da autarquia, que permite editar normas sobre assuntos que lhe competem⁸⁸³; e, por sua vez, “órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições”, são assuntos de sua competência⁸⁸⁴.

Ampliando sobremaneira os objetos da disposição supra, nessa resolução, o artigo 15 assenta que a doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo sempre ser garantido o sigilo sobre os doadores, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. O §6º, por sua vez, ressalta que a doação não poderá ser remunerada⁸⁸⁵.

A resolução é inconstitucional por extrapolar sua competência. Sob os mesmos argumentos já explanados acerca das resoluções do CFM, dispõe limitando a autonomia, o corpo, as liberdades individuais, limitando-as, sem que tenha havido legítimo processo legislativo, por órgão competente. Inova em matéria de direitos fundamentais, sem capacidade para tanto. Em analogia hipotética, seria o mesmo que prever/listar substâncias psicotrópicas e, em seguida, ela mesma proibir seu uso. Para que as drogas fossem proibidas, foi necessária a criação de uma lei, atualmente, a Lei nº 11.343/06.

Importante observar que, para além da inconstitucionalidade de tal resolução, essa disposição em nada se refere à técnica da gestação de substituição. Não se pode argumentar proibição à sua prática onerosa com base nessa previsão, pelo simples fato de só abranger, expressamente, a doação de células, embriões e tecidos germinativos.

Mesmo que fosse essa resolução legítima, se houvesse competência, ainda assim, da mesma forma que o artigo 199, §4º da CF/88 e a Lei de Transplantes nº 9.434/97 não podem ser ampliadas analogamente para abranger a prática, tão menos o poderia essa previsão, também pelos mesmos argumentos anteriormente expostos, sobretudo porque, na gestação de substituição, o que se oferta é o meio para se gestar esse embrião. Uma interpretação extensiva dessa magnitude desrespeita o princípio da legalidade.

⁸⁸³ Art. 11. Compete à Diretoria Colegiada, a responsabilidade de analisar, discutir e decidir, em última instância administrativa, sobre matérias de competência da autarquia, bem como sobre: [...] IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência; [...] BRASIL. Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999. *Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁸⁸⁴ Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública. §1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: [...] VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições; [...] BRASIL, Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. *Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁸⁸⁵ Art. 15. A doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo garantir o sigilo, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: [...] §6º A doação não pode ser remunerada. *Ibid.*

Vê-se aqui, pois, claros exemplos de resoluções inconstitucionais que têm sido aplicadas para limitar a autonomia individual e direito ao próprio corpo, impedindo pessoas maiores e capazes de acessarem direitos fundamentais do ser humano.

5.7. Projetos de Lei

Após destacar a inexistência de legislação sobre do tema, bem como a ilegitimidade do CFM para tratar do assunto por meio de suas resoluções, há aproximadamente 21 Projetos de Lei (PL) sobre reprodução assistida na Câmara dos Deputados. Necessitam ser aqui analisados, até para observar e refrear possíveis tentativas de proibição e/ou incriminação da técnica de gestação substituta. Os projetos relativos tramitam todos apensados ao PL nº 1184/03, o único que teve início no Senado Federal, em 1999, sob o nº 90⁸⁸⁶.

O primeiro deles, PL 2855/1997, é de autoria do deputado Confúcio Moura (PMDB/RO), “[d]ispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. [...] Inclui a fecundação *in vitro*, transferência de pré-embriões, transferência intratubária de gametas, a criopreservação de embriões e a gestação de substituição, a conhecida barriga de aluguel.”⁸⁸⁷

Apesar da reprodução assistida ter chegado ao Brasil na década de oitenta e do CFM já regulamentá-la desde o início dos anos noventa, o primeiro projeto de lei a respeito do tema foi apresentado em 1997, visando, então, regulamentar as técnicas e as condutas éticas referentes à RHA⁸⁸⁸.

Dispõe especificamente sobre a gestação de substituição nos artigos 15 a 17, mas a permite apenas em casos em que a “futura mãe legal, por defeito congênito ou adquirido, não possa desenvolvê-la”⁸⁸⁹, considerando, então, que a mulher que procura pela técnica já deve ter

⁸⁸⁶ “Tramitação em conjunto. Propostas semelhantes são apensadas ao projeto mais antigo. Se um dos projetos semelhantes já tiver sido aprovado pelo Senado, este encabeça a lista, tendo prioridade sobre os da Câmara. O relator dá um parecer único, mas precisa se pronunciar sobre todos. Quando aprova mais de um projeto apensado, o relator faz um substitutivo ao projeto original. O relator pode também recomendar a aprovação de um projeto apensado e a rejeição dos demais.” AGÊNCIA Câmara de Notícias. *Apensação*. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/67516-apensacao/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

⁸⁸⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.855, de 1997. *Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências*. Diário da Câmara dos Deputados, março de 1997, p. 73-78. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73>. Acesso em: 04 jan. 2021

⁸⁸⁸ Art. 1º Esta lei regulamenta as técnicas e as condutas éticas sobre a Reprodução Humana Assistida (RHA): Inseminação Artificial (IA), Fecundação "In Vitro" (FIV), Transferência de pré-Embriões (TE), Transferência Intratubária de Gametas (TIG) e outros métodos, observados os princípios da eficiência e da beneficência.” *Ibid.*

⁸⁸⁹ Título III. Da gestação de substituição. Art. 15. A gestação de substituição é permitida nos casos em que a futura mãe legal, por defeito congênito ou adquirido, não possa desenvolvê-la. Art. 16. A doação temporária do útero não poderá ter objetivo comercial ou lucrativo. Art. 17. É indispensável a autorização do Conselho Nacional

esgotado todas as formas de gerar e dar à luz por conta própria. Além disso, reputa tanto as técnicas, quanto os problemas de fertilidade como pontos referentes exclusivamente à mulher.

O caráter comercial da gestação de substituição já constava como proibido desde então, mas tal proibição foi incluída sem que constassem maiores explicações na parte dedicada às justificativas do projeto. Apesar de nunca ter se desenvolvido e seguir até a atualidade apensado ao PL1184/2013, como informado, já se encontra completamente defasado, decerto em razão dos vinte e quatro anos que está em suposta tramitação.

Na década seguinte foram apresentados bastantes projetos a respeito da RHA, a começar pelo PL 4664/2001, do deputado Lamartine Posella (PMDB/SP), que “[d]ispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados *in vitro*, determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências”⁸⁹⁰. O mesmo deputado também distribuiu o PL 4665/2001, que “[d]ispõe sobre a autorização da fertilização humana *in vitro* para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências”⁸⁹¹. E o projeto assenta literalmente apenas isso, justificando a permissão ao argumento de que a “ousadia dos cientistas só é superada pela dos pais, dispostos a tudo por um filho”. A firma, ainda, que um casal recorrerá a uma clínica autorizada para “adotar uma criança ainda em forma de embrião”, trazendo-a ao mundo “num parto perfeitamente normal”⁸⁹².

Em 2002, o deputado Magno Malta (PTB/ES) propôs o PL 6296/2002, com o qual intenta proibir “a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino”⁸⁹³, um debate vanguardista, à época, considerando que os resultados de tais pesquisas avançam a passos lentos ainda na atualidade⁸⁹⁴.

de RHA para a doação temporária do útero, salvo nos casos em que a doadora seja parente até 4º grau, consanguíneo ou afim da futura mãe legal. *Ibid.*

⁸⁹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4664/2001. *Dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados "in vitro", determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28414>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁸⁹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4665/2001. *Dispõe sobre a autorização da fertilização humana "in vitro" para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28415>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6296/2002. *Proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46207>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁸⁹⁴ FERNANDES, Thamyris. Cientistas criam espermatozoide em laboratório, a partir de célula feminina. *R7 Ciência e Tecnologia*, 2019. Disponível em: <https://segredosdomundo.r7.com/cientistas-criam-espermatozoide-em-laboratorio-partir-de-celula-feminina/>. Acesso em 06 jan. 2021. MEDIAVILLA, Daniel. A técnica para os homens produzirem óvulos e mulheres, espermatozoides. *El País*, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/07/ciencia/1562532394_457066.html. Acesso em: 06 jan. 2021.

A justificativa para tal proibição, declaradamente moral, ampara-se no receio de se reconhecer o homem como um ser dispensável ao processo natural de reprodução humana: “nosso entendimento é que essa técnica afronta os valores morais predominantes em nossa sociedade e traz o risco mesmo de que se torne a figura paterna, tão necessária quanto a materna na formação do caráter humano, algo descartável”⁸⁹⁵.

Percebe-se aqui, claramente, os valores morais que movem o deputado: um pastor e cantor evangélico, que utiliza suas fortes convicções morais e religiosas para embasar seu projeto de lei, simplesmente por discordar pessoalmente da técnica. Como representante democrático, tenta impô-las ao restante da sociedade, utilizando de fundamentação moral, nada lastreada na ciência ou em eventual dano real a direito de terceiro que justificasse a intervenção do Estado na vida privada/individual.

O projeto prevê ao procedimento a mesma tipificação penal que criminalizava a clonagem humana, mas a lei a que se refere já está revogada há mais de quinze anos pela Lei de Biossegurança⁸⁹⁶, vigente desde 2005, o que demonstra a defasagem também deste PL.

Já em 2003, ano em que mais teve apresentação de projetos, o deputado Roberto Pessoa (PFL/CE) desenvolve o PL 120/2003, prevendo “sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida”, no intuito de permitir “à pessoa nascida de técnica de reprodução assistida saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos”⁸⁹⁷. Aqui se observa a nomenclatura incorreta atribuída, sem reflexão, aos doadores genéticos, o que demonstra a vulnerabilidade do tema. É equivocado referenciá-los como “pai ou mãe biológicos”, vez que com estes não há de se reconhecer vínculo de filiação, inclusive como o próprio projeto de lei intenciona, ao dispor que não gera direito sucessório⁸⁹⁸. Há que se falar, então, corretamente, em doadores genéticos ou origem genética.

⁸⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6296/2002. *Op. Cit.* p. 02.

⁸⁹⁶ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42. Acesso em 06 jan. 2021.

⁸⁹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 120/2003. *Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁸⁹⁸ “Art. 6º A - A pessoa nascida de técnicas de reprodução assistida tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, a ser fornecido na ação de investigação de paternidade ou maternidade pelo profissional médico que assistiu a reprodução ou, se for o caso, de quem detenha seus arquivos. Parágrafo único A maternidade ou paternidade biológica resultante de doação de gametas não gera direitos sucessórios.”

O deputado Dr. Pinotti (PMDB/SP) apresentou projeto relevante sobre o tema, o PL 1135/2003, dispendo sobre reprodução humana assistida, especificamente definindo “normas para realização de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, barriga de aluguel (gestação de substituição ou doação temporária do útero), e criopreservação de gametas e pré-embriões.”⁸⁹⁹

Esse projeto, com seus 26 artigos, é o primeiro a dispor sobre pontos essenciais à RHA, sendo seguido pelos posteriores. Tratou questões como a necessidade do termo de consentimento esclarecido de todos os envolvidos nas TRA, como o anonimato dos doadores e a impossibilidade de vínculo de parentesco entre estes e o ser gerado. Regulamenta minimamente as clínicas de RHA, sem impor, evidentemente, quaisquer limites éticos e patrimoniais a sua atuação. Confirma que toda e qualquer mulher pode ser receptora as técnicas, exigindo para tanto apenas o termo de consentimento e que se enquadre nos critérios para submissão (impossibilidade de procriar naturalmente ou por outras terapêuticas). Mas, se for casada ou viver em união estável, é exigida a “aprovação” e termo de consentimento do marido ou companheiro⁹⁰⁰, o que se revela uma afronta à sua autonomia, como já disposto anteriormente⁹⁰¹.

Quanto à gestação de substituição, dedica seu artigo 16 a dispor que pode ser utilizada por clínicas, quando a gestação for contraindicada na “doadora genética”, já delimitando que a idealizadora deve também doar o próprio óvulo, única situação possível. Nos mesmos termos que a resolução do CFM vigente à época (nº 1358/1992), até porque declaradamente se orientou por ela⁹⁰², prevê a obrigatoriedade da gestante ser da família “da doadora genética”, até o segundo grau de parentesco, e que demais casos deverão ser autorizados pelo CRM.

Por fim, consta que a “doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”⁹⁰³, também sem nenhuma reflexão ou justificativa para tanto, limitando-se a

⁸⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1135/2003. *Dispõe sobre a reprodução humana assistida*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹⁰⁰ Art. 9º Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta lei pode ser receptora das técnicas de reprodução assistida, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. Parágrafo único. Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, em processo semelhante de consentimento informado. *Ibid.*, p. 03.

⁹⁰¹ Cf. tópico 5.5. “Ilegitimidade e inconstitucionalidade da regulamentação de Técnicas de Reprodução Assistida por parte do Conselho Federal de Medicina”.

⁹⁰² “Nos capítulos seguintes, foi mantida a orientação do Conselho Federal de Medicina para o diagnóstico e tratamento de pré-embriões e para a gestação de substituição, equacionados os problemas de acordo com os atuais conhecimentos científicos, bem como com a Lei da Biossegurança e nossa Constituição Federal.” BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1135/2003. *Op. Cit.*, p. 8-9.

⁹⁰³ Art. 16. As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. §1º As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família

informar que o projeto segue o que determina o CFM, um órgão de classe que ilegitimamente limita direitos individuais sem sofrer críticas ou resistência de quem o poderia fazê-lo.

Em seguida, o senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE) apresentou o projeto principal, ao qual seguem anexos todos os demais, o PL 1184/2003, também visando regulamentar a RHA, especialmente a inseminação artificial e fertilização *in vitro*, porém “proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical”⁹⁰⁴. Por ser o projeto principal, maior importância parece lhe ser atribuída, e é de se ressaltar que este é um dos dois projetos que propõem a criminalização da gestação de substituição. Também sua tramitação segue extremamente lenta, deixando seu conteúdo cada vez mais obsoleto diante do avanço tecnológico da reprodução assistida.

Constam nesse as mesmas previsões em destaque do projeto acima, mas nada dispõe sobre a técnica de gestação de substituição, apenas prevê sua criminalização no artigo 19. A pena é de reclusão de um a três anos e de multa para quem “participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica”⁹⁰⁵. Assim, criminaliza a mulher que gesta em substituição, quem a contrata para tanto, ou seja, idealizador(es) da gravidez e quem intermedeie a prática, como o poderia fazer o próprio médico.

Não traz o tópico sobre as justificativas do projeto, o que impede saber o raciocínio por traz da proposta de criminalização da técnica, como, por exemplo, qual bem jurídico pretende proteger, apesar de não ser difícil presumir. No quinto capítulo, dedicar-se-á aos motivos pelos quais essa criminalização é infundada e não poderá ser aprovada⁹⁰⁶.

E, por fim, ainda em 2003, surgiu o PL 2061/2003, primeiro de autoria de uma mulher sobre o tema, a deputada Maninha (PT/DF), o qual “[d]isciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências”⁹⁰⁷. Nada de

da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização ética do Conselho Regional de Medicina. §2º A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. *Ibid.*, p. 4-5.

⁹⁰⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1184/2003. *Dispõe sobre a Reprodução Assistida*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹⁰⁵ Art. 19. Constituem crimes: [...] III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa; [...]. *Ibid.* p. 07.

⁹⁰⁶ Cf. tópico 6.4.2. “A inconstitucionalidade dos tipos penais descritos no projeto”.

⁹⁰⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2061/2003. *Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835>. Acesso em: 04 jan. 2021.

novo ou relevante se comparado com os anteriores, apenas mais sucinto. Importa destacar somente que, quanto à gestação de substituição, deixa de criminalizar a prática onerosa, mas impõe o caráter altruísta, também sem justificar a proibição da comercialização.

Em 2004, um projeto foi apresentado pelo deputado José Carlos Araújo (PFL/BA), PL 4686/2004, o qual “[i]ntroduz art. 1.597-A [...] [ao] Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental [...]”⁹⁰⁸.

O PL 4889/2005, de autoria do deputado Salvador Zimbaldi (PTB/SP), parece ser o primeiro a se preocupar especificamente com a atuação das clínicas de RHA, pois “[e]stabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana”⁹⁰⁹. Contudo, em seu texto confuso e incompleto, preocupa-se apenas em proibir a fecundação de mais de dois óvulos da mesma mulher para cada gestação, proibir a redução terapêutica de embriões (o que equipara a aborto) e impedir a obtenção de células-tronco por meio de fecundação. Em sua justificativa, evadida de preceitos moralistas, invoca suposto princípio cristão que regeria todos ser humano, asseverando ser “necessário que se aprove leis para inibir práticas delituosas, imorais que ferem o princípio cristão do ser humano”⁹¹⁰

O seguinte, PL 5624/2005, do deputado Neucimar Fraga (Partido Liberal/ES), fora apresentado para criar o Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde⁹¹¹.

Passados alguns anos, em 2008, mais uma vez o deputado Dr. Pinotti (DEM/SP) apresenta um projeto sobre a temática geral, o PL 3067/2008, este para tratar sobre células-tronco e embriões congelados⁹¹².

Também com maior espaço de tempo, em 2010, a deputada Dalva Figueiredo (PT/AP) distribui o PL 7701/2010, para dispor, pela primeira vez, “sobre a utilização *post mortem* de

⁹⁰⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4686/2004. *Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹⁰⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4889/2005. *Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277889>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 02.

⁹¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5624/2005. *Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=293728>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹¹² “Estabelece que as pesquisas com células-tronco só poderão ser feitas por entidades habilitadas, mediante autorização especial da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP”. E também “proíbe a remessa para o exterior de embriões congelados; veda o envio e a comercialização dos resultados das pesquisas” BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3067/2008. *Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=387753>. Acesso em: 04 jan. 2021.

sêmen do marido ou companheiro”⁹¹³. Em 2012, por sua vez, o deputado Lael Varella (DEM/MG) apresentou o PL 3977/2012 para regulamentar o “acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução Assistida aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer”⁹¹⁴.

Ainda em 2012, foi apresentado o PL 4892/2012⁹¹⁵, de autoria de Eleuses Paiva (PSD/SP), cujo conteúdo fora integralmente reproduzido no projeto seguinte sobre o tema, o PL 115/2015⁹¹⁶, do deputado Juscelino Rezende Filho (PRP/MA), sem maiores explicações. Visam instituir um “Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais”.

Completo e abrangente, conta com 106 artigos, arrolando entre seus crimes a prática de gestação de substituição onerosa, cuja pena à gestante e a quem intermedeia a relação é de dois a cinco anos de reclusão e multa, nada dispondo quanto a quem contrata⁹¹⁷. É esse, pois, o segundo dos dois projetos que criminalizam a técnica.

Apesar de isentar de pena os idealizadores da gestação, em comparação com o PL nº 1184/2003, observa-se que as penas mínima e máxima de reclusão para gestante e intermediador aumentaram consideravelmente. Da mesma forma que a criminalização proposta naquele projeto, a deste também será aprofundada no quinto capítulo.

Mas, esse projeto, ao contrário daquele, para além da criminalização, ao menos dedicou alguns artigos para regulamentar a técnica. Os artigos 21 a 26 tratam o tema, mas estão claramente amparados na Resolução do CFM vigente à época (1.957/2010)⁹¹⁸. O artigo 24 prevê a obrigatoriedade de formalizar a “cessão temporária de útero” (sempre altruísta) por meio de “pacto de gestação de substituição”, o qual deverá, sem seguida, ser homologado

⁹¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7701/2010. *Dispõe sobre a utilização post mortem de sêmen do marido ou companheiro.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3977/2012. *Dispõe sobre o acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução Assistida aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=546435>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4892/2012. *Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 115/2015. *Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹¹⁷ Art. 86. Cobrar qualquer espécie de remuneração para a cessão temporária de útero. Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem viabiliza ou facilita, com fins lucrativos, o contato entre quem concedeu o útero e a pessoa que busca a descendência. *Ibid.*, p. 17.

⁹¹⁸ Capítulo V – Da cessão temporária de útero. *Ibid.*, p. 05.

judicialmente, sob pena de nulidade do ato e de a gestante substituta ser considerada mãe da criança⁹¹⁹.

Em 2017, mais dois projetos surgiram, ambos versando sobre direito sucessório. Tanto o PL 7591/2017⁹²⁰, do deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), quanto o PL 9403/2017⁹²¹, do deputado Vitor Valim (PMDB/CE), visam, por meio da modificação do conteúdo do artigo 1.798 do Código Civil, estabelecer a capacidade/direito de sucessão ao filho gerado por meio de reprodução assistida após a abertura da sucessão/morte do autor da herança.

Mais recentemente, em 2019, um projeto bastante relevante para a gestação substituta foi apresentado pelo deputado Afonso Motta (PDT/RS), o PL 5768/2019, o qual já fora anteriormente analisado, quando debatido sobre a necessidade de se definir o conceito de maternidade no ordenamento jurídico civil⁹²². O projeto visa acrescentar dispositivos ao Código Civil, no intuito de “estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestação de substituição”⁹²³.

Pelo projeto, reconhece-se legalmente o que já é definido naturalmente: “[a] maternidade será presumida pela gestação”. Já em seu parágrafo único prevê que, em caso de utilização de TRA, “a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”⁹²⁴.

Apesar de já ter sido analisado anteriormente, necessário reiterar agora, até pelos outros aspectos do projeto que lá não eram relevantes. Considera-se que o projeto atinge o objetivo de definição da maternidade, no entanto, há que se observar que seria muito mais eficaz dispor apenas que a maternidade deve ser definida pela idealização do projeto parental.

⁹¹⁹ Art. 24. Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação. Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer. *Ibid.*

⁹²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7591/2017. *Acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9403/2017. *Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166809>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹²² Cf. tópico 5.2.2.2. “A necessidade de definição legal da maternidade”.

⁹²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5768/2019. *Acrescenta dispositivos à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autoriza a gestão de substituição.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227733>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹²⁴ Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização de técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga. *Ibid.*, p. 01.

Desse modo, irrelevante se quem idealizou a gravidez utilizou de interposta pessoa para gestar a criança ou para gerá-la, importando tão somente quem planejou e esperou pela criança. Para maiores considerações sobre esse ponto, remete-se à leitura no tópico anterior referente ao tema⁹²⁵.

Outro ponto importante do projeto diz respeito à autorização expressa da gestação de substituição altruísta⁹²⁶. Deve, no entanto, ser praticada por parente de algum dos idealizadores, sem definir o grau de parentesco, apenas em situações de impedimento ou contraindicação à gestação por estes pessoalmente, algo bem próximo do que define o CFM a respeito.

Na proposta de artigo 1597-B e na justificativa do projeto, ao final, consta conceituação da gestação de substituição: “[...]gest[ação] de substituição é a técnica de reprodução assistida segundo a qual uma mulher aceita, de forma gratuita e voluntária, gestar filho de outros pais biológicos”⁹²⁷, dispondo de forma livre um conceito da técnica, como se fosse intrínseco a ela sua evidente gratuidade. Não proíbe a onerosa, mas, como dito, trata como inerente à atividade o altruísmo e doação por parte da gestante.

Por fim, em 2020, os dois últimos projetos sobre o tema, também referentes ao direito sucessório, tal qual os apresentados em 2017 (tanto que foram a eles também apensados, além do principal), o PL 1218/2020⁹²⁸, do deputado Alexandre Frota (PSDB/SP) e o PL 4178/2020⁹²⁹, do deputado Deuzinho Filho (Republicanos/CE).

⁹²⁵ Cf. tópico 5.2.2.2. “A necessidade de definição legal da maternidade”.

⁹²⁶ Art. 1.597-B. Fica autorizada a gestação de substituição. §1º Gestão de substituição é a técnica de reprodução assistida segundo a qual uma mulher aceita, de forma gratuita e voluntária, gestar filho de outros pais biológicos e desde que sejam preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: I – Somente será permitida se houver problema médico que impeça ou contraíndique a gestação na doadora genética; II - A doadora temporária do útero deve pertencer à família da doadora genética ou de seu cônjuge ou companheiro; III – A doadora temporária de útero deve ser plenamente capaz”. §2º A técnica só poderá ser realizada mediante laudo médico que demonstre o impedimento ou que contraíndique a gestação na doadora genética. *Ibid.*, p. 02.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 05.

⁹²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1218/2020. *Altera a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242307>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4178/2020. *Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 para estabelecer o direito a sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259957>. Acesso em: 04 jan. 2021.

6. CRIMINALIZAÇÃO: AS SUPOSTAS TIPIFICAÇÕES PENAIS

Até esse momento, demonstrou-se não haver proibição constitucional e cível acerca da prestação onerosa da gestação de substituição, bem como regulamentação administrativa legítima para tanto. Passa-se agora a analisar o aspecto penal.

Quando o assunto envereda no âmbito do direito penal, surgem ameaças ainda maiores aos direitos humanos: a gestação de substituição onerosa é interpretada como crime não só pelo senso comum, mas também por alguns doutrinadores e aplicadores do direito de modo completamente indevido, o que gera, em casos extremos, o risco de um processo penal incorreto ou possível condenação descabida.

Atualmente, o direito penal já tem sido motivo de preocupação por ser utilizado de modo paternalista e moralista, afetando direitos e liberdades individuais sem quaisquer motivos constitucionais para tanto, como quando tipifica crimes sem bem jurídico-penal aparente. Limita a autonomia individual, na medida em que visa a proteger o sujeito autônomo de condutas que se restringem exclusivamente a seu âmbito pessoal, sejam essas condutas autorreferentes ou heterorreferentes mediante seu consentimento, como as atividades de lenocínio, a eutanásia e o uso e venda de drogas.

Não obstante, a inquietação com o presente tema diverge um pouco disso, trata-se aqui de tentativa de se tipificar a gestação de substituição onerosa em condutas já existentes que não se relacionam com a técnica. Ou seja, ao contrário de existir de fato uma criminalização sobre a gestação de substituição, a qual provavelmente seria moralista, não existe tal crime e tenta-se adequá-la arbitrariamente a tipo penal preexistente.

É essencial desvelar a falsa tipificação. São muitos os que afirmam genericamente que a gestação de substituição onerosa, a “barriga de aluguel”, é crime; grande parte desses textos e afirmações não apresentam qualquer segurança e comprometimento acadêmico ou científico, mas estão moldando o senso comum, para o qual facilmente a prática é ilegal. Como exemplo, a título meramente ilustrativo, transcreve-se os excertos abaixo, todos de ampla divulgação na internet. O primeiro deles é apontado como artigo no *site* Associação de Direito de Família e das Sucessões, de autoria de dois advogados criminalistas:

Focando apenas nos reflexos penais desta conduta, podemos afirmar que os envolvidos no “negócio” em questão correm sério risco de enfrentar um processo criminal. O primeiro delito a ser cogitado diz respeito ao *art. 238, do Estatuto da Criança e do Adolescente*, que prevê punição àquele que “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa.” A pena, no caso, é de reclusão de um a quatro anos, e multa. Para este caso, responde tanto a mãe biológica, como autora, como os pais “contratantes” e aqueles que viabilizarem o

contrato, todos estes na condição de coautores ou partícipes. Ocorrendo o registro da criança com indicação falsa da paternidade e/ou maternidade, evento conhecido como “adoção à brasileira” incorrem os envolvidos também no delito previsto no *art. 242, do Código Penal*, referente à “Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido”. Este crime, nas palavras da Lei, consiste em “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.” A pena, para o caso, vai de 2 a 6 anos de reclusão e multa. Destaca-se, por fim, que o Código Penal prevê, em seu *art. 245, §1º*, a possibilidade de punição à mãe biológica da criança que vier a entregar “filho menor a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo.” Dada a necessária demonstração do descrédito moral ou material dos pais contratantes, entendemos que este crime é de difícil aplicação para a hipótese ora analisada. De toda forma, vale lembrar que a pena prevista para este delito, nas hipóteses de lucro, varia de 1 a 4 anos de reclusão e multa. Ressaltamos que não é aplicável ao caso o crime de “compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (*art. 15, Lei 9434/03*), posto que a mercantilização, aqui, diz respeito a (futura) criança, ente que pode ser enquadrado na condição de nascituro ou pessoa, conforme tenha ou não nascido⁹³⁰.

Nesse trecho, os autores apontam que a prática pode tipificar o crime previsto no artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 242 e/ou 245 do Código Penal, mas não no artigo 15 da Lei de Transplantes, já que “a mercantilização diria respeito à futura criança”, não a órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Outro caso interessante a ser destacado é a reportagem da BBC Brasil sobre o “mercado online de barrigas de aluguel”. Nos excertos abaixo, entrevistas com uma mulher que gestou onerosamente, uma advogada especialista em Direito de Família e Sucessões, um advogado criminalista e o diretor da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA):

Conforme resolução publicada pelo CFM no ano passado [2017], caso envolva dinheiro, a barriga de aluguel é considerada criminoso - o argumento é de que, constitucionalmente, é proibido no país trocar órgãos ou tecidos por dinheiro. A prática pode culminar em penas de três a oito anos de prisão, além de multa. As punições são aplicáveis aos pais ou à mulher que gerou a criança. A despeito disso, diversas mulheres se oferecem como barriga de aluguel em páginas e grupos de redes sociais - o maior deles, no Facebook⁹³¹, possui 3,3 mil membros. Cobra-se de R\$ 15 mil a mais de R\$ 100 mil, além de despesas com a gravidez e estada quando necessário. [...] ‘É triste que seja considerado crime, porque não vejo problemas. As pessoas estão pagando para a gestante, por ela colocar a vida em risco. Enquanto os pais realizam o sonho de ter o bebê, a barriga de aluguel também precisa receber algo em troca’, argumenta Isabel. [...] Segundo a advogada Mariana Turra Ponte, especialista em Direito de Família e Sucessões, caso comprovada a transação financeira, os envolvidos podem ser condenados. O médico que participou do procedimento também pode sofrer punição. ‘A legislação brasileira tipifica a compra

⁹³⁰ GOULART, Douglas Lima; LAGONEGRO JR., Rinaldo Pignatari. *Barriga de aluguel e direito penal*. 2018. Disponível em: <http://adfas.org.br/2018/03/29/barriga-de-aluguel-e-direito-penal/>. Acesso em 07 mai. 2020.

⁹³¹ O que de fato se constatou, como por exemplo o grupo público *Quero ser Barriga de Aluguel*, em que há publicações abertas sobre ofertas e demandas, apesar de aparentar pouco movimento nos últimos anos. Disponível em: <https://www.facebook.com/groups/378752062496988/>. Acesso em: 07 mai. 2020. A respeito desse grupo e de outros na rede social: LEITE, Luisa, Fora da lei, mulheres se oferecem para ser barriga de aluguel na internet. *Folha de São Paulo*. 30 abr. 2018. 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: 07 mai. 2020.

ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano como o crime e estabelece pena de reclusão de três a oito anos e multa, o que poderia se aplicar’, relata. O próprio anúncio da barriga de aluguel em redes sociais pode ser considerado ilegal, afirma o advogado criminalista Iberê Bandeira de Melo. ‘Há pelo menos quatro crimes que podem tipificar essa conduta. Entre eles estão a publicidade enganosa e o estelionato - caso faça a divulgação e não cumpra ou não possa cumprir por conta da ilegalidade. Além disso, esses anúncios também podem ser classificados como apologia ou incitação ao crime.’⁹³²

Aqui, a análise criminal vai ainda mais longe. O advogado argumenta que, além da prática de gestação de substituição onerosa ser crime devido à proibição de “compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (ou seja, art. 15 da Lei de Transplantes), também o seria a divulgação da prestação do serviço na internet, configurando o crime contra o consumidor de publicidade enganosa⁹³³, por divulgar um serviço ilícito⁹³⁴. Além disso, argumenta, por fim, ser também crime de estelionato, caso não cumpra ou não possa cumprir o contrato, por ser ele ilegal⁹³⁵.

⁹³² LEMOS, Vinícius. Carrego seu filho por R\$ 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel. *BBC Brasil*. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>. Acesso em: 07 mai. 2020.

⁹³³ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa. BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 07 mai. 2020.

⁹³⁴ Primeiro e principal motivo pelo qual se nota a impropriedade de tal argumentação é que a relação entre a gestante e pais idealizadores não pode ser considerada relação consumerista. Os idealizadores não se enquadram na qualidade de “consumidor” descrita no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, muito menos a gestante na de fornecedor, prevista no seu art. 3º. Ademais, s.m.j., pode-se problematizar a própria conceituação de “publicidade”, no que não se aprofundará, mas, nas palavras de Pasqualotto e a partir do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, é a atividade comercial “destinada a estimular o consumo de bens ou serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias (art. 8.9.)”, de modo que a divulgação individual de uma mulher sobre sua disponibilidade para prestar gestação de substituição não se identifica com tal atividade dedicada a promover o consumo. Para maiores informações, cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, p. 733 e ss. PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1997, p. 10.

⁹³⁵ Também resta completamente ilógica tal assunção, considerando que o crime de estelionato é um crime contra o patrimônio, o qual se configura quando alguém, mediante ardil ou fraude, induz outrem a erro para que lhe entregue alguma vantagem ilícita. Para que uma relação onerosa de gestação de substituição configure em tal tipo penal, de alguma forma, é necessário demonstrar fraude por parte da gestante. Por exemplo, caso ela finja, deliberadamente, que prestará a gestação e entregará a criança ao final, mediante contraprestação financeira, quando na verdade, não é esse seu intuito, e sim apenas receber a vantagem sem nada fazer, poderá configurar o crime em apreço, caso reste demonstrada sua intenção dolosa, a utilização de meio ardiloso/fraude para angariar a vantagem do pagamento pela gestação ilicitamente. A gestação de substituição onerosa jamais configurará, por si só, prática do crime de estelionato. Para maiores informações sobre o crime de estelionato, conferir, entre tantos: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*. 3ª ed. Ebook. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 02, p. 581. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 392. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial*. 3ª ed. Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2019, vol. 02, p. 390.

No caso de simples celebração de contrato de gestação de substituição onerosa, sendo ele cumprido, nada a se ressaltar. Em não havendo entrega da criança gestada ao final, isso, por si só, não tipifica o crime, sendo

O próprio diretor da SBRA, nessa mesma reportagem, afirma que o principal motivo da participação de gestante substituta sem relação familiar com os pais idealizadores ter que ser autorizada pelo CRM, como já mencionado, “[...] é evitar vínculos comerciais. ‘No Brasil, pela Constituição é proibido ceder órgãos, tecidos ou células com remuneração. Estamos prevenindo essa prática’”⁹³⁶.

Destaca-se também reportagem de outro advogado que entende pela tipificação no rol do artigo 15 da Lei de Transplantes:

Porém, o advogado Bernardo Campinho alerta: receber dinheiro para gerar um bebê de outro casal é crime no Brasil e pode punir todos os envolvidos no ato. [...] Ao ser perguntado se o aluguel da barriga é uma ação criminosa, ele foi enfático: ‘É crime, no Brasil é proibido pela constituição, é vedado pelo CFM, o próprio médico pode perder o registro se tiver envolvimento nisso’, [...] ‘Pela lei de transplantes, você tem a criminalização do comércio de tecidos, órgão e partes do corpo humano, então você teria uma punição de três a oito anos inclusive para quem promove, intermedeia, ou tem vantagem com isso’, complementou⁹³⁷.

Em um popular *site* do direito, o Migalhas – o qual aqui se apresenta apenas com fim exemplificativo - há texto informando ser a gestação de substituição onerosa um crime, também com entrevista a uma advogada:

Há, ainda, a possibilidade do ato destas incorrer no crime disposto no art. 15 da lei de transplantes: Art. 15 Comprar ou vender tecidos, órgão ou parte do corpo humano, cuja pena é 3 a 8 anos e multa, ou algum dos outros crimes desta lei. Por isso, a advogada destaca a importância de seguir as determinações do conselho de medicina. Em caso, por exemplo, de a mulher que gerou o filho desistir de entregar a criança, sendo parente ou estando autorizado pelo CFM, a mulher que gera o bebê não teria qualquer vínculo com a criança, ainda que tenha sido doadora, por exemplo, do gameta feminino.⁹³⁸

Em outro *site* popular de direito, o *jus*, encontra-se um texto em que o autor afirma a conduta tipificar o crime do artigo 238 do Estatuto da Criança e Adolescente:

A tutela penal da vida do bebê na situação em apreço obedece aos mesmos cuidados que o legislador teve ao estatuir, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, a tipificação da seguinte conduta, nesses termos: ‘Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.’ Percebe-se que o tipo penal supracitado tem aplicação aos casos de

⁹³⁶ LEMOS, Vinícius. Carrego seu filho por R\$ 100 mil!: o mercado online da barriga de aluguel. *Op. Cit.*

⁹³⁷ ADVOGADO sobre barriga de aluguel: é crime com punição de até oito anos. *Gshow*. 2013. Disponível em: <https://blog.metzger.com/referencia-de-sites-e-artigos-online/#Sem-autor>. Acesso em: 07 mai. 2020.

⁹³⁸ BARRIGA solidária é alternativa para quem não pode engravidar, mas há lacuna legal. *Migalhas*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/302057/barriga-solidaria-e-alternativa-para-quem-nao-pode-engravidar-mas-ha-lacuna-legal>. Acesso em: 07 mai. 2020.

gestação subrogada duplamente heteróloga a título gratuito, por haver a efetiva entrega ou promessa de entrega de filho (entendido como o fruto da gestação), mediante pagamento ou recompensa. A forma gratuita, contudo, estaria a descoberto, não sendo abrangida pela norma.⁹³⁹

Serve esse compilado para demonstrar o grau de desinformação presente em textos jurídicos e reportagens a respeito do tema, enunciando, assim, a essencialidade do presente estudo. Não se procura debater o tema a fundo, deixando arestas sobre a legalidade da prática de gestação de substituição onerosa, sobretudo no âmbito penal. É extremamente necessário analisar alguns dos tipos penais apontados e definir se de fato enquadram a conduta de gestação de substituição onerosa ou se essa é uma conduta atípica, e, portanto, irrelevante ao mundo jurídico penal.

A seguir, serão detalhados os crimes previstos nos artigos 15 da Lei 9.434 de 97, a Lei de Transplantes, o artigo 242 do Código Penal e o artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por serem os únicos plausíveis de se confundir com a técnica, sendo os demais completamente descabidos, em uma argumentação ilógica e punitivista. Para tanto, utilizar-se-á, sobretudo, os estudos de autores brasileiros, doutrinadores dedicados à análise aplicada dos tipos penais, e da teoria do delito na perspectiva do direito penal brasileiro.

6.1. Artigo 15 da Lei nº 9.434 de 1997, a Lei de Transplantes

Há quem defenda que a gestação de substituição onerosa é corretamente proibida pelo CFM, porque é crime tipificado no já mencionado artigo 15 da Lei de Transplantes, Lei nº 9.434/97. Essa opinião parece advir de uma espécie de senso comum.

O artigo dispõe:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Primeiramente, importante lembrar o que já fora dito quando do artigo 199, §4º da Constituição Federal⁹⁴⁰. A lei 9.434/97 foi criada para regulamentar o que está disposto naquele parágrafo: “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

⁹³⁹ FIGUEIREDO NETO, Pedro Camilo de. Gestação por substituição e sua abordagem pelo Direito Penal. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20267>. Acesso em: 07 mai. 2020.

⁹⁴⁰ Cf. tópico 5.1. “Artigo 199, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”.

coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. Na descrição da lei consta praticamente o mesmo, com a ressalva de que, declaradamente, não abrange o sangue, o esperma e o óvulo⁹⁴¹.

Ou seja, a lei dispõe sobre a remoção, a extração de órgãos, tecidos e substâncias do corpo humano para fins de transplante, pesquisa e para tratamento, categorias nas quais, como já devidamente analisado, não se amoldam as figuras da reprodução assistida, à qual a gestação de substituição se refere. Também não há remoção de parte alguma do corpo, apenas a temporária disponibilidade do útero, que continua sob posse e domínio de quem o disponibiliza para uso. Já começa aí, então, a inaplicabilidade da referida lei e, por óbvio, do crime nela previsto⁹⁴².

Mesmo assim, e a despeito disso, ainda há quem defenda ser a gestação substituta crime pelo que está previsto no referido artigo 15, como as autoras Chagas e Nogueira. Elas consideram importante a regulamentação da técnica por meio do CFM, principalmente por ressaltar “[...] o caráter solidário da técnica, com a justificativa de coibir a comercialização, haja vista que a compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano é crime.”⁹⁴³.

Também Ferreira defende que as criminalizações referentes à comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, nos termos da Lei nº 9.434/97 (arts. 14 a 17), “podem ser interpretad[a]s de maneira a estender a proibição à venda de gametas e aluguel de útero na reprodução humana assistida”⁹⁴⁴. Em texto mais antigo, mas sobre a mesma previsão legal (principalmente considerando que não houve mudança), Souza, juíza de direito, ressalta que a “disposição onerosa de qualquer parte do corpo humano é crime”, motivo pelo qual a “barriga de aluguel” também o seria⁹⁴⁵. E essas autoras, a despeito da preocupação metodológica de seus

⁹⁴¹ Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo. BRASIL, Lei nº 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.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 08 mai. 2020.

⁹⁴² Importante mencionar que essa lei também não proíbe a “compra” e “venda” de esperma ou óvulos (e também de sangue) já que consta expressamente no parágrafo único do seu artigo 1º: “Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.” *Ibid.*

⁹⁴³ CHAGAS, Márcia Correia; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. Maternidade de sub-rogação e direitos fundamentais: o planejamento familiar e gestação em útero alheio. *Revista Faculdade de Direito de Fortaleza*, v. 34, n. 1, p. 333-354, jan./jun. 2013, p. 341.

⁹⁴⁴ FERREIRA, Carla Froener. *A reprodução humana assistida e a sociedade do espetáculo: a fragmentação do direito frente à publicidade via internet de tratamento de fertilização*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle – Unilasalle, Canoas, p. 28.

⁹⁴⁵ SOUZA, Marise Cunha de; *As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade*. Bioética. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010, p. 356

trabalhos, não apresentam reflexão aprofundada acerca dessa constatação, apenas tomam como verdade o que falam, por, supostamente, estarem pautadas na Constituição e em lei.

Em coro com essas autoras, há vários aplicadores do direito que acreditam ser a gestação de substituição onerosa crime de acordo com o artigo 15 da Lei de Transplantes, como demonstrado no início do capítulo. É necessária, pois, uma análise aprofundada do tipo penal, visando demonstrar, categoricamente, que não o é.

Os núcleos ali previstos são “comprar” e “vender”. A compra seria praticada por quem idealiza a gestação, pelos pais idealizadores, e a venda por quem disponibiliza o útero mediante remuneração, a gestante substituta.

O ato de compra e venda é regido pelo ordenamento jurídico civil brasileiro. Quando mais complexo, é formalizado por meio de um contrato escrito, mas não necessariamente; em casos simples e cotidianos, costuma ser verbal⁹⁴⁶. O artigo 481 do Código Civil Brasileiro dispõe que “[p]elo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”⁹⁴⁷.

A compra e venda é um contrato oneroso, bilateral, consensual e solene por exceção, “pelo qual o titular do domínio sobre uma coisa (vendedor) obriga-se a transferi-lo para alguém (comprador), mediante pagamento em dinheiro ou título representativo correspondente”⁹⁴⁸. Ele é translativo de domínio, o que quer dizer que “objetiva a mudança de titularidade do direito de propriedade”⁹⁴⁹. Ou seja, quem compra passa a ser dono da coisa e dela dispor como proprietário, a qual lhe deve ser entregue e transferida. Gomes ressalta que a compra e venda pertence à categoria dos contratos onerosos, obrigatoriamente: “vendedor e comprador têm em mira obter uma vantagem patrimonial. Ao sacrifício da perda da coisa corresponde o proveito

⁹⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil: Contratos*. 22ª ed. Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2018, paginação irregular, tópico 217.

⁹⁴⁷ Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 mai. 2020.

⁹⁴⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Contratos. 9ª ed. Versão Ebook. Rio de Janeiro: Forense, vol. 3, 2018, p. 213. O mesmo conceito e características são também apresentados por: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Op. Cit.*, paginação irregular, tópico 217. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Teoria Geral e Contratos em Espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, vol. 4, 2015, p. 597. E afirmam estes autores que “disso não diverge a civilística brasileira”.

⁹⁴⁹ Como afirma Nader, pela definição, no Brasil, o contrato de compra e venda não transfere, per se, a propriedade do objeto, mas gera a obrigação da transferência. NADER, Paulo. *Ibid.* p. 212. Gomes, por sua vez, destaca que o fim específico da compra e venda é exatamente “a alienação de um bem. As pessoas que o celebram têm a intenção, respectivamente, de transferir e adquirir a propriedade. Em alguns sistemas jurídicos, o contrato de compra e venda produz, por si só, efeito translativo. Em outros, porém, não é meio hábil para transmitir a propriedade, limitando-se a gerar a obrigação de transferi-la.” E esse último modelo, o obrigacional, é o que rege em nosso ordenamento jurídico pátrio. GOMES, Orlando. *Contratos*. BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginalda Paranhos de, (atualiz.). 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 216.

do recebimento do preço. Ao sacrifício do pagamento do preço corresponde o proveito do recebimento da coisa”⁹⁵⁰.

Vê-se, então, que, em uma relação de compra e venda, quem vende é obrigado a transferir o domínio sob o objeto da transação para quem o compra, que, por sua vez, por ele é obrigado a pagar certo preço contratado. Para que a transferência de domínio ocorra “é necessária a tradição, isto é, a entrega da coisa com ânimo de lhe transmitir a propriedade”, imitando o comprador na sua posse, visando que tenha a disponibilidade da mesma”⁹⁵¹. A “*traditio* da coisa mediante o pagamento do valor em pecúnia” é efeito essencial do contrato de compra e venda⁹⁵². É exigido o preço, como elemento essencial, e a entrega de um bem comercializável⁹⁵³.

Para os fins pretendidos no tópico⁹⁵⁴, “entende-se *domínio* como a submissão da coisa ao sujeito (usar, gozar, dispor), enquanto propriedade remete à titularidade, isto é, vinculação entre a coisa e o sujeito”⁹⁵⁵. Quer dizer, o domínio pode ser reconhecido como um vínculo material pelo qual a coisa se submete ao seu titular, que dela frui e livremente dispõe; enquanto a propriedade é a titularidade formal da coisa, de modo, então, que a propriedade abrange o domínio, mas não o contrário.

A partir disso, analisando o tipo penal do artigo 15, conclui-se que é possível haver compra e venda de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, desde que possam ser do corpo extirpados, pois devem ser entregues, por tradição, pelo vendedor ao comprador, que dele poderá livremente dispor. Até poderia haver compra e venda de um útero para, por exemplo, ser transplantado em quem o adquire, ou para alguma instituição com fins de pesquisa, e essas

⁹⁵⁰ GOMES, Orlando. *Contratos. Op. Cit.*, p. 266. No mesmo sentido concluem Farias e Rosenvald: a “finalidade alvitada pelo contrato de compra e venda é a alienação de bens, estando as partes marcadas pelo desejo de se desfazer e de adquirir uma determinada coisa. Noutras palavras, é, por excelência, um contrato para consumo.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, vol. 4, 2015, p. 597.

⁹⁵¹ GOMES, Orlando. *Contratos. Op. Cit.*, p. 279-280. Se a coisa for bem imóvel, não é a tradição que transfere o domínio, mas o registro. *Ibid.*

⁹⁵² TEPEDINO, Gustavo; BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson. *Fundamentos do Direito Civil. Contratos*. 2ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 167.

⁹⁵³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. *Revista de Bioética y Derecho*. Vol. 34, 2015, pp. 64-80, p. 71.

⁹⁵⁴ Diz-se isso por ser o tema nebuloso no direito civil brasileiro, e pode se dizer que a lei, orientada pelo direito romano, não separa os conceitos de domínio e propriedade, sendo certo, porém, que esta é gênero e aquele é espécie, e que a propriedade abarca o domínio, mas não o contrário. Cf. LÔBO, Paulo, *Direito Civil: coisas. Op. Cit.* paginação irregular, tópico 5.1.

⁹⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: coisas*. 4ª ed. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2019, vol. 4, paginação irregular, tópico 5.1.

são modalidades proibidas por esse artigo de lei⁹⁵⁶. Mas isso claramente não ocorre com o útero (ou com a placenta⁹⁵⁷) em uma situação de gestação de substituição.

O que ocorre com a gestação substituta onerosa não pode ser considerada compra e venda porque a gestante não pode transferir o domínio sobre seu útero a quem supostamente o adquire, simplesmente porque ele não será retirado de seu corpo. Essa impossibilidade de extração do útero para a gestação substituta mediante remuneração é o que impede que seja objeto de compra e venda, pois impossibilita a transferência do domínio sobre ele, essencial à relação. A gestante é a única que pode dele livremente dispor/utilizar, que detém posse e domínio sobre seu útero, e assim continua durante a gestação e depois dela, sem que seja possível transferir o domínio sobre ele, ou depois recebê-lo de volta⁹⁵⁸.

Com efeito, os que defendem que tal artigo tipificaria a gestação de substituição parecem confundir o objeto do contrato, não se tratando do útero da mulher enquanto órgão, mas sim de sua prestação de serviços por meio dele, sendo utilizado pela própria mulher que o detém, a gestante.

Assim, a gestação de substituição onerosa não se encontra tipificada no tipo penal do artigo 15 da Lei de Transplantes. “O tipo é a ferramenta fundamental para limitar o poder punitivo do Estado e determinar a liberdade de conduta dos cidadãos”⁹⁵⁹. Amparada no princípio da legalidade, a lei penal deve descrever claramente as condutas abstratamente proibidas em tipos penais, para que se possa ter conhecimento adequado do que não está permitido em sociedade. Caso se as pratique, resta configurado o crime, tipificada a conduta. “A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal”⁹⁶⁰.

⁹⁵⁶ Criminalização da qual também se discorda, pelos mesmos argumentos dispostos em: BADARÓ, Tatiana. Comercializar órgãos transplantáveis ofende bens jurídicos? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia. *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 325-346.

⁹⁵⁷ Como explicado no tópico 5.1 (p. 146), é importante observar que a placenta, apesar de ser considerada um órgão (assim como os fluidos que decorrem da gestação são considerados substâncias humanas), ela é um órgão temporário, surge no corpo humano apenas no momento da gestação, para sustentá-la. Ao término desta, o órgão transitório é, inclusive, descartado, não é vendido à pessoa que idealiza a gestação nem mesmo fica com a mulher que suporta a gravidez. Assim como o útero não é o objeto do contrato, também não o é a placenta. Não há que se falar em retirada ou venda dela, muito menos em diminuição permanente do corpo que justificasse a aplicação do artigo em comento.

⁹⁵⁸ Observa-se que é diferente do caso de uma mulher receber um transplante de útero e depois engravidar. Isso não seria considerado gestação de substituição e, caso houvesse pagamento por esse útero transplantado, incidiria no artigo 15 da Lei 9.434/97.

⁹⁵⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. *Op. Cit.*, p. 471.

⁹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 388.

Também não é demais ressaltar não ser criminalizada, por este artigo, suposta compra ou venda da criança gestada. Apesar de – ela sim – poder ser, na prática, “objeto” de contrato de compra e venda, por poder ser “transferido o domínio” sobre ela, a criança não é “tecido, órgão ou parte do corpo humano”, sendo um corpo e vida por si só, independente do corpo de quem lhe gesta⁹⁶¹. Voltar-se-á ainda a esse assunto à frente, quando for analisado o crime previsto no artigo 238 do Estatuto da Criança e Adolescente, o qual trata especificamente da suposta venda da criança gestada.

É completamente inverossímil defender essa tipificação. A conduta não se amolda ao tipo penal e não pode haver esforço hermenêutico que a faça amoldar. Não há interpretação que se dê ao crime do artigo 15 da referida Lei de Transplantes que o torne capaz de abarcar a gestação de substituição onerosa sem ofender a princípio dos mais básicos em um Estado Democrático de Direito, novamente, o princípio da legalidade.

6.1.1. Ofensa ao princípio da legalidade

Entender a gestação de substituição como crime no referido artigo 15 se mostra uma afronta a princípio dos mais importantes e necessários a uma democracia liberal, que deveria prezar por liberdades individuais e se preocupar em limitar o poder punitivo estatal.

O princípio da legalidade⁹⁶² constitui a “chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”⁹⁶³, e, de acordo com ele, “constrói-se o tipo normativo de lei penal constitucional, que serve para eliminar as restantes (as leis penais ilícitas)”⁹⁶⁴.

Divulgado pela fórmula em latim *nullum crimen nulla poena sine lege*⁹⁶⁵, fora cunhado e inserido no mundo jurídico por Feuerbach, em 1801, sendo, a partir de então amplamente trabalhado e utilizado nos mais variados ordenamentos jurídicos mundiais, mormente ocidentais⁹⁶⁶.

⁹⁶¹ O tópico 3.1.2.2. contém mais argumentos sobre a técnica não ser mercantilização de crianças.

⁹⁶² Já foi demonstrado como o princípio da legalidade é desrespeitado pela ampliação de conteúdo do artigo 199, §4º da CF/88 - que proíbe a comercialização de órgãos -, para abranger a gestação de substituição onerosa, afetando sua orientação principiológica de máxima taxatividade legal e interpretativa. Também é desrespeitado pela ilegítima regulamentação das TRA's por parte do Conselho Federal de Medicina, sem que haja legislação dedicada ao tema, ofendendo sua perspectiva de reserva legal. Analisar-se-á, agora, a afronta à legalidade pela tipificação de conduta não criminosa em desacordo com norma legal.

⁹⁶³ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Op. Cit., p. 63.

⁹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, I. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 201.

⁹⁶⁵ “Não há crime, não há pena sem lei”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. Op. Cit., p. 221.

⁹⁶⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Op. Cit., p. 63. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral. Op. Cit., p. 20. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, I. Op. Cit., p. 202.

Martínez acentua que a formulação do princípio pelo autor se deu sob a orientação da teoria da pena como coação psicológica - também conhecida como da prevenção geral negativa - segundo a qual a correta definição das condutas delitivas é suficiente para que os indivíduos se sintam coagidos e se abstenham de praticar crimes. Por isso, então, seria necessária a previsão legal prévia e expressa, por meio de lei, do conteúdo proibido⁹⁶⁷.

A observância correta desse princípio, além de garantir que limitações a direitos e liberdades individuais só poderão se dar legitimamente por meio de lei anterior que o defina, também garante segurança ao indivíduo de que intromissões em sua vida privada devem estar literal e expressamente previstas nessa lei, vinculando o poder e a autoridade estatal a ela⁹⁶⁸. Ainda, passado esse momento (existindo a lei penal), o princípio impede que a norma preveja incriminações genéricas que permitam ao aplicador modular o entendimento e sua aplicação. Impede, por exemplo, o uso de analogia que prejudique o sujeito, que aproxime uma conduta não incriminada de outra que o é, ou previsões criminais por meio de normas genéricas, vazias de conteúdo.

A essas duas perspectivas do princípio da legalidade, Zaffaroni nomeia como *legalidade formal*, a primeira, e a segunda ele dispõe como um princípio da *máxima taxatividade legal e interpretativa*⁹⁶⁹. Ferrajoli⁹⁷⁰, por sua vez, intitula essa primeira nuance do cânone de *mera legalidade* (em paralelo à legalidade formal), mas a segunda nuance, pode-se dizer que o autor interpreta como sendo uma parte importante do que define como *legalidade estrita*⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. *El principio de la legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 26.

⁹⁶⁸ MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. *El principio de la legalidad penal*. *Op. Cit.*, p. 31.

⁹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, I. Op. Cit.*, p. 200-207.

⁹⁷⁰ Apesar da divergência entre as visões de política criminal dos autores - máxime por um ver sentido na pena, o outro não - acredita-se que o paralelo entre suas perspectivas de legalidade é possível e necessário, por serem dois grandes autores e dos mais importantes expoentes críticos da amplitude do poder punitivo estatal na atualidade.

⁹⁷¹ A legalidade estrita para Ferrajoli é muito mais extensa que a ideia de máxima taxatividade da lei penal, que é uma ideia central, mas não se limita a isso seu conceito. Pode-se de dizer que a legalidade estrita é o que garante a efetividade e observância de todas as demais garantias, “da materialidade da ação ao juízo do contraditório”, que o autor predefine para que a pena e o poder punitivo sejam considerados legais. O autor apresenta metodologicamente para a análise o que denomina Sistema SG, que dispõe de 10 axiomas que obrigatoriamente devem ser observados. São eles: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege* (mera legalidade); A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*. Para o que aqui se pretende, no entanto, optou-se metodologicamente por apresentar sua perspectiva de legalidade, mas focar mais na formação da criminalização primária, no processo de criação de norma penal, bem como de indevida aplicação analógica de norma penal a conduta não criminosa, como o que ocorre com a TRA estudada, o que ora se denuncia. Por isso mesmo se mostra possível estabelecer paralelo entre o autor e Zaffaroni, apesar das importantes diferenças teóricas entre eles. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73-77; 301-307.

Ferrajoli afirma que a mera legalidade “se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito [...]”⁹⁷². Comumente vista sob a nomenclatura de reserva legal, para que seja satisfeita, é necessário apenas que o conteúdo incriminador penal tenha sido criado por lei, mediante processo legislativo, pelo poder competente para tanto. Isso significa “que a definição dos delitos e das respectivas sanções deve ser expressamente disciplinada por uma manifestação de vontade do poder estatal que, por força da norma constitucional, tem a faculdade de legislar”⁹⁷³.

No entanto, Ferrajoli defende que, para além da mera legalidade, há de se buscar a *legalidade estrita*, a qual exige a observância de mais garantias para se efetivar a legalidade penal, além da simples obrigação de estar o crime e a pena previstos em lei. Há de se observar, ainda, o conteúdo substancial da norma, que seja formado por “pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas”. Ou seja, se observada a legalidade estrita, entre outras coisas⁹⁷⁴, não haverá conteúdo fluido de sentido, em que o julgador ou aplicador do direito possa inserir valorações pessoais, “que como tais não são nem verdadeiras nem falsas”. A legalidade estrita, para o autor, é o que “garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos, assegurando, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam seus elementos constitutivos”⁹⁷⁵.

Zaffaroni expressa esse matiz por meio da máxima taxatividade legal e interpretativa da lei penal. Afirma que as palavras nunca são totalmente precisas⁹⁷⁶ e por isso “cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar maior exatidão possível à sua obra”. E conclui: não basta, então, a mera legalidade formal, não é suficiente que seja a criminalização primária formalizada por lei, é ainda necessário “que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível”⁹⁷⁷.

⁹⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. *Op. Cit.*, p. 76.

⁹⁷³ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. *Op. Cit.*, p. 207.

⁹⁷⁴ Cf. nota 971.

⁹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. *Op. Cit.*, p. 76-77.

⁹⁷⁶ A isso Hassemer também chama atenção: “Como hemos visto, es justamente el lenguaje el que ayuda a asegurar importantes principios del sistema jurídico. La seriedad que debe regir precisamente en el derecho penal acentúa nuevamente la importancia del lenguaje en esta rama del derecho.” HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. *Op. Cit.*, p. 21.

⁹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, I*. *Op. Cit.*, p. 207.

Por isso mesmo, a legalidade impede incriminações vagas e imprecisas, além de também impedir que sejam procedidas por meio de analogia⁹⁷⁸, expedientes esses que tornam crime algo que não está expressamente previsto em lei anterior. Toda interpretação legal deve estar compreendida dentro dos limites do tipo legal. É necessário que o comportamento que se vise punir esteja “plasticamente descrito” no tipo⁹⁷⁹.

Tal entendimento do princípio impede que se defenda ser a gestação de substituição crime por meio do artigo 15 da Lei 9.434/97. Apesar de o artigo observar a legalidade formal (criminalização primária por lei), sua análise não passa pelo crivo do princípio da estrita legalidade, ou da máxima taxatividade. Isso porque o tipo não prevê expressamente a gestação de substituição, nem qualquer outra TRA, muito menos a relação jurídica que dela poderia resultar. Para que o crime abranja a TRA, é necessário o uso de analogia, para que a relação contratual onerosa entre gestante e idealizadores da gestação seja considerada como “compra e venda” ou equiparada, quando na verdade, claramente não o é. Seria ainda necessária analogia para equiparar a TRA à “pesquisa, transplante ou tratamento”, o que escancara ainda mais a insensatez de se defender configurar esse crime. Isso é analogia *in malam partem*, em prejuízo das partes envolvidas, e por isso não pode ser aceita em um Estado Democrático⁹⁸⁰.

Pode-se dizer que o referido artigo 15 é previsto de forma imprecisa, considerando se tratar de uma norma penal em branco⁹⁸¹, para a qual se deve procurar a conceituação de compra e venda no âmbito civil. Porém, mais ainda, deve-se recorrer externamente a conceitos de órgãos, tecidos e, principalmente “partes do corpo humano”. Talvez essa impropriedade abra espaço para entendimento analógico indevido que inclua nesse crime a gestação de substituição, mas deve restar clara a inconstitucionalidade de tal assunção. Ademais, como mencionado, parece-se confundir o objeto do contrato a ser celebrado pela técnica, não se tratando do útero

⁹⁷⁸ Zaffaroni afirma que a máxima taxatividade legal e interpretativa pode ser particionada e percebida por quatro funções: além de proibir incriminações vagas e indeterminadas e proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, também proíbe a retroatividade da lei penal e a criação de crimes e penas pelo costume. Batista também subdivide e explica por essa mesma perspectiva. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, I. Op. Cit.*, p. 207-220. No mesmo sentido, BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 66-78.

⁹⁷⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. (Trad. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 73.

⁹⁸⁰ Além dessas, Zaffaroni também aponta como função do princípio da legalidade, pela máxima taxatividade, proibir a retroatividade da lei penal e a criação de crimes e penas pelo costume. Batista também subdivide e explica por essa mesma perspectiva. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, I. Op. Cit.*, p. 207-220. BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 66-78.

⁹⁸¹ Para maiores informações sobre norma penal em branco, sobretudo sobre sua relação com o princípio da legalidade, indica-se a leitura de: MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. *Lei Penal em Branco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

propriamente dito, mas sim de uma prestação de serviços por meio de sua utilização por quem o detém e dele dispõe, a gestante.

Não há meios de se incriminar uma conduta não inserida prévia e expressamente em lei penal, pelo artifício de analogia em incriminação vaga ou imprecisa. E a função da baliza da legalidade é exatamente essa, de sorte que sua não observância fatalmente tornaria uma criminalização inconstitucional.

6.2. O artigo 242 do Código Penal

Considerando que o CCB, ao dispor sobre filiação, não define o conceito de maternidade⁹⁸², há um crime previsto na parte especial do CPB que merece atenção pelo risco de (ou sensação de) criminalização. E aqui, pouco importa ser a técnica procedida de modo oneroso ou altruísta. Esse crime é o previsto no artigo 242:

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

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

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

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Como afirmam Martel, Araujo e Vargas, a “existência de crime específico para o registro irregular tem consequências sobre a gestação de substituição, pois o desejo de registrar a criança em nome da pretensa mãe colide com a realidade espelhada pela Declaração de Nascido Vivo, na qual a parturiente é indicada como sendo a mãe”⁹⁸³. Referido documento, como já informado, está em vias de ser reformulado, mas ainda não o fora⁹⁸⁴.

As autoras expressam a impressão equivocada de criminalização, é persistente o desalinho, motivo pelo qual precisa ser aclarado referido tipo penal. Considerando não ter havido mudança na legislação quanto à conceituação da maternidade, convém apresentar também a perspectiva de Ribeiro, ex-promotor de justiça e atual desembargador do TJDF, cujo texto, apesar de antigo, demonstra claramente o conflito entre a gestação substituta, onerosa ou gratuita, e esse tipo penal: a “barriga de aluguel está proibida no nosso sistema legal,

⁹⁸² Cf. tópico 5.2.2 “Filiação e maternidade”.

⁹⁸³ MARTEL, Letícia de Campos Velho; ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: *Direito Internacional Contemporâneo*. BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA Larissa; FRIEDRICH Tatyana Scheila (orgs.), 2014, p. 481-510, p. 487.

⁹⁸⁴ Cf. tópico “5.2.2. Filiação e maternidade”, a respeito da decisão do Min. Gilmar Mendes na ADPF 787/DF.

que adotou o critério da autora do parto como regra para definição da maternidade”⁹⁸⁵. Ressalta que o Código Penal não conhecia as técnicas de Reprodução Assistida, que chegaram ao país na década de oitenta (sendo o diploma de quarenta), mas, mesmo assim, conclui que o “Código Penal tratou dessa proibição do artigo 242 com o título de Parto Suposto”⁹⁸⁶.

De antemão, importa observar que essa criminalização não se refere diretamente à técnica da gestação de substituição, como o crime da Lei de Transplantes que, supostamente, teria sobre ela implicação direta. O tipo penal aqui analisado não proíbe a gestação por substituição onerosa, nada dispõe sobre proibição de se cobrar retorno financeiro para a prática de gestação substituta, sendo certo que, se seu conteúdo criminaliza alguma relação oriunda da técnica, igualmente o faz, sendo ela onerosa ou gratuita. E isso decorre da imprecisão do conceito de maternidade, como anteriormente aclarado.

Ao contrário do que afirma o autor acima referenciado, o sistema legal brasileiro não adotou o critério de autoria do parto para definição da maternidade. Não adotou nenhum critério, é silente quanto à matéria. Em algumas previsões legais⁹⁸⁷, confunde, imbrica, as figuras de gestante e de mãe, como se fossem a mesma pessoa naturalmente. A maternidade é um conceito indefinido por lei.

A criminalização disposta no artigo 242 tem sua origem, ao menos, nas Ordenações Filipinas (1603)⁹⁸⁸, em que havia previsão de pena de degredo para o Brasil e perda de bens à mulher que simulasse gravidez e desse parto alheio como próprio, e continuou presente nos Códigos Criminal do Império do Brasil (1830)⁹⁸⁹ e Penal da República (1890)⁹⁹⁰.

⁹⁸⁵ RIBEIRO, Diaulas Costa. Reprodução Medicamente Assistida: parentalidade contratual e biológica. Controvérsias e certificações. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha (orgs.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?* Diferentes perspectivas do Direito Brasileiro. Brasília: Letras Livres, 2002, pp. 33-39, p. 45.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ Cf. tópico 5.2.2. “Filiação e maternidade”.

⁹⁸⁸ O Título LV, “Dos partos suppostos” dispunha: “O crime do parto supposto he acompanhado de muitos outros, e em grande dano da Republica. Por tanto mandamos, que toda a mulher que se fingir de prenhe, sem o ser, e der o parto alheio por seu, seja degradada para sempre para o Brazil, e perca todos seus bens para nossa Corôa. E as mesmas penas haverão as pessoas, que ao tal crime devem favor, ajuda ou conselho”. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial: art. 155 a 249, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 05, p. 613.

⁹⁸⁹ O artigo 254, integrante da Seção IV (“Parto supposto e outros fingimentos”), do Capítulo II (“Dos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico”), do Título II (“Dos crimes contra a segurança individual”), previa: “Fingir-se a mulher prenhe e dar o parto alheio por seu, ou sendo verdadeiramente prenhe, substituir a sua por outra criança; furtar alguma criança, occultal-a ou trocal-a por outra. Penas – de prisão por quatro mezes a dous annos, e de multa correspondente á metade do tempo, além das mais em que incorrer”. *Ibid.*

⁹⁹⁰ No Código Penal de 1890, o artigo referido era o 285, presente no Capítulo III (“Do parto supposto e outros fingimentos”), no Título XI (“Dos crimes contra a segurança do estado civil”), o qual previa: “Simular gestação e dar parto alheio por seu; ou tendo realmente dado á luz filho vivo ou morto, sonegal-o ou substituil-o: Pena – de prisão cellular por seis mezes e dois annos. Paragrapho único. Em igual pena incorrerá: 1º o marido, ou pessoa que coabite com a ré, e que auxiliar, ou simplesmente assentir, á perpetração do crime; 2º o facultativo ou parteira, que, abusando de sua profissão, cooperar para o mesmo resultado, impondo-se-lhe mais a pena de privação do exercício da profissão por tempo igual ao da prisão”. *Ibid.*

Parecia haver bastante preocupação com a figura da mulher que fingia estar grávida e, em seguida, tomava recém-nascido de outrem e lhe mentia o parto, ou que trocava um filho próprio nascido morto, pelo filho de terceiros. E o tipo penal segue até a atualidade, agora visando impedir principalmente a “adoção à brasileira”, meio pelo qual se “adota” crianças diretamente com os genitores, sem passar pelo processo burocrático necessário à adoção⁹⁹¹.

As condutas delitivas que aqui importam são as duas primeiras: “dar parto alheio como próprio” e “registrar como seu filho de outrem”.

Na primeira conduta, o núcleo “dar” deve ser entendido como “comunicar”, “conceber”, “considerar”, “atribuir”⁹⁹². Importante trazer aqui a explicação de Prado acerca dessa conduta típica, observando-se o quanto *parto* e *maternidade* estão socialmente imbricados, querendo significar a mesma coisa: “a mulher atribui a si mesma a *maternidade* do filho de outrem, seja simulando gravidez e parto, seja – na hipótese do parto real – substituindo o natimorto por filho de outrem”⁹⁹³. Ou seja, a proibição de “dar parto alheio como próprio” quer proibir exatamente a ação de se apresentar para terceiros como *mãe* de criança, quando não se seria, por não a ter gestado.

Esse crime só pode ser praticado por mulher cis ou por homem trans, uma vez que também pode gestar e entrar em trabalho de parto, sendo considerado, portanto, crime próprio⁹⁹⁴.

No segundo núcleo, a conduta proibida é a de alguém que registrar, fazer lançar em livro oficial de registro, filho de terceira pessoa como se fosse seu, ou seja, que comparece a um cartório de registros civis e declara, para fins de registro⁹⁹⁵, que determinado filho é seu, quando não o seria⁹⁹⁶.

⁹⁹¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, Parte Especial. 2ª Ed. Ebook. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 03, p. 34. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 645.

⁹⁹² Cf., por todos: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, Parte Especial II. *Op. Cit.*, p. 31. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 624. ESTEFAM, André. *Direito Penal*, parte especial. 8ª ed. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 44.

⁹⁹³ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 645.

⁹⁹⁴ Crime próprio, ou especial, é aquele em que a descrição exige uma característica ou condição específica do agente, apenas determinadas pessoas, com determinada condição, podem praticá-lo. Nesse caso, por exemplo, apenas pessoas capazes de gestar e parir uma criança. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. *Op. Cit.*, p. 428.

⁹⁹⁵ O crime de parto suposto, conduta anterior, prescinde de registro civil, bastando a ação de apresentar a terceiros como filho próprio para que se configure (e é necessária essa apresentação, de fato, não basta afirmar para si mesma, sendo isso conduta atípica); caso haja ainda o registro, a depender do caso, pode-se defender a aplicação do princípio da consunção. Esse princípio é um dos aplicados em caso de concurso aparente de normas, quando um dos crimes é completamente funcional para outro, e é por este absorvido, como ato que lhe acompanha. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral. *Op. Cit.*, p. 258.

⁹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, Parte Especial II. *Op. Cit.*, p. 31. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 625. ESTEFAM, André. *Direito Penal*, parte especial. *Op. Cit.*, p. 44. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 645.

O direito penal brasileiro é orientado pela lógica garantista de proteção a bens jurídicos essenciais à convivência em sociedade, estabelecidos a partir do rol de direitos fundamentais previstos constitucionalmente. O tema é complexo e arenoso, sobretudo quanto à sua conceituação, e se dedicará maiormente ao seu conteúdo no último tópico desse capítulo⁹⁹⁷. Necessário conhecer, de imediato, sua função estruturante do direito penal⁹⁹⁸: refreá-lo. O processo democrático de criminalização deve estabelecer como tipo penal apenas condutas que afetem bens jurídicos – por ora, valores, direitos - essencialmente importantes para a sociedade, direitos fundamentais constitucionalmente previstos, ou valores deles diretamente decorrentes⁹⁹⁹. O bem jurídico-penal, então, deve ser relevante a ponto de se precisar protegê-lo por meio da ferramenta mais violenta de que dispõe o Estado, a última razão, para impor limites ao indivíduo. A conduta tipificada, então, deve equivaler à proteção de um bem jurídico.

O bem jurídico protegido pelas condutas delitivas em comento é, pois, o estado de filiação¹⁰⁰⁰, referindo-se às relações familiares, ao respeito ao vínculo de parentesco estabelecido e respeitado socialmente, pelo qual se define maternidade, paternidade e demais elos daí originados. A segunda conduta delitiva possui como bem jurídico, além do estado de filiação, a fé pública dos documentos oficiais, no que tange aos registros públicos, pois cabe ao Estado garantir a segurança e a veracidade das informações que constam de suas inscrições oficiais¹⁰⁰¹. Todas as condutas devem “levar à supressão ou alteração de direito relativo ao estado civil da vítima”¹⁰⁰².

Analisa-se o crime, agora, da perspectiva aplicada à gestação de substituição. Como mencionado, a conduta está criminalizada no país desde o primeiro diploma penal (há quase 400 anos antes do surgimento da RA), quando a maternidade estava, de fato, mais atrelada à gestação, exceto pelas hipóteses de adoção, única possibilidade de estabelecimento de vínculo socioafetivo.

Anteriormente, a maternidade era mais facilmente definida pelo parto, e essa visão biológica parece orientar o tipo penal em análise. Essa não é mais uma realidade, as técnicas de

⁹⁹⁷ Cf. tópico 6.4. “Os Projetos de Lei 1184/2003 e 4892/2012 e a impossibilidade de se criminalizar a gestação de substituição onerosa”

⁹⁹⁸ CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 03.

⁹⁹⁹ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEL, Rolad (org.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104.

¹⁰⁰⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, Parte Especial II. *Op. Cit.*, p. 34. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 624. ESTEFAM, André. *Direito Penal*, parte especial. *Op. Cit.*, p. 44. PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 645.

¹⁰⁰¹ O artigo 242 encontra-se arrolado, inclusive, no Título VII, “Dos crimes contra a família”, Capítulo II, “Dos crimes contra o estado de filiação”, já evidenciando o que visa proteger.

¹⁰⁰² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, Parte Especial II. *Op. Cit.*, p. 34.

reprodução assistida reclamam que a filiação, sobretudo a maternidade, seja reconhecida pelo vínculo procracional, pela idealização do projeto parental, e isso é o que já vem ocorrendo desde o surgimento das técnicas (não sem críticas e dificuldades legislativas, como já mencionado).

Relembrando, o parágrafo 7º, do artigo 226, da CF/88 estabelece o direito ao livre planejamento familiar, amparado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, dispondo que cabe ao Estado promover recursos educacionais e *científicos* para que esse direito possa ser exercido livremente¹⁰⁰³. A Lei 9.263/1996 foi promulgada para implementar esse direito, lei que define o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”¹⁰⁰⁴. O artigo 9º da lei prevê que, para efetivar o direito ao livre planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos de concepção e contracepção cientificamente aceitos, garantindo-se a liberdade de opção entre elas¹⁰⁰⁵. A gestação de substituição é um método de concepção cientificamente aceito no país.

O artigo 1.593 do Código Civil reconhece que o “parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*”. A filiação de crianças nascidas por RA, amparada nesse artigo, será estabelecida por *outra origem*, diferente da consanguinidade e/ou da gestação, qual seja, a idealização do projeto parental.

Apesar de não haver regulamentação legal, o CNJ, por meio de provimento, orienta o registro das crianças nascidas por meio de TRA e, especificamente sobre a gestação de substituição, indica que, no registro e certidão de nascimento não conste o nome da parturiente, mas sim das pessoas que idealizaram a gravidez¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹⁰⁰⁴ Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

¹⁰⁰⁵ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: [...] § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação. CONSELHO Nacional de Justiça. *Provimento nº 63 de 14/11/2017. Op. Cit.* Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 03 jul. 2021

Então, tem-se que o vínculo de filiação não é definido pelo parto, na gestação de substituição, mas pela idealização do projeto parental. Assim, o filho claramente não é de quem gesta e pare, é de quem detém a vontade de procriação, daí se fala em vínculo procracional. Dito isso, vamos analisar as condutas tipificadas de “registrar como seu filho de outrem” e de “dar parto alheio como próprio”, invertendo-se a ordem original do tipo penal, por fim metodológico.

Para tanto, é essencial determinar o significado das expressões *parto alheio* e *filho de outrem*. Esses termos são elementos normativos do tipo, os quais, juntamente com os descritivos, dão forma à dimensão objetiva do tipo penal, à descrição da conduta proibida à qual a conduta praticada deve se adequar perfeitamente, para que seja considerada uma conduta típica¹⁰⁰⁷.

Por elementos normativos do tipo, entende-se os termos previstos no tipo penal que necessitam de valoração jurídica ou ética para seu entendimento por parte do intérprete da lei¹⁰⁰⁸. Necessitam de compreensão de alguma norma jurídica ou mesmo cultural para sua completa interpretação e aplicabilidade¹⁰⁰⁹. Alguns desses elementos são bem demarcados pela própria lei (como *funcionário público*, cujo conceito é explicitado no art. 327 do CP), mas outros permanecem fluidos, deixando “uma margem de valoração especialmente ampla e necessitada de complementação valorativa”¹⁰¹⁰ ao alvedrio de quem aplica. Afora as críticas de legalidade que se pode fazer ao extremar a utilização de tais elementos¹⁰¹¹, no que não se aprofundará aqui, é certo que *parto alheio*¹⁰¹², e *filho de outrem* são elementos normativos do tipo em comento, os quais necessitam de valoração.

Quanto ao ato de “registrar como seu filho de outrem” a expressão *filho de outrem* quer significar que a relação de filiação¹⁰¹³ é estabelecida com outra pessoa, diferente daquela que o registra como sendo seu filho. Como na utilização da técnica de gestação de substituição a relação de filiação deve ser reconhecida com quem idealiza a gravidez, e não com a gestante,

¹⁰⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, II, tomo I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 171.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 171.

¹⁰⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. (Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Dias y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 1997, p. 306.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 306.

¹⁰¹¹ *Cf.*, a respeito: ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro, II, tomo I. Op. Cit.*, p. 171 ss.

¹⁰¹² O termo *alheio*, inclusive, é dado como exemplo de elemento normativo do tipo por Roxin e por Cirino dos Santos; este, exemplifica com o termo “coisa alheia”, presente no crime de furto (art. 155, CP). ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. *Op. Cit.*, p. 306. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral. *Op. Cit.*, p. 105.

¹⁰¹³ *Cf.* tópico 5.2.2 “Filiação e maternidade”.

quando as pessoas idealizadoras da gestação comparecem ao cartório para providenciar o registro da criança nascida, não há conduta típica, pois o filho não é de outrem, mas seu mesmo, não se adequando materialmente sua conduta ao tipo penal. É conduta atípica.

Contudo, se, ao contrário, a gestante substituta, após consentir autonomamente, assinar termo de acordo com os pais idealizadores, gestar filho de outrem, passando por todo o processo da TRA, e, ao final, entrar em conflito positivo de maternidade e resolver registrar a criança como sendo sua filha, ela sim poderá responder por esse crime, considerando que literalmente “registra como seu o filho de outrem”. Ela registra como sua filha a criança que gestou substitutamente para outrem, criança que detém com esse *outrem* o vínculo de filiação, já que idealizador do projeto parental.

Já em relação à conduta de “dar parto alheio como próprio” a situação é um pouco mais complexa, mas igualmente não tipifica a conduta da gestação de substituição. *Parto* é entendido, de modo cultural, como o momento do nascimento da criança gestada, ou como o ato ou efeito de parir; enquanto *alheio* se refere a algo “que é de outrem”, “que diz respeito a outra pessoa”¹⁰¹⁴. Sendo assim, *parto alheio* pode ser valorado como o “nascimento de criança alheia” ou o “ato de parir alheio”. E aqui se entende que, a depender da aplicação, é possível dar uma interpretação valorativa figurada ou literal, sendo a conduta da gestação de substituição atípica em ambos os casos. Explica-se.

Primeiramente, o *parto alheio* em sentido figurado. Prado¹⁰¹⁵, Estefam¹⁰¹⁶ e Sanches Cunha¹⁰¹⁷, por exemplo, interpretam essa conduta delitativa como o ato da mulher (ou homem trans) atribuir a si mesma a *maternidade* do filho nascido de outrem, apresentar *filho alheio* como se fosse seu, referindo-se, o elemento normativo *parto*, à suposta maternidade natural da criança. Ocorre que, como mencionado, a gestação de substituição subverte essa lógica de maternidade, antes natural, e, como já amplamente mencionado, o filho nascido naquele parto não será de quem gestou, mas sim de quem idealizou a gestação. E esse reconhecimento de filiação é garantido e determinado pelo Estado, que admite a TRA como legítimo método de implementação do direito ao livre planejamento familiar. A conduta não tipifica, pois.

Agora, se se interpretar a conduta de “dar parto alheio como próprio” de forma literal, o que se considera inadequado, deve-se considerar mais alguns pontos. De forma literal,

¹⁰¹⁴ DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=alheio>. Acesso em: 03 jul. 2021. DICIONÁRIO Dicio. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/alheio/>. Acesso em: 03 jul. 2021.

¹⁰¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 645.

¹⁰¹⁶ ESTEFAM, André. *Direito Penal*, parte especial. *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁰¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 624

biológica, o parto seria valorado como o ato de parir, de expulsar o feto de dentro do corpo humano que gesta. Então, de fato, o parto seria alheio a quem declara a filiação, no caso de utilização da gestação de substituição, mas, ainda assim, a técnica restaria atípica. Porque a gestação de substituição não pressupõe que a mulher idealizadora apresente o ato de parir como sendo seu, apenas a criança parida como sua filha, o que de fato é, como aprofundado antes.

Ademais, essa prática delitiva, bem como as demais do artigo, devem ser orientadas a, tem como fim específico, “suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil”, o que definitivamente não ocorre com a TRA, já que os direitos inerentes da filiação serão resguardados exatamente quando se declara filiação diversa daquela que se poderia pressupor pela gestação. Os bens jurídicos protegidos – o estado de filiação e a veracidade dos registros públicos – não são afetados pela técnica.

Acertadamente, Busato ensina que essa conduta delitiva deve ser interpretada como a “declaração *falsa* de maternidade de criança nascida de outra mulher”¹⁰¹⁸. Assim, havendo gestação de substituição, a declaração de maternidade por quem idealizou a gravidez, em detrimento de quem gestou, não seria falsa, seria a correta, devida e verdadeira, atendendo ao melhor interesse da criança¹⁰¹⁹. E da mesma forma também quanto ao registro, já que “um registro é verdadeiro ou falso conforme corresponda ou não ao fato jurídico que lhe deu origem”¹⁰²⁰.

“Se considerarmos que os direitos derivados do estado de filiação não são exclusivamente biológicos, [...] casos em que uma realidade biológica é subvertida não representariam, por si só, um prejuízo material ao pleno exercício dos direitos de filiação”¹⁰²¹, o que, para Busato, com o que se concorda, esvazia o conteúdo material do tipo.

Logo, a técnica de gestação de substituição, seja ela altruísta ou mediante remuneração, não é criminalizada por esse tipo penal. Se houver pagamento ou não pela TRA, em nada influi nesse crime, ele não se relaciona à utilização da técnica em si, muito menos se é gratuita ou onerosa, mas sim, e tão somente, à posterior atuação dos envolvidos na prática da TRA. O problema criminal que este tipo penal poderia gerar às pessoas envolvidas em uma gestação de substituição seria igualmente enfrentado tanto nas relações onerosas, como nas altruístas, porque seria ele decorrente da ausência de conceito legal de maternidade.

¹⁰¹⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, Parte Especial II. *Op. Cit.*, p. 33.

¹⁰¹⁹ Nesse caso, expressado pelo direito de estar em família que lhe idealizou e aguarda.

¹⁰²⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, Parte Especial II. *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 34.

Diante da ausência dessa definição legal, deve-se estar em constante alerta para que uma maternidade naturalmente definida pelo parto não se sobreponha a outra que leve em consideração as contingências que a modernidade traz ao tema. A legislação está completamente defasada diante do avanço das técnicas de reprodução assistida, que seguem mínima e ilegitimamente regulamentadas apenas por meio de resoluções do CFM.

Continuando a análise da gestação de substituição frente às condutas delitivas em comento, há que se observar – a título meramente argumentativo – que, mesmo se a conduta restasse tipificada objetiva e subjetivamente¹⁰²², ainda assim não seria considerada crime, porquanto não seria ela considerada antijurídica ou ilícita, por se tratar de exercício regular de um direito.

Essa causa de justificação, assim como as demais¹⁰²³, quando incide, torna lícita uma conduta aparentemente tipificada no ordenamento jurídico, havendo permissão para que ocorra, nesse mesmo ordenamento. São as causas de justificação¹⁰²⁴, que, literalmente, justificam a prática de determinada conduta que, em situação outra, seria considerada crime.

E isso ocorreria com a gestação de substituição em relação a esse tipo penal. “Não se pode considerar ilícita a prática de ato justificado ou permitido pela lei, que se consubstancie em exercício de direito dentro do marco legal, isto é, conforme os limites nele inseridos, de modo regular e não abusivo”¹⁰²⁵.

Em linhas gerais, não há como punir conduta que, mesmo que estivesse materialmente tipificada (o que não está), é reconhecida como um direito, o direito ao livre planejamento familiar que conta, para sua efetivação, com ferramentas científicas, tais como a gestação de substituição – direito lastreado nos artigos 227, §7º da CF/88 e 1.593 do CC. E é exatamente isso que se acredita ocorrer com a declaração e o registro de filho advindo de gestação de

¹⁰²² Após a contribuição da teoria finalista de Hans Welzel, em 1930, a qual orienta o direito penal brasileiro até a atualidade, o tipo penal passou a ser integrado por um aspecto subjetivo, ao lado do aspecto objetivo de perfeita adequação ao previsto em lei, tornando-se, pois, um conceito complexo. Welzel afirmara que a conduta tipificada, além de estar prevista em lei, deveria se destinar a uma finalidade, para que fosse considerada penalmente relevante. Para o autor, “a finalidade, ou o caráter final da ação, fundamenta-se naquilo que o homem, graças a seu saber causal, pode prever dentro de certos limites [...] assimilar, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme seu plano, à consecução desses fins”. Traz, então, a dimensão volitiva ao tipo penal: “[...] a espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal”. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la acción finalista*. (Tradução: José Cerezo Mir). Buenos Aires: B de F, 2004, p. 41-42.

¹⁰²³ Além do exercício regular de direito, são causas de justificação que excluem a antijuridicidade/ilicitude da conduta, a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal (art. 23, CP), e, para parte da doutrina, a causa suprallegal do consentimento do ofendido.

¹⁰²⁴ Sobre o tema, *cf.*, por exemplo, ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. *Cuadernos de política criminal*, nº 46, 1992, págs. 169-194. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral. *Op. Cit.*, p. 257.

¹⁰²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial. *Op. Cit.*, p. 573.

substituição (sendo indiferente se houve pagamento ou não, nesse momento), é apenas decorrência do exercício regular de um direito.

Resta demonstrada, pois, a não ocorrência do referido delito quando se implementa a técnica de gestação se substituição onerosa ou gratuita, seja por ausência de tipicidade, ou por se tratar de exercício regular de um direito da pessoa que idealiza a gravidez. Continua sendo permitida, então, a gestação de substituição onerosa em nosso ordenamento jurídico.

6.3. O artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Outro tipo penal que merece atenção é o definido pelo artigo 238 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), a Lei 8.069 de 1990. Em uma análise superficial, poderia enquadrar a conduta da gestante substituta que entrega a criança gestada em troca de retorno financeiro, ou seja, que pratica a gestação substituta onerosa; da mesma forma também puniria os pais idealizadores. Mas a criminalização advém, mais uma vez, da problemática conceituação de maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, ou da ausência dela.

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:
Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.
Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

Cunha, Lépure e Rossato concordam que a gestação de substituição onerosa configura esse crime. Afirmam que “o tipo penal foi instituído com a finalidade de evitar e punir, não tão severamente quanto deveria, o comércio de crianças ou adolescentes”. Os autores ressaltam ser comum, a despeito da tipificação da conduta, que “famílias desprovidas de recursos, iludidas pelo dinheiro ou pela obtenção de outros bens materiais, entreg[uem] jovens (quase sempre de tenra idade) a terceiros”. E equiparam, sem maiores explicações: pelo “mesmo motivo, ocorre a situação popularmente conhecida como ‘barriga de aluguel’, em que a gestante promete a entrega da criança mediante pagamento”¹⁰²⁶.

Figueiredo Neto, a respeito, afirma que “o tipo penal supracitado tem aplicação aos casos de gestação subrogada duplamente heteróloga [...¹⁰²⁷], por haver a efetiva entrega ou

¹⁰²⁶ CUNHA, Rogério Sanches; LÉPURE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069/90, comentado artigo por artigo. 12ª ed. *Ebook*. São Paulo: Saraiva, 2021, paginação irregular, tópico 291.

¹⁰²⁷ Foi suprimida a expressão “a título gratuito” ali presente por se perceber, pela interpretação lógica e integral do parágrafo, se tratar de um descuido de escrita não revisada, e que pode prejudicar o sentido que o autor pretendia dar ao seu texto.

promessa de entrega de filho (entendido como o fruto da gestação), mediante pagamento ou recompensa”. E complementa: a “forma gratuita, contudo, estaria a descoberto, não sendo abrangida pela norma.”¹⁰²⁸

Em sucinta análise, os núcleos desse tipo são “prometer” e “efetivar”, sendo certo se tratar de um crime formal no primeiro núcleo, em que é desnecessária a entrega do filho ou pupilo e o recebimento do pagamento¹⁰²⁹, e material no segundo, pelo qual é necessário se efetuar, realizar-se a efetiva entrega do filho ou pupilo¹⁰³⁰. A gestante substituta seria tipificada nesse *caput*, enquanto os idealizadores o seriam no parágrafo único, em que constam os núcleos “oferecer” ou “efetivar” a paga ou recompensa. Ao primeiro deles, também crime formal, basta que seja ofertado, disponibilizado, valor ou dádiva em troca do filho; e ao segundo, crime material, já é necessário efetivo pagamento pelo recebimento ou promessa de recebimento dele.

A conduta criminaliza, assim, a “relação contratual” entre as partes, a qual se pode equiparar à “compra e venda” do filho, punindo com pena de um a quatro anos, tanto quem entrega o suposto filho, quanto quem o recebe, quando envolve retribuição financeira. Cada parte é criminalizada em sua previsão penal específica, não havendo que se falar em concurso de pessoas ou em litisconsórcio necessário.

A tipificação visa proteger “o interesse estatal na regular organização da família, natural ou substituta”¹⁰³¹, e há quem aponte também como bem jurídico “o direito de crianças e adolescentes ao convívio familiar”¹⁰³². É um crime doloso, cuja consciência e vontade têm de estar voltadas ao objetivo de entregar filho e receber pagamento por isso. E vice-versa quanto a quem recebe o filho após pagamento¹⁰³³.

¹⁰²⁸ FIGUEIREDO NETO, Pedro Camilo de. Gestação por substituição e sua abordagem pelo Direito Penal. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20267>. Acesso em: 07 mai. 2020.

¹⁰²⁹ Sobre classificação de crimes, *cf.*, por todos, MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. *Op. Cit.*, p. 427 ss. Sobre crimes formais e materiais, p. 436.

¹⁰³⁰ Para os fins da tese, interessa apenas a aplicabilidade do tipo penal quanto ao *filho*, aos pais, e principalmente à *mãe*. Deixa-se, então, deliberadamente, de analisar a relação entre *pupilo* e *tutor*. Importante esclarecer, no entanto, que *pupilo* é o termo legal para definir a pessoa menor de idade, criança ou adolescente, posta sob tutela de terceiro (tutor), quando não for possível aos pais exercerem o poder familiar. O tutor exercerá função semelhante à que seria dos pais, de educação e proteção. Para mais informações: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da Tutela. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord). *Manual de Direitos das Famílias e Sucessões*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, 459-490. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7ª ed. *Ebook*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 05, paginação irregular (*cf.* Capítulo 34).

¹⁰³¹ MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1233.

¹⁰³² FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. *Op. Cit.*, p. 515.

¹⁰³³ CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. *Op. Cit.*, tópico 291.

Para o crime se consumar, é essencial que seja cometido mediante paga ou recompensa¹⁰³⁴, uma retribuição financeira ou outra gratificação. Se a entrega não for onerosa, o crime em comento não se configura, restando a conduta atípica. E o mais importante: também resta atípica se a pessoa entregue não for *filho* do sujeito ativo. Mais uma vez, esse elemento normativo do tipo, que requer valoração externa, é o que impede a tipificação da relação de gestação de substituição onerosa.

Como já amplamente informado nessa leitura, no Brasil, não há definição legal de maternidade e ela tende a ser interpretada como naturalmente definida pelo parto. O advento das TRA rompe com essa certeza naturalista, exigindo imediata definição legal de um conceito de maternidade que atenda a critérios socioafetivos, de idealização de projeto parental.

Enquanto essa definição legal não vem, a filiação de crianças nascidas por reprodução assistida, sobretudo a maternidade, deve ser estabelecida a partir do que dispõe o artigo 1.593 do Código Civil: por *outro vínculo*, diferente da consanguinidade (ou do parto)¹⁰³⁵.

Logo, da mesma forma que o crime anterior, se a gestante substituta não é mãe da criança, a conduta de eventualmente cobrar retribuição financeira para gestá-la é simplesmente atípica. Igualmente em relação à pessoa idealizadora que ofereça ou efetive pagamento à gestante para gerar *seu filho* substitutamente.

Mesmo sem se recorrer a referido artigo do Código Civil, ainda assim não seria possível considerar a maternidade definida pelo parto na gestação de substituição, de modo que tipificasse a técnica nesse crime. Isso porque a gestação de substituição na modalidade altruísta é aceita e praticada no Brasil há mais de trinta anos e a criança é entregue aos pais idealizadores ao final, não havendo casos judicializados, no país, de situação diversa.

O Estado já reconhece a técnica de gestação de substituição no Brasil como efetiva e necessária à implementação do direito ao livre planejamento familiar; utilizá-la é uma liberdade de pais idealizadores que assim o queiram e que encontrem gestante substituta que também o queira e consinta com a técnica. A filiação dela decorrente é reconhecida como vinculada a quem idealiza a gravidez na modalidade altruísta, e não se deve utilizar de argumentação simplista (e punitivista) que, contrariando isso, defenda uma maternidade definida pelo parto

¹⁰³⁴ Atenta-se para a diferença entre paga e recompensa: “A recompensa a que se refere o legislador não deve ser confundida com paga, o que tornaria o texto redundante. A palavra tem um sentido mais amplo, querendo significar qualquer recompensa, patrimonial ou não, devida ou indevida, uma vez que a reprovação existe pelo aviltamento do exercício do poder familiar ou de tutela”. CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 1413.

¹⁰³⁵ Remete-se à leitura do tópico anterior, sobre o artigo 242 do Código Penal, no qual essa discussão foi feita de modo mais aprofundado, evitando-se, nesse momento, uma repetição desnecessária.

apenas para se justificar criminalização de modalidade onerosa nesse tipo penal. Isso geraria abissal instabilidade jurídico-penal em um ordenamento democrático supostamente garantista.

Como o vínculo de filiação decorrente da gestação de substituição altruísta, apesar da ausência de lei, já é reconhecido estatal e socialmente dessa forma, isso abre espaço para se pensar na ocorrência de *adequação social*, o que, segundo Hans Welzel, idealizador original desse princípio, seria suficientemente forte para excluir a tipicidade de eventual conduta delitiva¹⁰³⁶.

Segundo o que o autor afirmara, ainda em 1956, as “ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delitos, nem mesmo quando possam se subsumir literalmente a um tipo penal”, são ações socialmente adequadas¹⁰³⁷.

Sendo certo socialmente que a gestante substituta não deve ser considerada mãe da criança com base em argumento puramente naturalista, tal crime não se tipifica. Com a celebração do termo de acordo obrigatório com a gestante, mediante seu consentimento informado, a filiação já começa a ser vinculada a quem idealiza a gravidez. Desse modo, a criança não será, ao final, vendida pela gestante, apenas entregue aos pais, recebendo a gestante retorno financeiro pelo serviço prestado, em aspecto retributivo e mesmo indenizatório pelo trabalho de gestar filho alheio. Como bem traduzem Martinelli e De Bem, “[...] as condutas finais que teoricamente são lesivas aos acordos coletivos, mas realizadoras da função a que estão destinadas, não podem ser consideradas típicas, pois socialmente adequadas”¹⁰³⁸.

Se a maternidade for definida em lei de modo a abranger todo o avanço social e tecnológico sobre o tema, o que é de extrema e premente necessidade, não haverá sequer dúvida sobre a inaplicabilidade do tipo penal à gestação de substituição onerosa. A maternidade (ou filiação de modo geral) deve ser imediatamente atribuída, desde a concepção, a quem idealiza a gravidez, para evitar todo o transtorno por criminalizações inadequadas, além do desgaste que pode advir de uma desistência dos idealizadores ou da própria gestante substituta em cumprir o acordado¹⁰³⁹.

¹⁰³⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 63.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰³⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. *Op. Cit.*, p. 271. Os autores também narram que Hans Welzel, inicialmente, defendeu o princípio da adequação social como relacionado ao tipo penal, o qual impediria a tipificação da conduta considerada socialmente adequada. Posteriormente modificou seu entendimento para considerá-la uma “causa de justificação consuetudinária” de uma conduta típica. Tal modificação fora bastante criticada, e Welzel retornou ao entendimento inicial de excludente de tipicidade. (p. 272).

¹⁰³⁹ Cf. tópico 5.2.2., em que se aprofunda no tema.

6.4. Os projetos de lei 1184/2003 e 4892/2012 e a impossibilidade de se criminalizar a gestação de substituição onerosa

Os projetos de lei 1184/2003 e 4892/2012 propõem a criminalização da técnica onerosa de gestação de substituição. O primeiro deles, projeto principal ao qual seguem os demais apensados, criminaliza até mesmo a modalidade altruísta. Ele proíbe qualquer modalidade de gestação de substituição em seu artigo 3º e prevê pena de um a três anos de reclusão, além de multa, a quem dela participa na condição de beneficiário (pessoa idealizadora), de intermediário (geralmente o médico, mas não só) ou de executor (gestante), no seu artigo 19.

Art. 3º. É proibida a gestação de substituição. [...]

Art. 19. Constituem crimes: [...]

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;¹⁰⁴⁰

O segundo projeto permite a altruísta e a regulamenta minimamente em seus artigos 21 e seguintes, no quinto capítulo. Mas proíbe a onerosa, dispondo tal proibição duas vezes sequenciadas no texto legislativo. Propõe a criminalização específica da mulher gestante, ao tipificar a cobrança de qualquer espécie de remuneração para a “cessão temporária do útero”, aplicando a mesma pena à pessoa que viabiliza ou facilita o contato entre a gestante e a pessoa que idealiza a gravidez:

Art. 22. A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação. [...]

Art. 25. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. [...]

Art. 86. Cobrar qualquer espécie de remuneração para a cessão temporária de útero.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem viabiliza ou facilita, com fins lucrativos, o contato entre quem concedeu o útero e a pessoa que busca a descendência¹⁰⁴¹.

Ou seja, ressalvadas as diferenças entre eles - sobretudo a criminalização da modalidade altruísta e dos pais idealizadores pelo primeiro projeto, o que o segundo projeto não dispõe -, acredita-se que ambos possuem em comum o mesmo problema: a proposição de crime amparado em fundamentação moral paternalista, sem que a conduta tipificada o seja para

¹⁰⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1184/2003. *Dispõe sobre a Reprodução Assistida*. Op Cit. Acesso em: 25 mai. 2021.

¹⁰⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4892/2012. *Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais*. Op. Cit.

proteger bem jurídico relevante e sem que haja lesão ou perigo de lesão a direitos de terceiros, ou seja, sem que haja vítima dos crimes ali dispostos. Em contrário, essas tentativas de criminalização que degradam espontaneamente os direitos fundamentais.

6.4.1. Bem jurídico e o princípio da lesividade

Muito se fala sobre a necessidade de impor limites ao direito penal para que não invada a esfera privada e a liberdade individual. Esse é um esforço coletivo, apesar das inúmeras e variadas divergências quanto aos meios efetivos para tanto. É necessário limite para que “o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. [...] [A] penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”¹⁰⁴².

Essa preocupação é típica do Estado de Direito e, com sua ascensão, também surge a compreensão de bem jurídico-penal¹⁰⁴³. Até então, direito e moral estavam interligados, o “ilícito penal era contemplado em uma dimensão teológica e privada”¹⁰⁴⁴, confundindo-se crime e pecado; o iluminismo provoca essa ruptura. Beccaria, em obra notável desse período, bem observa que “[...] só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros a mantê-lo na posse do restante”¹⁰⁴⁵.

Para que haja definição de algum crime, é necessário que o seja para a proteção de um bem jurídico; a controvérsia reside, no entanto, na definição do que é, ou deve ser, bem jurídico. A despeito da longevidade, não há consenso quanto ao seu conceito ou conteúdo¹⁰⁴⁶, e várias são as teorias que sobre ele se debruçam, desde o surgimento¹⁰⁴⁷. Embora haja dissenso, a ideia geral atual é a de que “[...] o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e

¹⁰⁴² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 11.

¹⁰⁴³ BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 26.

¹⁰⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8ª ed. Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2019, top. 20.

¹⁰⁴⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 23.

¹⁰⁴⁶ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, nº 82, jan.-fev. 2010, pp. 165-185, p. 169.

¹⁰⁴⁷ Para consultar as diferentes teorias e suas perspectivas de bem jurídico como bem, como interesse, como valor, entre outras, indica-se as leituras de: BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Op. Cit. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. Op. Cit.

não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos”¹⁰⁴⁸, ou seja, percepções de caráter moral.

Prado observa que, em “sentido amplo, *bem* vem a ser tudo que tem valor para o ser humano”. Afirmar ser algo que “possui valor sob qualquer aspecto”, um objeto “de satisfação ou de aprovação em qualquer ordem de finalidade”. É intrínseco ao conceito a sua utilidade, “sua aptidão ou propriedade para satisfazer a necessidade humana”¹⁰⁴⁹. Logo, é algo essencial ao ser humano e, por isso, necessita ser assegurado, protegido sobremodo, devendo-se, no entanto, definir quais bens são dignos de tutela penal e quais não.

O conceito se complexifica quando passa a indicar bens jurídicos dignos de tutela penal. Acredita-se que, de todas as teorias, as constitucionais são as mais aptas a fundamentar um direito penal democrático, aplicável em contexto de Estado democrático e social de direito¹⁰⁵⁰, que coadune com uma perspectiva penal garantista¹⁰⁵¹. Após o seu surgimento, as teorias constitucionais passaram a ser centrais nos debates sobre bem jurídico: “[...] em razão do caráter rígido, garantista e personalista das Constituições democráticas modernas, os valores e princípios constitucionais se apresentam como um instrumento de controle da responsabilidade moral e política do legislador penal”¹⁰⁵².

Para a abordagem constitucional, deve ser considerado bem jurídico-penal aqueles bens, valores, constitucionalmente reconhecidos como relevantes e importantes ao indivíduo. “No processo de criminalização, só devem alcançar a dignidade penal os bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição [...]”¹⁰⁵³. O direito penal se torna mais democrático, é mais influenciado pelos preceitos constitucionais na medida em que os bens jurídicos que lhe compete proteger devem estar constitucionalmente determinados, catalogados¹⁰⁵⁴. Assim, o bem jurídico-penal deve ser o reflexo de um valor constitucional, expressa ou implicitamente previsto¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Op. Cit., p. 12.

¹⁰⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. Op. Cit., tópico 01.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, tópico 54. As teorias constitucionais, ressalta Badaró, se tornaram as preferidas dos “defensores de um conceito transcendente ao sistema penal, mas imanente ao ordenamento jurídico”, não só no Brasil, mas também na Alemanha, na Itália e na Espanha. BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Op. Cit. p. 87.

¹⁰⁵¹ Ferrajoli também é defensor da concepção constitucional de bem jurídico. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Op. Cit., p. 379-381.

¹⁰⁵² BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Op. Cit. p. 95.

¹⁰⁵³ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. Op. Cit., p. 119.

¹⁰⁵⁴ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 84. SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 63.

¹⁰⁵⁵ As teorias constitucionais são subdivididas em duas correntes, estrita e ampla, conforme a amplitude da tutela penal sobre os bens de relevância constitucional. Para a primeira, só podem funcionar como bem jurídico-penal, só pode receber tutela penal, aqueles bens expressamente previstos na Constituição, o legislador está adstrito às

“Toda norma incriminatória na base da qual não seja susceptível de se dividir um bem jurídico-penal claramente definido é nula, por ser materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelos tribunais”¹⁰⁵⁶. A norma penal deve demonstrar com clareza qual bem jurídico protege, qual valor constitucionalmente previsto visa tutelar, para que a ação do legislador não ultrapasse os limites do punitivismo, com vistas a incriminar condutas meramente morais escolhidas de uma perspectiva pessoal.

Em um Estado Democrático, o bem jurídico-penal fundamenta e limita a atuação do legislador, exigindo que este explicita o fundamento empírico segundo o qual estabelece ou suprime ameaças penais. A lei penal deve descrever concretamente o bem violado pela conduta lesiva ou exposto a perigo de lesão, e esse entendimento é orientado pela teoria pessoal, ou personalíssima, pensada e desenvolvida originalmente por Hassemer. A orientação das teorias constitucionais, juntamente com a pessoal, formulada por este autor como uma perspectiva sociológica, permite delimitar melhor o conteúdo constitucional do bem jurídico.

Para o autor, não há delito sem afetação a bens jurídicos penais, “já que o bem jurídico é, como se tem demonstrado, o fundamento necessário e constitucional tanto para conceber um dever de proteção como para determinar os limites à intervenção e seu cálculo preciso”¹⁰⁵⁷. Hassemer entende que os “bens jurídicos são interesses humanos que requerem proteção penal”¹⁰⁵⁸. Ele destaca a importância da vítima no contexto jurídico-penal, na medida em que ela deve ser conhecida e os bens e interesses lesionados devem ser apontados. Como bem observa Badaró, não basta para a “criminalização a mera referência à violação da norma (jurídica, ética ou divina), exigindo-se a demonstração da ocorrência de ofensa a bem jurídico”¹⁰⁵⁹, da lesão ou da colocação em perigo de lesão a bem jurídico constitucionalmente previsto e penalmente tutelado. O legislador penal se vincula a esse viés empírico¹⁰⁶⁰.

Tavares, dos autores brasileiros defensores da teoria pessoal, entende o bem jurídico como valor e afirma que a validade de uma norma penal depende da existência de bem jurídico

“prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos” (LUIZI, 2003, p.173). Já a corrente ampla, como se é de sugerir, reconhece maior gama de bens jurídicos constitucionalmente previstos, estendendo o conceito para abarcar bens implicitamente coerentes com o texto constitucional, bem como os com ela não incompatíveis. BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Op. Cit. p.88 ss. LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed., rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 173 ss.

¹⁰⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e sua definição: o conceito material de crime. In: *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 77.

¹⁰⁵⁷ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Op. Cit., p. 104. No original: “[...] ya que el bien jurídico es, como se ha demostrado, el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso”.

¹⁰⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Revista Trimestral. Año 12, Buenos Aires, pp. 275-285, p. 282.

¹⁰⁵⁹ BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Op. Cit. p. 70.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*

e da demonstração clara de que este tenha sido efetivamente lesado, ou, ao menos, posto em perigo. Segundo defende, o “[b]em jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social”; é um valor incorporado à norma, o principal elemento do tipo penal, e a ele devem se referir a ação típica e os demais componentes da tipificação. O “bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto concretamente em perigo”. Portanto, conclui o autor, “são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico”¹⁰⁶¹.

Zaffaroni e Batista, na mesma linha teórica, entendem o bem jurídico como “a relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto”¹⁰⁶², reconhecendo a possibilidade de disposição pessoal dele. Os autores julgam equivocada, e até preocupante, conferir uma pretensão legitimante ao direito penal por meio do instituto do bem jurídico, mas defendem-no como instrumento de contenção necessário ao aplicador do direito, ao juiz, por ter que se perguntar, no caso concreto, pela lesividade da conduta a direito de terceira pessoa, vítima material¹⁰⁶³.

O direito penal brasileiro reconhece o princípio da lesividade, “segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”¹⁰⁶⁴. No mesmo sentido, defende Roxin: “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”¹⁰⁶⁵.

Do que ensina Roxin, pode-se perceber duas premissas básicas do princípio da lesividade: a necessidade de lesão (ou de exposição a perigo de) a direito de terceiros, devendo a ação ultrapassar o âmbito pessoal do sujeito, e a impossibilidade de se criminalizar comportamentos com base em concepções morais, valorações pessoais, mesmo que sejam hegemonicamente consideradas adequadas, sob pena de aviltamento a direitos de minorias.

Cirino dos Santos atribui especial relevo ao princípio por ser o responsável por impedir “criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão

¹⁰⁶¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 213.

¹⁰⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - II, I*. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 220.

¹⁰⁶³ *Ibid.* p. 217 ss.

¹⁰⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Teoria geral do Direito Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 226.

¹⁰⁶⁵ ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña e Francisco Muñoz Conde. Sevilla: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1981, p. 25.

da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação [...]”¹⁰⁶⁶, liberdades asseguradas pela Constituição da República, as quais devem estar acima de restrição penal. Para o autor, as liberdades fundamentais constitucionalmente previstas “devem ser objeto da maior garantia positiva como critério de criminalização e, inversamente, da menor limitação negativa como objeto de criminalização por parte do Estado”¹⁰⁶⁷.

Batista revela quatro principais funções do princípio da lesividade no direito penal, duas delas aqui são essenciais: proibir a incriminação de conduta que não exceda o âmbito da própria pessoa que a pratica e proibir a incriminação de condutas consideradas *desviadas* que não afetem qualquer bem jurídico¹⁰⁶⁸. O autor entende *desviadas* as condutas fora do padrão hegemônico, consideradas dissidentes, as quais são reprovadas costumeiramente e até mesmo indevidamente criminalizadas.

No âmbito do direito penal, a conduta do autor do crime deve se relacionar ao bem jurídico “como signo do outro sujeito”¹⁰⁶⁹. Quando a ofensa se restringe ao âmbito pessoal de quem pratica a conduta, ao seu âmbito de disponibilidade, não há afetação de direitos de terceiro, pelo que não deveria agir o direito penal¹⁰⁷⁰. Da mesma forma, não se pode criminalizar condutas sem lesividade a terceiros simplesmente porque se mostrem imorais sob o julgamento do legislador, mesmo que amparado em uma moralidade hegemônica. E isso, como amplamente defendido até aqui, em respeito à autonomia, um dos pilares da própria dignidade humana, e ao direito fundamental de liberdade de autodeterminação.

Aliás, Greco afirma que a proibição de criminalização de preceitos morais dimana não da teoria do bem jurídico ou de princípio de lesividade, mas da própria autonomia, enquanto expressão de um liberalismo jurídico-penal, segundo o qual “a imoralidade de um comportamento não é uma razão para puni-lo”. E isso decorre da simples “esfera nuclear da vida privada”, que deve se sobrepor sempre ao moralismo jurídico-penal¹⁰⁷¹. Concorde-se com tal perspectiva, como já amplamente defendido até aqui, mas entende-se a necessidade de

¹⁰⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Parte geral. *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁶⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90-91. As outras duas funções são: proibir a incriminação de uma atitude interna e a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁰⁷⁰ Como se pode ver ocorrer com o suicídio e a automutilação, pune-se apenas quem eventualmente colaborar para sua concretização (art. 122, CP). Ao contrário, é criminalizada a conduta de automutilação ou lesão ao próprio corpo ou saúde para receber indenização ou fraudar seguro, por exemplo, por restar clara a ofensa de bem jurídico de terceiro (art. 171, V, CP).

¹⁰⁷¹ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). *Op. Cit.*, p 181-182. O autor define moralismo jurídico-penal como “a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo.

instrumentalização do princípio da lesividade como preceito para o reconhecimento e efetivação do liberalismo jurídico-penal.

As criminalizações propostas nos projetos de lei aqui em análise não apresentam bem jurídico a ser tutelado e não apresentam vítimas, inobservando o princípio da lesividade. Pretendem criminalizar conduta considerada desviada moralmente, criminalizar sobretudo a figura da “mãe desnaturada”. Isso porque, tratando-se todas as partes, sobretudo a gestante, de pessoas capazes de agir autonomamente¹⁰⁷² e observando-se o melhor interesse da criança¹⁰⁷³, simplesmente não há lesão a qualquer direito (valor, interesse ou bem, conforme a teoria) de terceiro que pudesse funcionar como bem jurídico.

6.4.2. A inconstitucionalidade dos tipos penais descritos no projeto

Nesse momento, após elucidadas as conceituações de bem jurídico e do princípio da lesividade, mas, sobretudo, após todo o exposto até aqui, é de se notar facilmente não haver bem jurídico a ser protegido por meio de tais crimes, muito menos lesão a direitos de terceiros. Contrariamente, os próprios crimes aviltam liberdades individuais da mulher e demais partes envolvidas em um acordo de gestação de substituição onerosa.

Um acordo desse, celebrado entre pessoas capazes de agir autonomamente, que demonstrem essa capacidade por meio do adequado consentimento informado, em uma sociedade plural, liberal e democrática, não lesa direitos de nenhuma das partes ou de terceiros. Acredita-se que as criminalizações pretendidas têm fundamento exclusivamente moralista.

No acordo, a gestante exerce sua autonomia e direito à liberdade, inclusive de trabalho; os pais idealizadores exercem, além da autonomia, seu direito ao livre planejamento familiar; o profissional médico, ou quem eventualmente intermedeie o acordo, está apenas assessorando as partes autônomas na execução, também exercendo seu direito de profissão¹⁰⁷⁴ e agindo mediante consentimento das partes envolvidas.

¹⁰⁷² Cujas autonomia é expressada mediante adequado consentimento informado.

¹⁰⁷³ Mesmo que ainda não tenha sido sequer concebida, o melhor interesse geral da criança, nesse caso, é ser entregue à sua família, a que idealiza e deseja seu nascimento.

¹⁰⁷⁴ Ademais, agindo mediante consentimento da gestante e dos pais idealizadores, não poderia responder por crime algum, pois o consentimento informado figura como causa de justificação, a qual excluiria a ilicitude da conduta, como entendida pela doutrina brasileira. Há também, sobretudo na doutrina estrangeira, quem entenda o consentimento do ofendido como excludente de tipicidade, como aprofunda Siqueira em sua obra, ambas resultando na impossibilidade de criminalização. Por recorte metodológico, por ser a gestante substituta o principal foco, não se aprofundará nesse tema, mas indica-se a leitura de SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. Op. Cit.

O artigo 19 do PL 1184/03 criminaliza “participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica”, pouco importando se na modalidade onerosa ou altruísta, o que denota não ser a comercialização do corpo a principal preocupação aqui. O fato de propor a criminalização da modalidade altruísta demonstra o descompasso de tal previsão com o avanço tecnológico da RA no país e no mundo. Dificilmente se manteria essa criminalização, caso aprovado o projeto, já que a técnica altruísta se encontra amplamente aceita e aplicada social e juridicamente, sendo, pois, abrangida pelo princípio da adequação social.

Mas o que se quer analisar nesse momento é não ser possível observar qual bem jurídico seria lesado pela participação dessas pessoas em gestação de substituição. Da mesma forma que também não se consegue visualizá-lo no tipo penal proposto no PL 4892/12, segundo o qual é crime “cobrar qualquer espécie de remuneração para a cessão temporária de útero”.

Não é possível visualizar qual bem jurídico é atingido e quem é seu detentor, quem seria a suposta vítima na conduta de cobrar remuneração para gestar filho alheio. Essa criminalização é destinada à gestante, contrariando toda a preocupação internacional de ser ela a principal vítima de tal acordo¹⁰⁷⁵. Para tais projetos, a gestante não é vítima, mas sim criminosa. Resta saber de qual ofensa.

Não se protege a liberdade de ninguém, já que tal arranjo pressupõe partes autônomas, cuja capacidade é objetivamente externada em termo de consentimento informado. Ao contrário, tais crimes a restringem. Não se destina também, é bom constar, a proteger a integridade física da própria gestante criminalizada, uma vez que a lesão necessária é naturalmente aceita pelo próprio processo gestacional e de parto, inclusive para a gestação substituta altruísta¹⁰⁷⁶.

A criminalização também não visa proteger direitos da criança gestada. Estabelecendo a questão da filiação com quem idealiza a gravidez, o melhor interesse da criança estará preservado, vez que será, ao final, entregue à sua família, aquela que planejou sua chegada e a aguarda ansiosamente, tal qual qualquer outra família em processo de procriação. Ademais, como já defendido, o processo não configura venda da criança¹⁰⁷⁷, tratando-se apenas de uma

¹⁰⁷⁵ Cf. tópicos 3.1.1. “Objeção da equanimidade: o argumento da exploração de mulheres como prática inerente à gestação de substituição onerosa” e 3.1.2.1. “A objetificação de corpos femininos e das mulheres”.

¹⁰⁷⁶ Aliás, fosse esse o bem jurídico de tal crime a integridade física da gestante, seria ainda inconstitucional, posto que criminalizaria a própria detentora da integridade física (bem jurídico disponível a lesões desse tipo) visando protegê-la de ação autorreferente.

¹⁰⁷⁷ Cf. tópico 3.1.2.2. “A objetificação pela compra e venda de crianças”. Lembrando que o médico literalmente “produz” a criança em laboratório, por meio de fertilização *in vitro*, cobra retorno financeiro por ser este seu trabalho, sendo exercício de sua profissão, e não tem sua conduta criminalizada, sequer havendo quem defenda isso.

prestação de serviço em auxílio a quem tem um projeto parental diferente da adoção e não consegue gestar pessoalmente o próprio filho.

Importa observar, no entanto, que se, ao final do processo de gestação de substituição onerosa, ocorrer um conflito negativo de maternidade (de filiação, de modo amplo)¹⁰⁷⁸, o melhor interesse da criança poderá ser afetado, mas isso não decorre da técnica em si (ou do fato de ser paga). Ainda assim, não se pode considerar justificável uma criminalização da gestação de substituição para evitar esse eventual resultado. E esse impedimento decorre do princípio da intervenção mínima¹⁰⁷⁹, segundo o qual o direito penal só pode intervir em situações de ataques a bens jurídicos de tal forma graves que nenhum outro ramo do direito seja capaz de protegê-lo¹⁰⁸⁰, o que não é o caso.

Na gestação de substituição onerosa, não que não se considere problemático uma pessoa idealizar um projeto parental, dar início a ele por meio de gestação de substituição, e, em seguida, desistir da criança¹⁰⁸¹. Ocorre que, a mera possibilidade de ocorrer tal situação, ocasionalmente, não justifica criminalizar toda a técnica, inclusive a altruísta, visando a evitá-la. Seria um suposto risco de lesão a bem jurídico desproporcionalmente pequeno frente aos direitos fundamentais que seriam limitados com tal criminalização, tais como a autodeterminação e a liberdade, em diversas de suas expressões. Não se deve criminalizar condutas quando é possível controlá-las, de modo adequado e suficiente (e, muitas vezes, melhor), por outros ramos do direito¹⁰⁸², e acredita-se ser esse o caso.

É possível estabelecer regras procedimentais que, antes de iniciar a gestação, envolvam, conscientizem e façam os idealizadores se comprometerem mais com o processo, façam-nos perceber o quanto é grave desistir da criança nessa situação. É possível estabelecer multa alta

¹⁰⁷⁸ Por esse conflito, lembra-se, a(s) pessoa(s) idealizadora(s) da gestação, pais da criança, rejeitam-na e a gestante substituta não a adota, não havendo outro destino a ela que não o encaminhamento para instituições de adoção.

¹⁰⁷⁹ Roxin explica tal princípio como expressão do princípio da proporcionalidade, nome também bastante adotado no Brasil, a exemplo de Cirino dos Santos. Nilo Batista adota a nomenclatura intervenção mínima, à qual se toma, por parecer mais elucidativa aos fins propostos. Há outras nomeações, como a que destaca Martinelli e De Bem, princípio da necessidade penal. Todos eles querem significar o mesmo sentido. BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 82-88. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal. Parte Geral. Op. Cit.*, p.184-193. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Op. Cit.*, p. 65-67. SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal. Parte geral. Op. Cit.*, p. 27-30.

¹⁰⁸⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 83. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Op. Cit.*, p. 66.

¹⁰⁸¹ Tal como é igualmente grave a pessoa que inicia o processo de adoção, adota a criança e desiste de mantê-la em seu núcleo familiar, devolvendo-a à instituição.

¹⁰⁸² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 85*

para a desistência, ou obrigação de pagar alimentos à criança até que chegue à fase adulta, tal como já acontece na desistência da adoção¹⁰⁸³.

Criminalizar a gestação de substituição tão somente para evitar que um ou outro idealizador de gestação desista de receber a criança ao final do processo, equivale a criminalizar o processo de adoção, para evitar que um ou outro adotante desista da criança após levá-la para sua casa. Isso é desproporcional e o direito penal não pode ser utilizado dessa forma.

Lembra-se, ainda, que o artigo 199, §4º da Constituição Federal não versa sobre gestação de substituição, nem mesmo sobre uma regra generalizável de proibição à mercantilização do corpo, como alguns insistem em afirmar, sem razão¹⁰⁸⁴. Logo, não se pode defender que as criminalizações desses projetos de lei teriam como bem jurídico o próprio corpo humano, diante de suposto preceito constitucional proibitivo, posto que equivocado.

Não é possível, pois, identificar bem jurídico a ser protegido por tais crimes. E as normas incriminadoras que não se referenciem diretamente a qualquer bem jurídico são simplesmente inválidas, inconstitucionais, não se podendo admitir sua aplicação. “A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem [...] pressupostos indeclináveis do injusto penal”¹⁰⁸⁵

Não há, em tais criminalizações, observância ao princípio da lesividade, pressuposto para atuação penal do Estado, que a limita apenas a casos em que há efetiva lesão a bens jurídicos, sendo tutelados quando de extrema importância para a harmonia e boa convivência em comunidade. Muito bem observa Hassemer que a criminalização de uma conduta sem se remeter à proteção de algum bem jurídico, seria uma ação de terror do Estado¹⁰⁸⁶.

A criminalização proposta tem claro viés moralista, sobretudo por sequer se preocupar em determinar e combater eventuais situações de violência ou exploração de fato que pudessem advir dessas relações, viciando o consentimento. Visa impedir a mulher de livremente dispor

¹⁰⁸³ Relembra-se o já mencionado em nota no quarto capítulo: Caso os idealizadores da gestação desistam da criança, esta deve ser encaminhada para os programas de adoção, tal como ocorre em situações de reprodução natural, devendo ser aplicado o mesmo entendimento atual para situações de devolução de criança ou adolescente, pelo qual, se devolvida após adotada, pode ser determinado aos adotantes que lhe paguem uma indenização civil/alimentos, até atingir a maioridade. Para mais informações sobre a indenização civil paga a crianças e adolescentes devolvidos em decorrência de desistência da adoção, cf.: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219-220. REZENDE, Guilherme Carneiro. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. *Revista Jurídica Ministério Público do Paraná*, nº 01, 2014. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1797.html>. Acesso em 15 jan. 2021. MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁰⁸⁴ Cf. tópico 5.1. “Artigo 199, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”

¹⁰⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Op. Cit., p. 213.

¹⁰⁸⁶ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? Op. Cit., p. 103.

de seu corpo como ferramenta de trabalho tão somente por ser a forma contrária aos “bons costumes”, aos valores morais impostos hegemonicamente pela sociedade¹⁰⁸⁷, por tornar forma de trabalho algo hegemonicamente sacralizado, como é a maternidade e o (mito do) amor materno. Diante da sobredita dificuldade de definição da maternidade em uso de TRA, sobretudo na gestação de substituição, de modo moralista, procura-se punir a figura da “mãe desnaturada”: à primeira vista, aquela que gesta e pare.

Não se pode admitir isso, é uma afronta à autonomia e verdadeira imposição heteronômica de comportamentos que se considera mais adequados. Essa criminalização afronta, ela mesma, a própria dignidade humana, principalmente da gestante.

Mill discorre “sobre a liberdade”, obra escrita no marco do utilitarismo que bem define a atuação penal de um Estado Democrático liberal, ao dispor o “único propósito para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre algum membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano a outrem”. E complementa que “seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ele não pode ser legitimamente compelido a fazer ou deixar de fazer algo porque será melhor para ele, porque vai fazê-lo mais feliz, porque, na opinião dos outros, seria sábio ou mesmo direito”¹⁰⁸⁸.

O princípio da lesividade impede a aprovação de tais crimes, na medida em que configuram exatamente o que Batista denunciara, uma criminalização de conduta considerada *desviantes* que não ofende qualquer bem jurídico¹⁰⁸⁹. Uma lei que intencione “impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a Constituição estabelece.”¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁷ Aqui não há que se falar em bens jurídicos disponíveis e indisponíveis, apesar de ser um debate extremamente relevante e necessário a alguns temas relacionados à autonomia e direito ao próprio corpo. Isso porque já se reconhece como legítima e cabível a disposição/utilização que se faz do corpo em técnicas de gestação de substituição, já que a altruísta é praticada no país sem maiores preocupações. Logo, não se trata aqui de criminalização por lesão ao corpo, ou sua integridade física, não se trata de bem jurídico indisponível. Mais informações sobre bens jurídicos indisponíveis, cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*. V. 06, n. 1, jan/jun. 2008.

¹⁰⁸⁸ MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. *Sobre a liberdade*. Tradução: Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro: Vozes, 2019, p. 35-36.

¹⁰⁸⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90-91.

¹⁰⁹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I. Op. Cit.*, p. 226.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, que se iniciou com o intuito de analisar criticamente a suposta criminalização da modalidade onerosa de gestação de substituição pela Lei de Transplantes, como é defendido em artigos acadêmicos e sites jurídicos na internet, tomou outros rumos. Tornou-se mais ampla, em tamanho necessário para abranger o verdadeiro problema que acompanha a gestação de substituição, que, de fato, é bem maior do que essa falsa tipificação.

A técnica é atravessada por toda sorte de moralismos que moldam a postura e o corpo da mulher em sociedade e que invadem as normas jurídicas sem qualquer legitimidade para tanto.

À mulher capaz de agir autonomamente deve ser facultada a possibilidade de utilizar de seu corpo da forma como bem entender e julgar melhor, não afetando direitos alheios, em respeito à própria concepção de dignidade, em um Estado Democrático de Direito. O Estado não deve determinar modos de se viver a vida que julgue mais adequados, pois tais determinações serão sempre formas de heteronomia, atuação paternalista que limita liberdades individuais e a própria autonomia.

A gestação de substituição é uma inovação científica que auxilia muitas pessoas na efetivação de seu projeto parental. Médicos especializados em reprodução assistida lucram altos valores para implementá-la, não havendo justificativa legítima para obrigar a mulher capaz de escolha autônoma a efetivá-la apenas de modo altruísta, sobretudo pelo nítido paralelo entre essa e outras formas corriqueiras de utilização do corpo como ferramenta de trabalho.

Onerar a técnica significa cobrar pagamento por um serviço prestado, pelo qual a mulher autônoma consente em gerar filho de terceira pessoa e recebe contraprestação financeira pelo esforço despendido na gestação, não pela criança que sequer tem com ela vínculo de filiação. Não se trata de comercialização do corpo ou de partes dele, mas do exercício do direito de livremente dele utilizar enquanto meio/instrumento para se prestar um serviço mediante esforço corporal.

O que fundamenta a proibição da gestação de substituição onerosa no país é a crença moral de que a mulher estaria vendendo parte de seu corpo ou a própria criança gestada, a qual seria naturalmente sua filha, atentando contra sua própria dignidade, contra sentimentos de moralidade supostamente coletivos e contra o irrefragável amor materno. E, como demonstrado, nada disso se justifica.

Com efeito, o ordenamento civil brasileiro, ao tratar sobre a filiação, determina conceituação jurídica da paternidade, mas nada dispõe sobre a maternidade, que, antes da

ascensão das técnicas de reprodução assistida, era fácil e naturalmente definida pelo parto. Até então, o processo de reprodução estava vinculado a apenas uma mulher, naturalmente a mãe¹⁰⁹¹; atualmente, tais técnicas podem reparti-lo entre até três pessoas: a que doa os gametas, a que gesta e a que idealiza o projeto parental. A legislação precisa urgentemente se adaptar a essa nova realidade, visando dar maior segurança jurídica a essas relações familiares.

A ausência de definição categórica da maternidade deixa o conceito a critério do senso comum, pelo qual “mãe é quem gesta e pare”, o que é um equívoco sem precedentes e merece atenção imediata. Mas, apesar de estar ausente esse conceito, é possível reconhecer legalmente o vínculo de filiação em casos de utilização de TRA com quem idealiza o projeto parental, por força do artigo 1.593 do Código Civil, segundo o qual o vínculo de parentesco pode ser natural ou civil, resultando de consanguinidade ou “outra origem”, sendo certo caber nessa cláusula geral o vínculo procracional. Assim, quando em casos de gestação de substituição, há que se reconhecer a filiação da criança gestada aos idealizadores da gravidez, e não à gestante.

O fato de não ser ela considerada mãe resolve parte dos problemas criminais que se argumenta haver pela modalidade onerosa da gestação de substituição, já que os artigos 242 do Código Penal e o 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente criminalizam a conduta da *mãe* em relação ao *filho*¹⁰⁹². O artigo 15 da Lei de Transplantes, por sua vez, não se aplica à técnica por não se tratar de compra e venda de órgão, tecido ou parte do corpo humano, como se demonstrou. Logo, não há conduta típica que abranja e criminalize as pessoas envolvidas na técnica de gestação de substituição onerosa no país.

Constatou-se não haver qualquer outra proibição legítima da técnica onerosa no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, a atividade está em conformidade com o Estado liberal democrático que vige no país, motivo pelo qual deve ser regulamentada. Não se pode sequer dizer que deve ser permitida já que, legitimamente, ela não está proibida.

Atualmente, a mulher é impedida de cobrar retorno financeiro pelo serviço de gestar de modo substituto tão somente por uma resolução ilegítima do Conselho Federal de Medicina, o qual não apresenta mínima competência para legislar sobre direitos e liberdades fundamentais de cidadãos que sequer estão sujeitos às suas normas deontológicas. E para agravar mais a situação, o Conselho delibera sobre o tema, reformula e republica as resoluções, revogando as anteriores, com frequência desproporcional, tornando mais instável a técnica e seus

¹⁰⁹¹ Excluindo-se do debate aqui, deliberadamente, o instituto da adoção, que também rompe com essa lógica natural da maternidade, mas de modo reconhecido socialmente.

¹⁰⁹² O artigo 238 do ECA, na verdade, criminaliza os pais, de modo geral, e tutores.

procedimentos¹⁰⁹³. Isso só demonstra a necessidade de se regulamentar o tema urgentemente, por processo legislativo democrático.

A proibição genérica de comercialização de órgãos prevista no artigo 199, §4º da Constituição Federal não abrange a técnica sem se fazer um esforço hermenêutico hercúleo e inconstitucional para tanto. Assim como também as proibições previstas no Código Civil referentes aos direitos de personalidade não podem ser aproveitadas para alcançá-la.

Sendo assim, o Estado deve reconhecer a possibilidade de a mulher prestar o serviço de gestar filho alheio de modo oneroso, e regulamentar a técnica e a relação a ser estabelecida entre gestante e a(s) pessoa(s) idealizadora(s) do projeto parental, para evitar conflitos de maternidade, eventual exploração da gestante em situação de pobreza e garantir o melhor interesse da criança.

Com a devida escusa por inovar em sede de considerações finais, acredita-se ser importante conjecturar parâmetros para uma possível regulamentação da técnica. O primeiro passo para regulamentar a técnica - que aproveitaria tanto a modalidade onerosa como a altruísta - deveria ser a definição da maternidade em lei, tornando-o um conceito jurídico, com vistas a evitar que sua construção dependa de critérios puramente naturais ou culturais, posto não caber mais isso na atualidade. Dever-se-ia determinar a maternidade, e qualquer outro laço de filiação, como decorrente tão somente do planejamento/idealização do projeto parental, um vínculo procracional, aquele a partir da vontade de procriar. Se o vínculo genético ou gestacional coincidir com o do planejamento familiar, restaria irrelevante, posto ser o socioafetivo o único pertinente, o qual atende igualmente à procriação natural e artificial.

Estando predeterminada a maternidade nesses termos, não haveria dúvidas ou conflitos que eventualmente considerariam a gestante como mãe da criança, o que já traria efeitos positivos de maior segurança jurídica em relação à filiação. O vínculo já estaria posto legalmente e restaria estabelecido como matéria de direito público. Assim, a pessoa idealizadora poderia registrar a criança como sua filha sem maiores embaraços.

Em contrapartida, é de se ressaltar que a gestante substituta que entrasse em conflito positivo de maternidade e questionasse a criança para si, se a registrasse como sua filha, tipificaria na conduta descrita no artigo 242 do Código Penal, pois, como já exposto, estaria

¹⁰⁹³ Atualização pós banca de defesa: Como informado na nota de rodapé 797, entre a defesa da presente tese e seu depósito final, o CFM alterou, mais uma vez, sua resolução interna sobre o tema de Reprodução Assistida. Ao todo, durante o processo de pesquisa do doutorado, foram quatro alterações de resolução, com revogação da anterior: Resolução 2.121/2015, Resolução 2.168/2017, Resolução 2.294/2021 e, agora (após a defesa), Resolução 2.320/2022. No entanto, em relação à gestação de substituição e demais temas relacionados, nada foi alterado (exceto pela forma de escrita no primeiro parágrafo).

registrando a filha de outrem como se sua fosse. Por outro lado, se os pais idealizadores desistissem da gestação e resolvessem, por exemplo, repassar o projeto parental a outrem e cobrar da pessoa restituição dos valores despendidos para efetivação daquela TRA, poderiam tipificar no crime previsto no artigo 238 do ECA, nos moldes do que fora apresentado anteriormente, pois estariam verdadeiramente prometendo ou efetivando a entrega de filho mediante pagamento.

A regulamentação deveria procurar promover a informação, conscientização e responsabilização das partes envolvidas na técnica. Isso para que a gestante tivesse conhecimento para exarar de modo válido seu consentimento, enquanto mulher capaz de agir autonomamente, ciente das transformações pelas quais seu corpo passaria e ciente de que aquela criança não seria sua filha. Para que os pais se conscientizassem sobre a seriedade do implemento da técnica e não se escusassem da responsabilidade de se ter um filho, mitigando o risco de abandono da criança por eventual conflito negativo de maternidade. Para que não houvesse proposta de pagamento irrisório à qual a mulher em situação financeira precária fosse compelida a aceitar, o que, em situação extrema, poderia inclusive invalidar seu consentimento e gerar responsabilização por exploração de fato.

Para evitar tais ocorrências, poder-se-ia pensar em estratégias como o estabelecimento de obrigações às partes envolvidas no termo de acordo e prestação do serviço. À(s) pessoa(s) idealizadora(s), em relação à efetivação de seu projeto parental, visando evitar o abandono da criança gerada, obrigações como o comparecimento em cursos informativos e preparatórios sobre paternidade, tais como os que já ocorrem em relação à adoção. Também a obrigação de fazer acompanhamento psicológico, exames de saúde física, mental e afins. Além disso, poderia ser fixada uma multa de alto valor em caso de desistência da criança, após iniciada a gestação, e indenização material e/ou fixação de pensão alimentícia à criança até que completasse a maioridade (a exemplo do que já ocorre em casos de desistência de adoção). E outra obrigação relevante que poderia ser imposta à pessoa idealizadora seria a de pagar plano de saúde à gestante, além da contraprestação financeira.

Quanto aos pontos a serem observados por parte da gestante, no processo de regulamentação, dever-se-ia avaliar a possibilidade de se limitar um número máximo de vezes que poderia gestar de modo substituto, considerando puramente aspectos de sua saúde. Outro aspecto relevante a se considerar seria a possibilidade de realmente exigir que a mulher candidata à gestação substituta já tenha engravidado e parido. Isso poderia ser útil para garantir a ela mesma maior conhecimento sobre si e sobre o processo gestacional em seu corpo, o que consequentemente lhe daria maior competência para agir autonomamente e para exarar seu

consentimento informado. Dever-se-ia refletir também sobre a recente possibilidade de a gestante substituta doar seu próprio óvulo, pelo que terá com a criança vínculo gestacional e genético, mas ainda assim não teria o afetivo, único válido para estabelecer a filiação. Atualmente essa modalidade, conhecida como tradicional, não é implementado no Brasil, mas, com a recente alteração da resolução acerca do tema pelo CFM, as clínicas passam a poder concretizá-la dessa forma. Essa restrição se mostraria uma leve limitação (paternalismo moderado) que poderia se justificar diante da necessidade de se garantir afastamento entre a gestante e a criança.

Quanto ao pagamento à gestante pela substituição onerosa, haveria que se refletir sobre a possibilidade de fixação de um valor mínimo a ser pago, visando evitar exploração de mulheres extremamente vulneráveis que consentissem em se submeter à técnica por qualquer valor, mesmo que irrisório. Não se poderia permitir que a prática ocorresse em livre mercado, sem qualquer controle estatal, de modo que pessoas idealizadoras, ou clínicas, pudessem cooptar mulheres extremamente miseráveis em troca de comida ou moradia (ou equivalente), por exemplo, por condições básicas e mínimas de subsistência, pois isso, como mencionado, poderia invalidar o consentimento dessa mulher. Contudo, a fixação de um valor mínimo dificultaria ainda mais o acesso à técnica por parte de famílias que não tenham condições financeiras favoráveis para custeá-la. Mas, sempre haveria a possibilidade de acessá-la de modo altruísta ou por meio do SUS, uma vez que o sistema de saúde já disponibiliza atualmente acesso a técnicas de reprodução assistida (apesar de ainda incipiente). E sendo esse o caso, eventualmente caberia ao Estado o pagamento da gestante substituta, caso fornecesse essa TRA.

Além disso, seria necessário refletir sobre a atuação das clínicas em relação às gestantes, se seria permitido que tivessem um registro de pretensas substitutas para apresentá-las a idealizadores de projetos parentais, ou se as mulheres deveriam agir individualmente. E, ainda, seria necessário refletir com responsabilidade sobre a permissão de acesso à técnica por fins outros que não somente os relacionados à impossibilidade de gestar pessoalmente, mas, por exemplo, por fins estéticos.

Sabe-se que o caminho mais adequado para o tratamento jurídico do instituto da gestação de substituição é a regulamentação em todos os seus aspectos, sobretudo do termo de acordo mediante remuneração. Como vai se dar essa regulação, no entanto, é matéria para nova pesquisa, limitando-se aqui apenas a levantar aspectos relevantes que surgiram no decorrer da tese, pelos quais, acredita-se, obrigatoriamente os legisladores deverão perpassar.

A regulamentação da gestação de substituição onerosa é a via possível e adequada para se reconhecer o poder da autonomia às mulheres que julguem ser esta uma forma digna e

vantajosa para seu sustento próspero, uma modalidade de prestação de serviços possível na atualidade. Em proveito, ainda se efetiva o direito ao planejamento familiar de tantas pessoas que almejam e necessitam da técnica, mas não encontram voluntárias disponíveis para tamanha generosidade.

REFERÊNCIAS

1. Livros e artigos:

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

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 109-110.

ALMEIDA, Renata Barbosa. Direito ao planejamento familiar e o choque de consentimentos sobre o uso de embriões: o caso Evans versus Reino Unido sob a égide do Direito Brasileiro. Separata de *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito de Saúde*, ano 06, nº 12, jul-dez, 2009.

ALVES, Oslania de Fátima; SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Saúde & Ciência em Ação, Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde*, v.2, n.01, Jan-Jul., 2016.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORÓS, Esther Farnós. Surrogacy In Spain. In: FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 59-82.

ANDERSON, Elizabeth S. Is Women's labor a commodity? *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 19, No. 1, winter, 1990, pp. 71-92.

APPELBAUM, Paul. Assessment of Patients' Competence to Consent to Treatment. *New England Journal of Medicine*, 357 (18): december, 2007, pp. 1834-1840.

APPELBAUM, Paul. GRISSO, Thomas. *Assessing competence to consent to treatment*. New York: Oxford University Press, 1998.

ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos no direito internacional privado (revisado e atualizado). In: *Direito Internacional Contemporâneo*. Luiz Olavo Baptista; Larissa Ramina; Tatyana Scheila Friedrich. (Org.). Curitiba: Juruá, 2014.

ARIELY, Dan; HEYMAN, James. Effort for Payment: A Tale of Two Markets. *Psychological Science*. Vol. 15, No.11, 2004, pp. 787-793.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 52, n. 1 e 2, 2011.

ASSY, Betânia; FERES JUNIOR, João. Reconhecimento. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico-penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BADARÓ, Tatiana. Comercialização de órgãos transplantáveis ofende bem jurídico? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. In: SIQUEIRA, Flávia; ESTELLITA, Heloisa. *Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, pp. 325-346.

BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BAER, Susanne. Dignity, liberty, equality: a fundamental rights triangle of constitutionalism. *University of Toronto Law Journal*, vol. 59 issue 4, fall 2009, pp. 417-468.

BARBAS, Stela. Estabelecimento da maternidade: A gestação para outrem à luz do Direito Civil Português. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Bioética e direito da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 271-282.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Vida como um dano: breve reflexão. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Imprensa da Universidade. v. 95, t. 2, 2019, pp. 1209-1254.

BARCLAY, Linda. Autonomy and the social self. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie (org.). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, pp. 52-71.

BARREDA, Nicolás Jouve De La. Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada - biomedical perspective of the surrogate motherhood. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII 2º/2017, 153-162.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARTKY, Sandra Lee. *Femininity and domination*. Studies in phenomenology of oppression. Epub. New York: Routledge, 2011 (1990).

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUER, Martin W.; DURANT John; GASKELL, G. *Biotechnology in the public sphere: a European sourcebook*. London: Science Museum, 1998.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A History and Theory of Informed Consent*. New York: Oxford University Press, 1986.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Volumes 1 e 2. Lisboa: Bertrand, 2008 (1949).

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito da personalidade e o novo Código Civil*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Brasil.

BENDASSOLI, Pedro Fernando. Doação de órgãos: meu corpo, minha sociedade. *Psicologia, Reflexão e Crítica*. Vol.11, n. 1, Porto Alegre, 1998.

BENITO, Cárcar; ESTEBAN, Jesús. La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: Su configuración y prioridad en una futura regulación. *Derecho y salud*. Valencia, v. 27, n. 1, 2017, pp. 160-174.

BERGSTEIN, Gilberto. *Os limites do dever de informação na relação médico-paciente e sua prova*. 2012, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 9, Brasília, set - dez 2012, pp. 7-38.

BIROLI, Flávia. Autonomia, preferências e assimetria de recursos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 31, nº 90, fev. 2016, p. 39-57.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade*. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

BLAZIER, Jaden; JANSSENS, Rien. Regulating the international surrogacy market: the ethics of commercial surrogacy in the Netherlands and India. *Medicine, Health Care and Philosophy* (2020) 23:621–630.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de ideias e crítica à razão patrimonial aplicada aos direitos de personalidade. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. *Negócio Jurídico e liberdades individuais*. Autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 91-106.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2ª ed. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2002.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial*. 3ª ed. *Ebook*. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 02.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal, Parte Especial*. 2ª Ed. *Ebook*. São Paulo: Atlas, 2017, vol. 03.

CAHN, Naomi; CARBONE June. Surrogacy in the United States Of America. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 307-328.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CANTON FILHO, Fábio Romeu. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: *CONPEDI*. (Org.). XVIII Congresso Nacional do CONPEDI - Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

CARULA, Karoline. Perigosas amas de leite: aleitamento materno, ciência e escravidão em A Mãe de Família. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.19, supl., dez. 2012, pp.197-214.

CARVALHO, João Claudio Carneiro de. FARIAS, Rosileide da Silva. A liberdade de trabalho, ofício e profissão, as qualificações infraconstitucionais e a função social do ensino. *Revista Ciências Humanas e Sociais Facipe*. Recife, v. 1, n.2, p. 85-93, nov. 2013.

CASABONA, Carlos María Romeo. Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 28, 2018,109-121.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017.

CHAGAS, Márcia Correia; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. Maternidade de sub-rogação e direitos fundamentais: o planejamento familiar e gestação em útero alheio. *Revista Faculdade de Direito de Fortaleza*, v. 34, n. 1, p. 333-354, jan./jun. 2013.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ética, 2000.

CICCO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Revista Civilística*. A 2, nº 2, 2013.

CIOCCI, Deborah; VIANA, Rui Geraldo Camargo; BORGES JÚNIOR, Edson. Aspectos legais na utilização de doação de gametas e embriões nas técnicas de reprodução humana assistida. *Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida*. V. 13, nº 3, July-August-September, 2009.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 8, 2003, p. 151-161.

COELHO, C. Bioética em Reprodução Medicamente Assistida. *Nascer e crescer, Revista do hospital de crianças Maria Pia*, vol XV, nº 1, ano 2006, p. 28-32.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da Tutela. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord). *Manual de Direitos das Famílias e Sucessões*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

CORRÊA, M. V. *Novas tecnologias reprodutivas - limites da biologia ou biologia sem limites?* Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2001.

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

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In; FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069/90, comentado artigo por artigo. 12ª ed. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2021.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: teoria geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADILLO, Juan Carlos Barros; BARRIOS, Evaristo Martínez; ABURTO, Christian Moreno; ENRÍQUEZ, Mirna Souraye Godines; NAVARRETE, Félix Manzur; SOLÍS, Víctor Sánchez; VILLA, Gerardo Barroso. Inseminación intrauterina versus coito programado en ciclos de hiperestimulación ovárica controlada. *Ginecología y Obstetricia de México*, v. 76, n. 1, p. 18-31, enero, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e sua definição: o conceito material de crime. In: *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

DÍAZ-BENÍTEZ María Elvira. *Nas Redes do Sexo*. Os Bastidores do Pornô Brasileiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 507.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil [arts. 11-21]. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *O Código Civil na perspectiva Civil – Constitucional*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6 - junho de 2005.

DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thoughts*. In: *Paternalism*. Rolf Sartorius (Org.). 1983.

DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge Studies in Philosophy, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*, parte especial. 8ª ed. *Ebook*. São Paulo: Saraiva, 2021.

FALCÃO, Luiz José Guimarães. MALAQUIAS, Marcos. O livre-exercício do trabalho como forma de inclusão social e econômica em consonância com os primados constitucionais. In: FREDIANI, Yone (coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Magister, 2015, pp. 207-216.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, vol. 4, 2015.

FEINBERG, Joel. *Harm do self*. The moral limits of criminal law. Vol. III. New York: Oxford University Press, 1986.

FELDMAN, David. *Human dignity as a legal value*. Part. II. nº 1 (Spring), 2000, pp. 61-76, p. 75. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3908437>. Acesso em: 12 mar. 2020.

FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019.

FENTON-GLYNN, Claire. Surrogacy in England and Wales. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 115-134.

FENTON-GLYNN, Claire; SCHERPE, Jens M.. Surrogacy In A Globalised World. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019.

FERNADES, Milton. Os direitos de personalidade. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mario*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERNÁNDEZ, Francisca Ramón. La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, marzo, 2014, pp. 38-50.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aline Damásio Damasceno. Bioética e filiação: direito à identidade pessoal, direito a conhecer a origem biológica. *Direito & Justiça*. v. 35, n. 1, jan./jun., 2009.

FERREIRA, Carla Froener. *A reprodução humana assistida e a sociedade do espetáculo: a fragmentação do direito frente à publicidade via internet de tratamento de fertilização*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle – Unilasalle, Canoas.

FERREIRA, Carla Froener; CATALAN, Marcos. A espetacularização da vida na reprodução humana assistida: uma reflexão necessária. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-15, jul./set. 2019.

FIGUEIREDO NETO, Pedro Camilo de. Gestação por substituição e sua abordagem pelo Direito Penal. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20267>. Acesso em: 07 mai. 2020.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito   saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-54.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos de personalidade. *Revista dos Tribunais*, n  567, p. 9-16, jan. 1979.

FRIEDMAN, Marilyn. *Autonomy, gender, politics*. New York: Oxford University Press, 2003.

FRIEDMAN, Marilyn. Autonomy, Social Disruption, and Women. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie (org.). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 35-51.

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

GARCIA-SEGURA, Luis Miguel. *Hormones and Brain Plasticity*. New York: Oxford, 2009.

GARRAFA, Volnei; ARANHA Anderson Vieira; LUSTOSA, Cátia; MEIRELLES, Ana Thereza; VASCONCELOS, Camila. Direito ao conhecimento da origem biológica na reprodução humana assistida: reflexões bioéticas e jurídicas. *Revista Bioética*. 22 (3), 2014, pp. 509-518.

GARRAFA, Volnei; BERLINGUER, Giovanni. *O mercado humano*. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Tradução: Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

GODOY, Gabriel Gualano. *Acórdão Perruche e o direito de não nascer*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

GOLOMBOK, Susan; MELLISH, Laura; JENNINGS, Sarah; CASEY, Polly; TASKER, Fiona, LAMB, Michal E.. Adoptive gay father families: parent-child relationships and children's psychological adjustment, *Child Development*, March/April 2014, Volume 85, Number 2, Pages 456–468. Disponível em: <https://srcd.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/cdev.12155>. Acesso em 03 abr. 2021.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginalda Paranhos de, (atualiz.). 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Vol 6. 14. ed. Livro digital (E-pub). São Paulo: Saraiva, 2017.

GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

GOULART, Douglas Lima; LAGONEGRO JR., Rinaldo Pignatari. *Barriga de aluguel e direito penal*. 2018. Disponível em: <http://adfas.org.br/2018/03/29/barriga-de-aluguel-e-direito-penal/>. Acesso em 07 mai. 2020.

GRAZIUSO, Bruna Kern. *Úteros e Fronteiras*. Gestação de Substituição no Brasil e nos Estados Unidos: Um estudo comparado. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, nº 82, jan.-fev. 2010, pp. 165-185.

GREENFELD, Dorothy A. Gay male couples and assisted reproduction: should we assist?, *Fertil Steril*, 2007, vol. 88, pp. 18-20. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2007.04.040>. Acesso em: 03 abr. 2021.

GUPTA, Jyotsna Agnihotri. Reproductive biocrossings: Indian egg donors and surrogates in the globalized fertility market. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*. 5 (April): 25–51, 2012.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? In: HEFENDEL, Rolad (org.) *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Norma, interpretación, procedimiento. Tradução de Patricia S. Ziffer. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. Teoría y práctica em las Ciências Penales. Revista Trimestral. Año 12, Buenos Aires, pp. 275-285.

HASTINGS PD, VYNCKE J, Sullivan C, Mcshane KE, BENIBGUI M, UTENDALE W. Children's Development of Social Competence Across Family Types, *Canada Department of Justice*, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A human dignitas? The contemporary principle of human dignity as a mere reappraisal of an ancient legal concept. *European University Institute Working Papers*. Law 2008/18. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/9009/LAW_2008_18.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 mar. 2021.

HEREDIA, Candela Rocío. Maternidad subrogada, autonomía y tecnología. Pensando la economía de las propiedades vitals. *Question*, Vol. 1, N.º 59, julio-septiembre, 2018, pp. 1-12.

HILGENDORF, Eric. *Introdução ao Direito Penal da Medicina*. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?* Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67. São Paulo: jul.-ago. 2007.

HOLDER, Angela R. Surrogate motherhood: babies for fun and profit. *Law, Medicine and Health Care*. Vol. 12, No. 3, 1984, pp. 115–117.

HONGLADAROM, Soraj. Surrogacy in Thailand. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KANAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 499-511.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HUMBYRD, Casey. Fair Trade International Surrogacy. *Developing World Bioethics*. Volume 9, number 3, 2009, pp 111–118.

JIMÉNEZ, Mónica Amador. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS*. No. 6, julio – diciembre, Cali, Colombia, 2010, pp. 193-217.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 62, ss; p. 78, ss.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Coimbra: Atlântida, 1960.

KHAZOVA, Olga A. Surrogacy In Russia. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KANAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: o caso dos transsexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 04, vol. 15, jul/set. 2003, pp. 41-71.

KOTISWARAN, Prabha. Surrogacy In India. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KANAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 469-498.

LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, pp. 76-91, jan., 2012.

LEITE, Tatiana Henriques. Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, 24(3):917-928, 2019.

LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*. História da opressão das mulheres pelos homens. Trad. Luiza Sellera. São Paulo: Editora Cultrix, 2019 (1986).

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de Substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *Revista VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1º sem. 2018.

LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos de personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Patmas, n  6, p. 79-97, jun. 2001.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: coisas*. 4ª ed. Epub. São Paulo: Saraiva, 2019, vol. 4.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 8ª ed. Epub. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 5.

LOK Sabha passes Surrogacy (Regulation) Bill. *The Hindu*. National. 05 aug. 2019. Disponível em: <https://www.thehindu.com/news/national/lok-sabha-passes-surrogacy-bill/article28824277.ece>. Acesso em: 19 abr. 2021.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed., rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. *Cadernos Pagu*, n. 19, Campinas, 2002, pp. 233-278.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O Paternalismo Jurídico-penal e a (in)constitucionalidade do crime de manter estabelecimento destinado à prostituição ou   exploração sexual (art. 229 do cp). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 111, nov-dez., 2014, pp. 13-35.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACKENZIE, Catriona. Imagining oneself otherwise. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie. (Org). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 124-150;

MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie. (Org). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000.

MACKINNON, Catherine A.. *Toward a feminist theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

MACKINNON, Catherine. *Feminismo Inmodificado*. Discursos sobre la vida y el derecho. Trad. Teresa Arijón. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014 (1987).

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*. Epub. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MALMQVIST, Erik. Are bans on kidney sales unjustifiably paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, 2014, pp. 110-118.

MARGOTTI, Alessandra. *Direito à prostituição*. Legalização e regulamentação do lenocínio do Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. 461p. Tese (Doutorado em Direito Público), Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

MARTEL, Letícia de Campos Velho; ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: *Direito Internacional Contemporâneo*. BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA Larissa; FRIEDRICH Tatyana Scheila (orgs.), 2014, pp. 481-510.

MARTEL, Letícia de Campos Velho; GONÇALVES, Artur Pessoa. Os limites e os padrões das atividades normativas do Conselho Federal de Medicina em temas jurídico-morais sensíveis no Estado constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Bioética*. Anais - X Congresso Brasileiro de Bioética; II Congresso Brasileiro de Bioética Clínica. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2013, v. 09, p. 48-49.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites de intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições Fundamentais de Direito Penal*. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTÍNEZ, Rosário de Vicente. *El principio de la legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

- MATOS, Maria Izilda Santos de. Em nome do engrandecimento da nação: representações de gênero no discurso médico - São Paulo 1890-1930. *Revista Diálogos*, DHI/UEM, v. 4, n. 4: 77-92, 2000.
- MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade: aspectos gerais. In: CHAVES, Antônio (coord.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o Império. IN: Priore, Mary del. *História das crianças no Brasil*, São Paulo: Editora Contexto, 1999, pp. 137-176.
- MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou uma pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119-143.
- MCCRUIDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European journal of international law*, Firenze, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008. Disponível em: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.
- MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. Vol 1. 2ª ed. Epub. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. *Lei Penal em Branco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MICHIGAN. *Surrogate Parenting Act (Excerpt) Act 199 of 1988*. Disponível em: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(ip3bd43kb0rw031cgccr5n\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-722-857](http://www.legislature.mi.gov/(S(ip3bd43kb0rw031cgccr5n))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-722-857). Acesso em: 25 mar. 2021.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução: Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro: Vozes, 2019.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*. V. 06, n. 1, jan/jun. 2008.
- MORAES Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos de personalidade. In: VIEIRA, José Rivas. *20 anos da Constituição Cidadão de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.105-147.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Contratos. 9ª ed. Versão Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2018, vol. 3.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7ª ed. Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 05.

NARDELLI, Eduardo Felipe; SÁ, Priscilla Zeni de. Concepção indesejada (wrongful conception), nascimento indesejado (wrongful birth) e vida indesejada (wrongful life): possibilidade da reparação na perspectiva do Direito Civil-Constitucional Brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 147-167, jul-dez., 2016.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. *Revista de Bioética y Derecho*. Vo. 34, 2015, pp. 64-80.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Bioética e biodireito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

NETO, Heráclito Mota Barreto. *Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: Critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal*. In: Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Criminologias e Política Criminal. 2015.

NORMAN, Anthony W.; HENRY, Helen L. *Hormones*. 3ª ed. New York: Elsevier, 2015.

NUSSBAUM, Martha C.. *Woman and human development: the capabilities approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

OKIN, Susan Moller. *Justice, gender, and the family*. New York: Basic Books, 1989.

OLIVEIRA, Alexandre Mateus de; QUINAIA, Cristiano. *Barriga de Aluguel e as novas famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Guilherme de. Auto-regulação profissional dos médicos. In: *Temas de Direito da Medicina*. OLIVEIRA, Guilherme (coord.). 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. Originalmente publicado em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3923, 2001. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Auto-regulacao-profissional-dos-medicos.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só (uma) duas! O Contrato de Gestação*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. *Mercado Regulado de órgãos e tecidos humanos*. Entre o direito, a economia e a ética. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

ORTNER, Sherry B. Poder e projetos: reflexões sobre a agência. Trad. Sieni Campos. In: GROSSI, Mirian Pillar; ECKERT, Cornelia; FRY, Peter Henry. *Conferências e práticas antropológicas*. Reunião Brasileira de Antropologia – Goiânia, 2006. Blumenau: Nova Letra, 2007.

- OSBERG, Brendan. For your first born child: an ethical defense of the exploitation argument against commercial surrogacy. *Penn Bioethics Journal*. Vol II, Issue ii, Spring 2006, pp. 42-45.
- OSHANA, Marina. How much should we value autonomy? In: PAUL, Ellen Frankel; PAUL, Jeffrey; MILLER JR., Fred. D. (org.). *Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Um estudo comparado. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.
- PANCINO, Claudia; SILVERIA, Lygia. “Pequeno demais, pouco demais”. A criança e a morte na Idade Moderna. *Cadernos de História da Ciência – Instituto Butantan – vol. V (1) jan-jul 2010*.
- PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020 (1988).
- PELÈ, Antônio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 1, diciembre-enero, 2004, pp. 9-13.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. MULHOLLAND, Caitlin (atualiz.) 22ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria geral do Direito Civil. MORAES, Maria Celina Bodin de (atualiz.). 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PESSINE, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 7ª ed. São Paulo: Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2005.
- PIERSANTI, Valeria; CONSALVO, Francesca; SIGNORE, Fabrizio; DEL RIO, Alessandro; ZAAMI, Simona. Surrogacy and “Procreative Tourism”. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives? *Medicina*, 2021, vol. 57(1), n. 47. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/medicina57010047>. Acesso em: 21 fev. 2021.
- PINTENS, Walter. Surrogacy In France. In: FENTON-GLYNN, Claire; KAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 17-33.
- PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII: direito de personalidade e direito de família. NERY, Rosa Maria de Andrade (atualiz.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8ª ed. Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial. 3ª ed. Ebook. Rio de Janeiro: Forense, 2019, vol. 02.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 05.

PURDY, Laura M. Surrogate mothering: exploitation or empowerment? *Bioethics*, 1989, Jan. 3(1): pp. 18-34.

PURICELLI, Manuela. 2014. Conference: A policy dialogue about surrogacy in India. *Gender Matters*. 18 sept. 2014. Disponível em: <https://gendermatters.in/surrogacy-in-india/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

RADIN, Margaret Jane. 1987. Market-inalienability. *Harvard Law Review*. Vol. 100, no. 8, 1987, pp. 1849–1937.

RAINA, Pranav, AGARWAL, Devansh. Surrogacy: Removing the Cross National Borders. *International Journal of Recent Research Aspects*. Special Issue: Conscientious Computing Technologies, abril 2018, pp. 1053-1056.

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

RAMSKOLD, Louise Anna Helena; POSNER, Marcus Paul. Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates. *J Med Ethics*. 2013; 39: 397–402.

RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. *Gestação de substituição no Brasil: a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

REZENDE, Guilherme Carneiro. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. *Revista Jurídica Ministério Público do Paraná*, nº 01, 2014. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1797.html>. Acesso em 15 jan. 2021.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Reprodução Medicamente Assistida: parentalidade contratual e biológica. Controvérsias e certificações. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha (orgs.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas do Direito Brasileiro*. Brasília: Letras Livres, 2002, pp. 33-39.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico*. 2010, Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Convenção sobre os

direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020, pp. 827-859.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. *Manual do Biodireito*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

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

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito Civil: Famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Renata de Lima. *Autonomia privada e o direito ao livre planejamento familiar: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?* 2015, Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil. Contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 4.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio*. Vol II. Livro V. Tradução de Pilar Delvaux. Edição Grandes Obras. Sintra, Portugal: Editora Europa-América, 1990.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. *Cuadernos de política criminal*, nº 46, 1992, págs. 169-194.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. (Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Dias y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña e Francisco Muñoz Conde. Sevilha: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1981.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte Del Rey, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. *Revista de Bioética y Derecho*. Vol. 34, 2015, pp. 64-80.

SANDEL, Michael J. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Tradução: Clóvis Marques. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTIAGO, Juliana Faria. *Gestação por substituição*: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor. Dissertação (mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*. Parte geral. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SARAVANN, Sheela. Global justice, capabilities approach and commercial surrogacy in India. *Medicine, Health Care and Philosophy*. Volume 18, 2015, pp. 295–307.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, n. 09, jan./jun. 2007, pp. 361-388.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais no Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Ebook. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: *Jurisdição e direitos fundamentais*. Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Escola Superior da magistratura: Livraria do Advogado, 2006. vol. 1, t. 2.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Teoria história e métodos de trabalho. Ebook. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, July 2003, pp. 139-140.

SAVULESCU, Julian; HOPE, Tony; HENDRICK, Judith. *Medical Ethics and Law*. The core curriculum. 2ª ed. Philadelphia: Elsevier, 2008.

SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Reprodução Humana Assistida: do direito à ao direito da. In: BERGSTEIN, Gilberto; Silva, Anna Paula Soares da. (orgs.). *Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais*: novas fronteiras da ciência jurídica. Ebook. São Paulo: Foco, 2019.

SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019.

SCHETTINI, Beatriz. *Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa*. Ebook. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

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

SCHREIBER, Anderson. Os direitos de personalidade e o Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. II. Disponível em: <http://schreiber.adv.br/downloads/os-direitos-da-personalidade-e-o-codigo-civil-de-2002.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

SCHUZ, Rhona. Surrogacy in Israel. In: SCHERPE, Jens M.; FENTON-GLYNN, Claire; KAAAN, Terry (orgs.). *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Cambridge: Intersentia, 2019, pp. 165-184.

SCHWENZER, Ingeborg. *Model Family Code: from a global perspective*. Antwerpen: Intersentia. 2006.

SHALEV, Carmel. *Birth Power: The Case for Surrogacy*. New Haven: Yale University Press, 1989.

SHANLEY, Mary Lyndon. *Making Babies, Making Families*. What Matters Most in an Age of Reproductive Technologies, Surrogacy, Adoption, and Same-Sex and Unwed Parents. Boston: Beacon Press, 2002.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos. *Direitos da criança e do adolescente: Competência e Recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes - um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2019.

SILVA, Denis Franco. Livre uso do corpo e direitos de personalidade. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 56-70, jan./abr. 2014.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 106. No mesmo sentido, MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SILVA, Marcelo Lessa da; SOUZA, Maria Gabriela de Assis; MONTEIRO, Jannice Amóras. A falta de regularização na gestação por substituição: um problema comum entre Brasil e Argentina. *Lex Humana, Petrópolis*, v. 8, n. 1, p. 52-71, 2016.

SILVA, Vera Lúcia Marques. Sexualidades dissidentes: um olhar sobre narrativas identitárias e estilo de vida no ciberespaço. *Ciência e saúde coletiva*, vol. 23, n.10, Rio de Janeiro, out. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018001003309. Acesso em 10 mar. 2020.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SNEDDON, Andrew. *Autonomy*. London: Bloomsbury Ethics, 2013.

SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.50, pp.133-158. 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452000000200008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 fev. 2021.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. *Saúde & ciência em ação – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde*. v. 2, n. 01. Jan-Jul, 2016.

SOUZA, Marise Cunha de; As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. *Bioética. Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010.

SOUZA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. Do direito de família ao direito das famílias: a repersonalização das relações familiares no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52, número 205, jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p71.pdf. Acesso em 18 out. 2020.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

STANCIOLI, Brunelo. Lei não prevê crime para venda de óvulos. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/brunello-stancioli-lei-nao-preve-crime-venda-ovulos>. Acesso em: 24 fev. 2021.

STOLJAR, Natalie. Autonomy and the feminist intuition. In: MACKENZIE, Catriona; STOLJAR, Natalie (org.). *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 94-111.

SUNSTEIN, Cass S. THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Tradução de Fernanda Cohen. *Revista Civilística*, v. 4, n. 2, 21 dez. 2015, pp. 1-43. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/600>. Acesso em: 12 ago. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. *Diálogos com o direito de filiação brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TARTUCE, Flávio. *A volta das jornadas de direito civil*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820021/a-volta-das-jornadas-de-direito-civil>. Acesso em: 30 jan. 2021.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, pp. 75-104, abr./jun. 2018.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, Corpo e Autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 23-58.

TEPEDINO, Gustavo; BANDEIRA, Paula Greco; KONDER, Carlos Nelson. *Fundamentos do Direito Civil*. Contratos. 2ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil*. Direito de Família. 2ª ed. Epub. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952.

TORRES, Gloria; SHAPIRO, Anne; MACKAY, Tim K.. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*. Vol. 19, nº 46, 2019, pp. 01-12. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12884-019-2182-1>. Acesso em: 02 abr. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante. n. 5, 1988.

VAN ZYL, Liezl; VAN NIEKERK, Anton. The ethics of surrogacy: women's reproductive labour. *Journal of medical ethics*, 1995; 21: pp. 345-349.

VAN ZYL, Liezl; WALKER, Ruth. Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model. *Bioethics*, Oxford, v. 27, n. 7, 2013, p. 373-381.

VAN ZYL, Liezl; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: Against the adoption model. *Journal of Bioethical Inquiry*. Vol. 12, nº 3, 2015, pp. 383-387.

VIDE, Carlos Rogel. *Derecho de la persona*. Barcelona: Cálamo, 2002.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*. Nº 21, 1979, p. 408. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/62>. Acesso em: 19 jan. 2021.

WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *The New Bioethics*, Vol. 22, No. 3, 212-228, 2016.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General.* (Trad. Carlos Fontán Balestra). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal.* Una Introducción a la doctrina de la acción finalista. (Tradução: José Cerezo Mir). Buenos Aires: B de F, 2004.

WERT, G. De.; DONDORP, W.; SHENFIELD, F.; BARRI, P.; DEVROEY, P.; DIEDRICH, K.; TARLATZIS, B.; PROVOOST, V.; PENNING, G. ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people. *Human Reproduction*, Volume 29, Issue 9, September, 2014, pp. 1859–1865. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/humrep/deu183>. Acesso em 11 mai. 2021.

WERTHEIMER, Alan. Two Questions About Surrogacy and Exploitation. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 21, No. 3 (Summer, 1992), pp. 211-239.

WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade.* New York: Routledge, 2003.

WILKINSON, Stephen. Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 33, no. 2, may 2016, pp. 125-145.

WILKINSON, Stephen. The exploitation argument against commercial surrogacy. *Bioethics*, volume 17, number, 2, 2003, pp. 169-187.

WOLF, Naomi. *O mito da beleza.* Como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Trad. Waldéa Barcellos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020 (1991).

YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference.* Princeton: Princeton University Press, 1990.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - II, tomo I.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - II, tomo II.* Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro.* Parte Geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de Personalidade: aspectos essenciais.* São Paulo: Saraiva, 2011.

ZURRIARÁIN, Roberto Germán. Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética.* XXII, 2011/2ª, pp. 201-214.

2. Legislação, resoluções, acórdãos e decisões judiciais:

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução de Diretoria Colegiada, RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências.* Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões, Sisembrio*, mai. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/divulgado-relatorio-sobre-producao-nacional-de-embrioes>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 115/2015. *Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 120/2003. *Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.135/2003. *Dispõe sobre a reprodução humana assistida.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>. Acesso em: 04 jan. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.218/2020. *Altera a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança.* Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242307>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.061/2003. *Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.855, de 1997. *Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências.* Diário da Câmara dos Deputados, março de 1997, p. 73-78. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73>. Acesso em: 04 jan. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.067/2008. *Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.* Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=387753>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.977/2012. *Dispõe sobre o acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução Assistida aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer*. Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=546435>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.178/2020. *Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 para estabelecer o direito a sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança*.

Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259957>.

Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.664/2001. *Dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados "in vitro", determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências*. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28414>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.665/2001. *Dispõe sobre a autorização da fertilização humana "in vitro" para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências*. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28415>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.686/2004. *Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona*. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.889/2005. *Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana*. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277889>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.892/2012. *Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais*. Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.624/2005. *Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências*. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=293728>. Acesso em: 04 jan. 2021.

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

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227733>.

Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.296/2002. *Proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino.* Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46207>. Acesso

em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.591/2017. *Acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.* Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486>.

Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.701/2010. *Dispõe sobre a utilização post mortem de sêmen do marido ou companheiro.* Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>. Acesso

em: 04 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9.403/2017. *Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166809>.

Acesso em: 04 jan. 2021.

BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)

[1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999. *Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.* Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.* Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.662, de 05 de junho de 2012. *Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. *Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. *Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 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*.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 08 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. *Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências*.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/por16-81.htm>. Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de Instruções para o preenchimento da Declaração de Nascido Vivo: Normas e Manuais Técnicos*. Brasília, Distrito Federal, 2011. Disponível em: http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst_dn.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1184/2003. *Dispõe sobre a Reprodução Assistida*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 04 jan. 2021.

CONSELHO Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*. Resolução CFM nº 2217 de 27/09/2018. Brasília: CFM, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CONSELHO Federal de Medicina. Recomendação CFM nº 1/2016. *Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica*. 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 31 jan. 2021.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº 1.081 de 12 de março de 1982. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1982/1081_1982.pdf. Acesso em: 31 jan. 2021.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.358/1992. *Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.957/2010. *A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui 'in totum'*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 14 mar. 2020.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.013/2013. *Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.121/2015. *Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119*. Disponível

em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.168/2017. *Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117.* Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 14 mar. 2020.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.223/2020. *Altera a redação do item 2 do inciso II, “Pacientes das técnicas de RA”, da Resolução CFM nº 2.168/2017, aprimorando o texto do regulamento de forma a tornar a norma mais abrangente e evitar interpretações contrárias ao ordenamento jurídico.* Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.294 de 2021. *Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73.* Publicado em 15 de junho de 2021, p. 03. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 01º jul. 2021.

CONSELHO Nacional de Justiça. Provimento nº 52 de 15/03/2016. *Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.* DJe/CNJ, nº 43, de 15/03/2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2514>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CONSELHO Nacional de Justiça. Provimento Nº 63 de 14/11/2017. *Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.* DJe/CNJ nº 191, de 17/11/2017. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

FAMILY code. *Division 12 - Parent and child relationship.* Art. 7960 - 7962. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=. Acesso em: 02 abr. 2021.

GOBIERNO de España. *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.* Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&tn=1&p=20150714>. Acesso em 20 abr. 2021.

GOBIERNO de España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 20 abr. 2021.

JUSLAWS & Consult International Law Firm. *New Surrogacy Law in Thailand*. Disponível em: https://juslaws.com/news-legal-articles-thailand/new-surrogacy-law-in-thailand.php?device=c&network=g&position=&gclid=EAIAIQobChMI6N2yr6S86AIVwoORCh1atA4bEAAYASAAEgI3n_D_BwE. Acesso em: 28 mar. 2020.

MANUEL Wackenheim v France. *Communication No 854/1999*. UN Human Rights Committee, Seventy-fifth session Doc. Disponível em: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20Manuel%20Wackenheim%20v.%20Fr.pdf>. Acesso em 10 fev. 2021.

MINISTÉRIO da Saúde Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução - RDC Nº 23, de 27 de maio de 2011. *Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências*. Disponível em: <file:///E:/Downloads/resolu%20rdc%20n%2023%202011%20-%20banco%20de%20clulas%20e%20tecidos%20germinativos%20bctg%20republicada.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MINISTRY Health and Family Welfare. *The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019*. Disponível em: <https://prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2019>. Acesso em: 19 abr. 2021.

NATIONAL Conference of Commissioners on Uniform State Laws. *Uniform Parentage Act*. 2002, p. 68. Disponível em: <https://mn.gov/law-library-stat/archive/urlarchive/a050438.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021.

PARLAMENTO Europeu. *Resolução do Parlamento Europeu, de 17 de dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_PT.html. Acesso em 15 abr. 2021.

RÈPUBLIQUE Française. Légifrance. *Code Civil*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2021-05-20/. Acesso em: 20 abr. 2021.

RÈPUBLIQUE Française. Légifrance. *Code pénal*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/. Acesso em: 20 abr. 2021.

STATE of Israel. Ministry of Justice. *Office of the Deputy Attorney General (International Law)*. July, 2019. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/States/Israel.docx>. Acesso em 22 abr. 2021.

SUPERIOR Court of New Jersey, Chancery Division Family Part, Bergen County. *In Re Baby" M"*. 217 N.J. Super. 313 (1987). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1987/217-n-j-super-313-0.html>. Acesso em: 09 mai. 2021.

SUPREME Court Of Canada. *Law v. Canada* (Minister of Employment and Immigration). Date 1999-03-25. Report [1999] 1 SCR 497. Case number 25374. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1691/index.do>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SUPREME Court of New Jersey. *Matter of Baby M.* 109 N.J. 396 (1988) 537 A.2d 1227. Argued September 14, 1987. Decided February 3, 1988. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 09 mai. 2021.

SUPREME Court of New Jersey. *Matter of Baby M.* 109 N.J. 396 (1988) 537 A.2d 1227. Argued September 14, 1987. Decided February 3, 1988. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 19 out. de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 787/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado em 28 jun. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347346444&ext=.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021.

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Vara da Fazenda Pública de Registros Públicos de Três Lagoas. Juíza de Direito Aline Beatriz de Oliveira Lacerda. Julgado em: 18-12-2014. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/11-MINICURSO.Sentenca-TJMS-Registro.Gestacao.por.Substituicao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento, nº 70043541341, Oitava Câmara Cível, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 31-08-2011, publicado em 29-11-2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 17 out. 2020.

UK Public General Acts. *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/part/3>. Acesso em: 21 abr. 2021.

UK Public General Acts. *Surrogacy Arrangements Act 1985*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49#commentary-c766759>. Acesso em: 21 abr. 2021.

UNITED States. Committee on the Rights of the Child. *Convention on the Rights of the Child*. Concluding observations on the combined third and fourth reports submitted by the United States of America under article 12 (1) of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography. 12 July 2017. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4&Lang=En. Acesso em: 10 mai. 2021.