

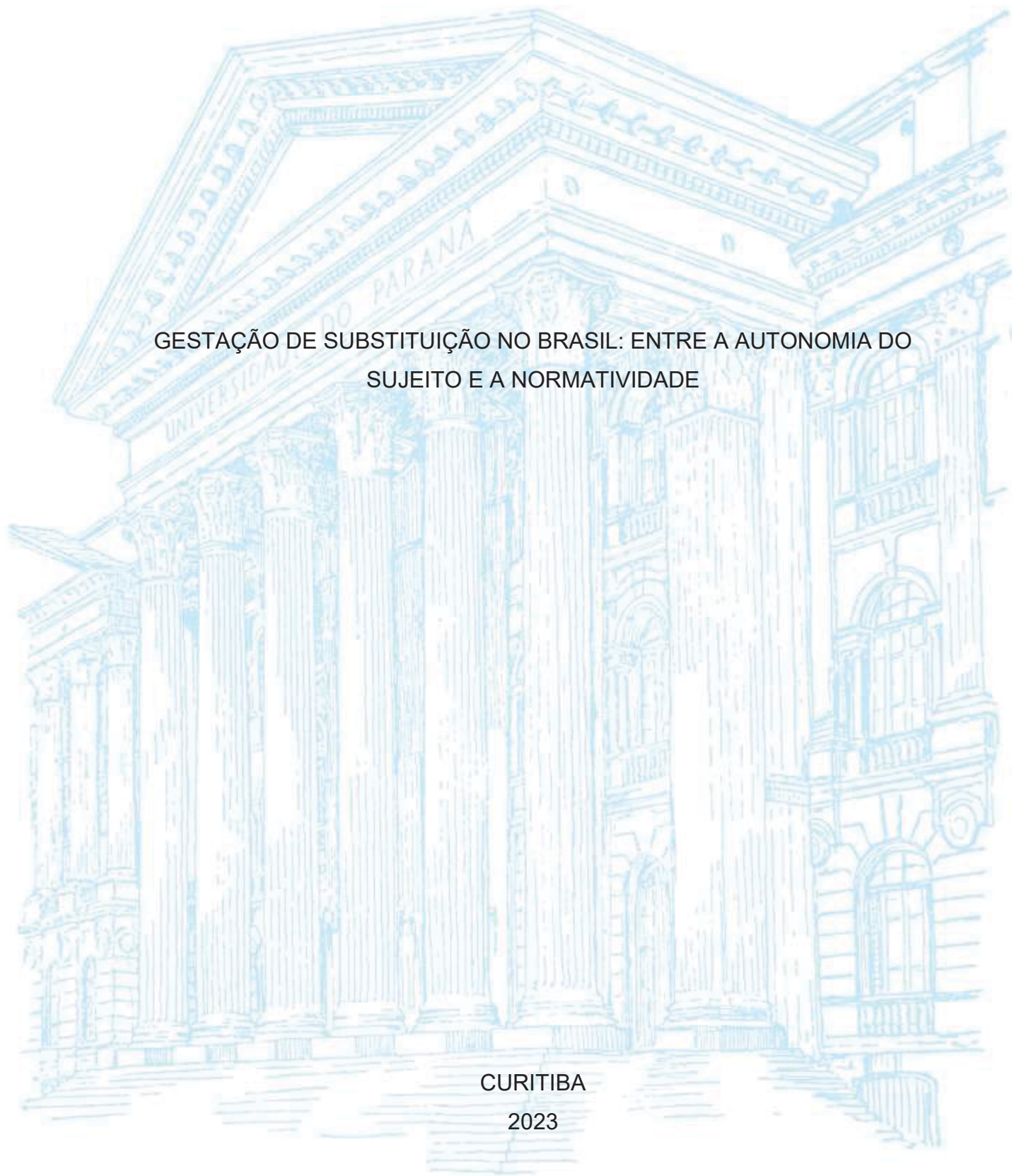
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANA PAULA DOS SANTOS BITTENCOURT OKAMOTO

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: ENTRE A AUTONOMIA DO
SUJEITO E A NORMATIVIDADE

CURITIBA

2023



GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: ENTRE A AUTONOMIA DO
SUJEITO E A NORMATIVIDADE

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Okamoto, Ana Paula dos Santos Bittencourt

Gestação de substituição no Brasil: entre a autonomia do
sujeito e a normatividade / Ana Paula dos Santos Bittencourt
Okamoto. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito.

Orientador: José Antônio Peres Gediel.

1. Gravidez. 2. Reprodução assistida. 3. Direitos das
mulheres. 4. Personalidade (Direito). 5. Direitos sexuais.
6. Direitos reprodutivos. 7. Regulação (Direito). I. Gediel, José
Antônio Peres. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRA EM DIREITO

No dia dezesseis de fevereiro de dois mil e vinte e três às 09:00 horas, na sala 317 - Sala de Defesas - Ruy Corrêa Lopes, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **ANA PAULA DOS SANTOS BITTENCOURT OKAMOTO**, intitulada: **GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: ENTRE A AUTONOMIA DO SUJEITO E A NORMATIVIDADE**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), DANILO ARNAUT SARAIVA (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACEAR), ADRIANA ESPINDOLA CORREA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACEAR). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestra está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Com recomendação para publicação.

CURITIBA, 16 de Fevereiro de 2023.

Assinatura Eletrônica

16/02/2023 15:13:01.0

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/02/2023 14:59:21.0

DANILO ARNAUT SARAIVA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACEAR)

Assinatura Eletrônica

16/02/2023 15:52:02.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

21/02/2023 22:49:28.0

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACEAR)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **ANA PAULA DOS SANTOS BITTENCOURT OKAMOTO** intitulada: **GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: ENTRE A AUTONOMIA DO SUJEITO E A NORMATIVIDADE**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 16 de Fevereiro de 2023.

Assinatura Eletrônica

16/02/2023 15:13:01.0

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/02/2023 14:59:21.0

DANILO ARNAUT SARAIVA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACEAR)

Assinatura Eletrônica

16/02/2023 15:52:02.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

21/02/2023 22:49:28.0

CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACEAR)

Dedico este trabalho ao meu Professor Orientador José Antônio Peres Gediel,
bússola imprescindível no meu percurso acadêmico.

AGRADECIMENTOS

O caminho percorrido nos anos em que cursei o Mestrado me apresentou um novo mundo e um novo espectro de relações pessoais. Gostaria de agradecer a todos que de alguma forma tornaram esta pesquisa viável.

À Universidade Federal do Paraná, por proporcionar uma belíssima convivência acadêmica entre os docentes e discentes no decorrer de toda a trajetória.

Agradeço à minha mãe Bernadete, que sempre lutou para que os estudos fossem a nossa herança. Obrigada pelo exemplo de honestidade, disciplina, dedicação e trabalho. Obrigada por nunca desistir de mim.

Às minhas filhas Mariana e Natália por me fazerem conhecer um amor maior que eu. Tenho muito orgulho de vocês.

Agradeço, com amor, ao meu parceiro de vida Ricardo Okamoto. Sem você, nada disso seria possível. Nada que eu escrever aqui será o suficiente para lhe agradecer. Amo você.

Ao meu irmão Junior, meu primeiro amigo, minha cunhada Valúcia, meus sobrinhos Gabriela e Enzo.

Agradeço a todos os meus amigos, especialmente à Thaís, Fernando, Danilo, Pedro, Maria Fernanda e Lawrence, pela força e apoio nessa caminhada.

Ao meu orientador Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél pela crítica delicada, pela convivência e por todas as oportunidades. Sua seriedade, dedicação, firmeza e gentileza em cada passo possibilitaram o desenrolar das linhas que tecem este trabalho. As palavras não contemplam a dimensão do carinho que tenho por você. A você, minha gratidão eterna e os meus melhores sentimentos. Conviver com você é um presente.

Dedico também ao Richard Edvin Sauss pela amizade e pelo carinho de todos os cafés, almoços, jantares e os mates na hora certa. Você me emociona.

Pela amizade, apoio e formação, agradeço, com admiração, à Profa. Dra. Adriana Espíndola Corrêa. Você me inspira.

Pela amizade, oportunidades acadêmicas e profissionais, agradeço à Prof. Dra. Camila Salgueiro da Purificação Marques, sua alegria é contagiante.

Pelas pesquisas, leituras, discussões e pelo aprendizado, agradeço aos colegas do Grupo de Pesquisas BIOTEC/UFPR, especialmente ao Fernando Mendes Barbosa, Pedro Manenti, Maria Fernanda Battaglin Loureiro e Danilo Arnaut.

Agradeço aos meus alunos e alunas pelo incentivo diário e pelo carinho que dedicam a mim.

Dedico este trabalho, também, para os meus amores: Nega, Catarina, Torá, Duda, Loopy, Theodora, Humberto, Seu Zé, Denver, Rosita, Macarena, Adele, Professor, Marco Túlio, Morena, Frederica, Melissa, Marrone, Chico, Juliatto, Lola, Joaquim, Valentina, Lorena, Úrsula, Bartolomeu, Bruno, Pata, Canela, Godofredo, Lolita, Dante, Akyra, Penélope, Stivie, Feijuca, Pitoco Valério, Roger, Lupita, Matheus, Manoela, Benjamin, Matilda, Zé Pequeno, Leona, Chiquinho, Pirata, Debby, Raposinha, Galga, Mãozinha, Olívia, Tokio, Nairobi, Bernardo, Madalena, Oscar, Gucci, Zoe, Aruna, Naomi, José, Davi, Negona, Clarissa, Berenice, Julia, Brigitte e Moana. Todos moradores da ONG Apadrinhamento Canino, sob minha direção, que resgataram o melhor que há em mim.

In memoriam: Meu avô Ireno, minha avó Antônia e meu pai Renato José Bittencourt.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por viabilizar materialmente parte da realização da pesquisa.

“Que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância, já que viver é ser livre.”

Simone de Beauvoir

RESUMO

Esta Dissertação tem por objetivo analisar a permanente tensão entre o exercício da autonomia privada e a normatividade, elementos jurídicos indispensáveis para legitimar a realização da reprodução assistida por gestação de substituição, no Brasil. Para atingir tal objetivo, a Dissertação toma como ponto de partida a autonomia privada, como poder normativo do sujeito que se expande para atingir os Direitos da Personalidade e formular o conceito de consentimento informado, como expressão formal dessa autonomia. As normas jurídicas, os princípios constitucionais e os instrumentos deontológicos formulados pelos Direitos Humanos e pela Bioética também balizam o exercício da vontade e regulam a expressão formal dessa vontade. Esse complexo conjunto normativo, contudo, se apresenta insuficiente para regular o poder médico-científico e as constantes inovações das técnicas reprodutivas. Com esses contornos, o exercício da autonomia corporal é realizado nos limites estabelecidos pelos Direitos da Personalidade, e o aspecto finalístico das disposições corporais, nessa hipótese, é permitir a reprodução humana por meio da técnica, incidindo sobre o Direito de Família, especialmente, sobre os institutos do parentesco, maternidade, filiação e seus efeitos jurídicos. Para compreender esses efeitos jurídicos é necessário analisar a situação dos sujeitos de quem é requerido o consentimento informado e têm sua autonomia corporal limitada por normas imperativas do Direito de Família. As relações jurídicas familiares são reguladas em consonância com os princípios constitucionais e busca atingir duas finalidades aparentemente opostas: a permanência da família como grupo social coeso; e a promoção do livre desenvolvimento da personalidade de seus membros. A mulher, na gestação de substituição, é capturada por essa dualidade, uma vez que é apontada como responsável pela reprodução da espécie, na família, e como titular de Direitos da Personalidade sobre o seu corpo. Nesse contexto, os sujeitos que exercem a sua autonomia corporal ocupam diferentes posições jurídicas, seja em relação à família, ou ao objeto da disposição corporal. Assim, embora a reprodução assistida se aproveite de elementos corporais masculinos, o corpo e a subjetividade da mulher são diretamente afetadas e não encontram suficiente proteção jurídica. A centralidade da figura feminina e seus órgãos reprodutivos, na gestação de substituição, aproxima o debate jurídico da discussão promovida pelas teorias feministas, localizando a mulher na família contemporânea, com seus projetos parentais e políticas públicas. Acompanhar as permanentes metamorfoses da normatividade e da técnica é, portanto, tarefa sempre inconclusa, mas que a Dissertação procurou captar nos múltiplos movimentos do Direito e da regulação infralegal, administrativa e deontológica aplicável à gestação de substituição, no Brasil. A Dissertação retira, em síntese, a evidência de que a autonomia corporal, embora desejável e necessária para a proteção dos Direitos da Personalidade, não é suficiente para tanto e muitas vezes atua de forma a permitir que a vontade do sujeito sirva mais aos interesses da técnica, no mercado, do que o livre desenvolvimento da personalidade dos sujeitos, na família.

Palavras-chave: Gestação de Substituição. Autonomia Corporal. Direitos da Personalidade. Direitos Sexuais e Reprodutivos da Mulher. Regulação Jurídica.

ABSTRACT

This Dissertation analyzes the constant tension between the exercise of private autonomy and regulatory norms, which are imperative in the legitimation of assisted reproduction by means of surrogate pregnancy in Brazil. To this end, we start by exploring private autonomy as a normative power of the subject that spans the Rights of Personality and formulates the concept of informed consent as a formal expression of this autonomy. Legal norms, constitutional principles and deontological instruments set forth by Human Rights and Bioethics also guide the expression of will and regulate the formal exercise of such will. This complex set of norms, however, is insufficient to regulate medical-scientific powers and the constant innovations of reproductive techniques. In this context, the exercise of bodily autonomy is performed within the limits established by the Rights of Personality, and the ultimate effect of the body dispositions, in this case, is to allow human reproduction by means of the technique, thus impacting Family Law, particularly on the institutes of kinship, maternity, and filiation and their legal effects. To understand these legal effects it is necessary to analyze the circumstances of subjects from whom informed consent is required and who have their bodily autonomy limited by imperative rules of Family Law. Family relations are regulated in line with constitutional principles and seek to achieve two apparently opposite goals: the preservation of the family as a cohesive social group, and the promotion of the free development of its members' personalities. The woman, when it comes to surrogate pregnancy, is seized by this duality, as she is appointed as responsible for the reproduction of the species, in the family, and as the holder of Rights of Personality over her body. In this context, individuals who exercise their bodily autonomy occupy different legal positions, whether in relation to the family or to the object of bodily disposal. Although assisted reproduction takes advantage of male bodily elements, the woman's body and subjectivity are directly affected and do not get sufficient legal protection. The centrality of the female figure and her reproductive organs in surrogate pregnancy brings the legal debate closer to the discussion promoted by feminist theories, localizing the woman within contemporary families, with their parental projects and its related public policies. To track the permanent metamorphosis of normativity and technique is, therefore, always an unfinished task, but one that this Dissertation sought to capture in the multiple movements of the Law and of the infralegal, administrative and deontological regulation applicable to surrogate pregnancy in Brazil. In summary, this dissertation reveals evidence that bodily autonomy, although desirable and necessary for the protection of the Rights of Personality, is not sufficient for this purpose and often acts in such a way as to turn the will of the subject to better serve the interests of technology, in a commodified market, rather than the free development of the subject's personality, within the family.

Keywords: Surrogate Pregnancy. Body Autonomy. Rights of Personality. Women's Sexual and Reproductive Rights. Legal Regulation.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CC/02	- Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002
CF/88	- Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CNPMA	- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
CNS	- Conselho Nacional de Saúde
CFM	- Conselho Federal de Medicina
CIDH	- Corte Interamericana de Direitos Humanos
FIV	- Fertilização em vitro
ONU	- Organização das Nações Unidas
PMA	- Procriação Medicamente Assistida
RA	- Reprodução Assistida
STF	- Supremo Tribunal Federal
TCLE	- Termo de consentimento livre e esclarecido
UNESCO	- Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O DIREITO E A AUTONOMIA PRIVADA	20
2.1 AUTONOMIA PRIVADA E O PODER NORMATIVO DO SUJEITO	20
2.2 AUTONOMIA, DIREITOS DA PERSONALIDADE E CONSENTIMENTO INFORMADO	32
2.3 CONFIGURAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL: A LIBERDADE E SEUS LIMITES.....	42
3 DIREITO E TÉCNICAS REPRODUTIVAS	56
3.1 TÉCNICAS REPRODUTIVAS E GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	56
3.2 AUSÊNCIAS LEGISLATIVAS E RECEPÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA.....	68
3.3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E ASPECTOS DA REGULAÇÃO JURÍDICA ESTRANGEIRA.....	80
4 REGULAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA E OS IMPACTOS DA TÉCNICA	94
4.1 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, AS RELAÇÕES ENTRE SEUS MEMBROS E A POSIÇÃO DA MULHER.....	94
4.2 AUTONOMIA PRIVADA, PLANEJAMENTO FAMILIAR E PROJETOS PARENTAIS NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	105
4.3 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER EM PERMANENTE RECONSTRUÇÃO.....	113
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

A escassez de legislação, em sentido estrito e, ao mesmo tempo, a farta produção de normas éticas e administrativas sobre gestação de substituição, no Brasil, suscitam uma série de questões jurídicas que põem em relevo a tensão entre o exercício da autonomia privada dos sujeitos sobre seus corpos e os institutos jurídicos, direitos e deveres pertinentes aos Direitos da Personalidade e ao Direito de Família, regulados e protegidos por normas imperativas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) estabelece princípios que valorizam a liberdade e, conseqüentemente, reconhecem a autonomia do sujeito em todos os campos da vida privada, inclusive na condução da vida familiar e nos atos de disposição corporal, como, por exemplo, o *direito de casar* ou *de não casar*.

Na lição dos professores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz:

Por agora, interessa-nos salientar que a Constituição consagra o direito de se casar (liberdade matrimonial) que se apresenta como um princípio fundamental contido no âmbito dos sentidos implícitos no artigo 226, §s 1º e 2º (o casamento é civil e o casamento religioso tem efeitos civis). O direito de casar assume, portanto, valor constitucional. (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p. 19)

Esse arcabouço constitucional orienta e condiciona o Direito de Família, na Parte Especial, Livro IV, Art. 1511 a 1783-A, do Código Civil de 2002 (CC/02) (BRASIL, 2002), que também responde às concepções e práticas sociais sobre a família e às construções conceituais dessa matéria no Direito Civil, em que se destacam inúmeros institutos, como parentesco e filiação, regulados por normas imperativas, portanto, fora do campo da autonomia privada.

É nesse sentido que: “Sustenta-se, porém, que o Direito de Família não pertenceria ao Direito Privado. Seria um ramo autônomo – próximo ao Direito Público – porque especifica um conjunto de regras que disciplinam a vida jurídica de um organismo: a família” (OLIVEIRA; MUNIZ, 1990, p. 15). Resulta dessa característica específica desse ramo do Direito o fato que: “No Direito de Família, há um acentuado predomínio das normas imperativas, isto é, normas que são inderrogáveis pela vontade dos particulares” (ibid., p. 17).

O caráter imperativo de um grande número de normas de Direito de Família, aliado ao vazio legislativo sobre gestação de substituição, impulsiona o debate sobre a própria natureza da autorização para intervenções corporais, por meio do consentimento livre e esclarecido. Tal autorização expressa a autonomia dos sujeitos participantes desse procedimento reprodutivo, mas deixa indeterminado aspectos referentes à modulação dos direitos maternos, à determinação da filiação, aos cuidados durante a gestação, entre outros. É bem verdade que, se a autonomia opera com a modulação da autorização e do consentimento, a filiação, por exemplo, vem sempre determinada por normas imperativas.

A importância da pesquisa sobre aspectos jurídicos controversos que circunscrevem esta Dissertação se localiza, portanto, não só no exame da lacuna legislativa apontada e seus efeitos jurídicos e práticos, mas também pela necessária exploração teórica dos elementos centrais desse problema, que consiste em estabelecer os limites da autonomia privada em questões existenciais e familiares em confronto com normas imperativas e seus fundamentos.

Em 1984, a lacuna normativa sobre temas ligados à infertilidade, técnicas para superar a infertilidade, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, doação de óvulos, doação de embriões, gestação de substituição e pesquisa com embriões humanos, levou o Reino Unido a produzir o Relatório Warnock (Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology) (WARNOCK, 1988).

As recomendações formuladas pela comissão de investigação – presidida por Mary Warnock – ainda hoje são consideradas referência internacional para o processo de regulação das técnicas de reprodução assistida. O relatório buscou determinar o *status* dos embriões concebidos por meio das técnicas de reprodução e discutir a justificção que permitiria a manipulação desses embriões. É nesse relatório – exatamente no capítulo oito – que se encontra a definição e contornos da prática denominada *gestação de substituição (surrogacy)*:

O comitê descreve o conceito geral de gestação de substituição quando uma mulher que gesta uma criança no seu útero e entrega para outra pessoa ou casal, após o período gestacional, quer ela contribua para a genética da criança ou não, e que, geralmente, recebe alguma remuneração. O Relatório Warnock discute como as disputas legais entre os participantes do projeto parental podem ser julgadas. O relatório argumenta que, nos casos em que a cessão temporária do útero muda de ideia e decide ficar com a criança, é improvável que algum Tribunal force a separação com base no fato de que a mulher tinha um acordo contratual. O relatório conclui, assim, que os contratos de “surrogacy” são inexecutáveis e, portanto, devem ser ilegais. (WARNOCK, 1988, p. 42, tradução da autora)¹

Nesse sentido, uma mulher que não pretende assumir a maternidade cede seu corpo para gestar uma criança para outrem. A literatura também denomina a referida técnica como “maternidade de sub-rogação” e, em alguns países, ela é conhecida como “barriga de aluguel”, caso em que há remuneração da gestante que presta o serviço de gestar criança para o (s) solicitante (s). Maternidade de substituição é definida por Dias (2010, p. 379) como a “(...) gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel.” A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho (ibid.).

Tendo por referência essas diretivas, os constantes avanços da técnica e a ausência da regulação legislativa da matéria persistente, no Brasil, a Dissertação tem como objetivo nuclear enfrentar as questões de Direito de Família e de Direitos da Personalidade decorrentes da gestação de substituição, para verificar se o exercício da autonomia privada e seus instrumentos podem, ou não, afastar normas imperativas ou serem compatibilizadas, nessas matérias específicas.

A pesquisa resulta, assim, da hipótese de investigação sobre a possibilidade de o direito brasileiro eliminar essa tensão, seja pelo aprimoramento dos instrumentos negociais contratuais decorrentes da autonomia da vontade, seja pela alteração da

¹ “The committee outlines the general concept of surrogacy as a woman who carries a child to term for another person or couple, whether she contributes to the genetics of the child or not, and who usually receives some payment. The Warnock Report discusses how legal disputes between surrogates and the contracting individual or couple could be adjudicated. The report argues that in cases where the surrogate mother changes her mind and decides to keep the child, it is unlikely that any court would force a separation on the grounds that the woman had a prior contractual agreement. The report thereby concludes that surrogacy contracts are unenforceable and therefore should be illegal.”

legislação do Direito de Família e dos Direitos da Personalidade, a partir dos princípios e normas estabelecidos na Constituição e no Código Civil.

As demais hipóteses da pesquisa giram em torno desses pontos de interpenetração e tensões entre regras e institutos do Direito Privado, que requerem a análise de vários outros temas. Propõe-se, também, analisar a formulação do consentimento livre e esclarecido, na gestação de substituição, como elemento modulador das relações interpessoais.

Nessa espécie de ato, negócio ou contrato, o consentimento tido como informado por profissionais da área médica, na maioria dos casos, é manifestado como simples adesão a conteúdo pré-estabelecido em formulários médicos. Tais instrumentos são elaborados de forma abstrata, visando abranger um número indeterminado de pacientes. Neste particular, é possível questionar se não se trata de contrato por adesão.

O instrumento que contém o consentimento livre e esclarecido é, portanto, uma ferramenta importante e uma etapa necessária, mas insuficiente, diante da proteção jurídica dispensada pelos Direitos da Personalidade à esfera jurídica corporal do sujeito. Desta forma, não basta ser sujeito de direito capaz de consentir, de expressar de modo autêntico sua vontade, sem limitações jurídicas, mas deve, ainda, ter capacidade negocial específica e estar previamente esclarecido dos benefícios, malefícios e riscos dele decorrentes.

Acrescente-se que o consentimento informado tem efeitos que extrapolam o objeto nele delimitado e se projeta na formação do núcleo familiar e no *status* jurídico do produto da gestação de substituição. Tal indeterminação oferece novas possibilidades de análise no campo da autonomia privada que interferem na determinação da filiação por normas imperativas.

No Brasil, não há vedação expressa muito menos previsão da utilização dessa técnica na legislação. Entretanto, há disposição normativa sobre o tema, por meio de Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), que exigem o consentimento informado, nos moldes previstos pelo Código Civil (CC/02), nos arts.13 e 14, para qualquer intervenção ou disposição corporal (BRASIL, 2002).

Além disso, a gestação de substituição segue o princípio da gratuidade estabelecido no art. 199, § 4º da CF/88, que permite a disposição de: "... órgãos, tecidos e substâncias humanos para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem

como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização” (BRASIL, 1988).

A Constituição, o Código Civil e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, nessa matéria, sofrem a influência e incorporaram os parâmetros basilares da Bioética, o que suscita o debate sobre o caráter principiológico e normativo desse campo de formulação do conhecimento sobre o corpo e a técnica.

Essa técnica encontra, ainda, outras limitações que se referem às condições de reprodução dos autores do projeto parental, pois, em princípio, somente se apresenta possível se o contratante da técnica não possuir condições de gestar, sem oferecer riscos para sua saúde ou da criança em formação. A técnica também se restringe à utilização do útero de parentes até o quarto grau dos contratantes, mas abre possibilidades de utilização de terceiros, ao afirmar que os demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina.

Surgem dessas disposições normativas duas questões para análise:

1. A limitação à capacidade negocial, uma vez que a avença exige, em primeiro plano, o grau de parentesco até o quarto grau entre os solicitantes da cessão de útero e a cedente. Seguindo a linha de raciocínio formulada anteriormente, o exercício da autonomia privada estaria limitado a uma questão de parentesco.

2. A possibilidade de uma autorização contida em norma de caráter deontológico e de natureza administrativa, servir para regular uma matéria de interesse público ou social, a ser decidida pela área técnica, sem qualquer intervenção do ministério público (*custos legis*), ainda que tal decisão seja formulada por um conselho médico.

A filiação, por sua vez, é tratada parcialmente pelas Resoluções e abre um outro conjunto de hipóteses de análises e proposições, pois é tema regulado pelo Direito de Família, constitucionalmente orientado pela liberdade e autonomia do sujeito e pelo discurso da solidariedade familiar. Diante desse recorte normativo, traçam-se horizontes a serem percorridos pela gestação de substituição quanto à matéria da filiação. Quer-se com isso propiciar uma reflexão dessa relação estabelecida entre pais e filhos e o lugar ocupado pela mulher na sociedade e na família.

Para enfrentar esse amplo e intrincado leque de questões jurídicas, de caráter teórico e de acentuada repercussão prática na vida dos sujeitos, a metodologia aplicada para pesquisa e elaboração da Dissertação recorreu à análise de textos

jurídicos localizados no campo do Direito Contratual, dos Direitos da Personalidade e do Direito de Família, a fim de delimitar conceitos jurídicos já estabelecidos e transpostos para os textos da Constituição e do Código Civil.

Os textos normativos das Resoluções do Conselho Federal de Medicina e das normas de cunho administrativo registrais, aplicáveis à gestação de substituição, foram utilizados como material empírico, de onde se retiram questões pendentes ou não compatíveis com as normas jurídicas, ou como fonte de modulação de conceitos jurídicos.

O enfrentamento do arcabouço conceitual jurídico, que delimita e atravessa os Direitos da Personalidade e o Direito de Família, nos processos de reprodução assistida (RA), requereu, ainda, uma reflexão filosófica e sociológica sobre questões da configuração da família atual, sobre a condição feminina e a coisificação da mulher e seu corpo, e, finalmente, sobre a construção e influência da Bioética sobre o Direito e sua natureza imprecisa e cambiante localizada entre um conjunto principiológico de cunho liberal e a assunção de uma dimensão normativa.

Ao mesmo tempo em que o estabelecimento de um conjunto de regras definidoras da matéria da reprodução assistida por gestação de substituição se apresenta como necessária, a velocidade com que a técnica opera mudanças sobre os corpos femininos e se utiliza da autonomia para expandir o seu campo de aplicação permite questionar a efetividade das regras jurídicas, diante das promessas da técnica.

A abundância de termos utilizados para nomear a gestação de substituição, por si só, revela a dificuldade de fixar parâmetros seguros para regulação jurídica dessa técnica. A denominação popular “barriga de aluguel” já indica um distanciamento do princípio da solidariedade e da gratuidade, que norteiam a Constituição, o Código Civil e as Resoluções do CFM sobre a matéria.

Por outro lado, a opção do CFM, no Brasil, pela expressão “gestação de substituição”, utilizada em todas as Resoluções, aponta para outras direções, a saber: a preocupação com aspectos deontológicos e éticos que interferem na atividade profissional nos processos de RA, e a indefinição de fixar quem ou o quê substitui a quem, num horizonte técnico em que as possibilidades de utilização de artefatos poderão promover a substituição de várias funções do aparelho reprodutivo feminino.

Nesse horizonte da técnica, o Direito trabalha com definições facilmente superáveis acolhidas tanto pela escrita especializada (doutrina) quanto pelo repertório

de decisões judiciais (jurisprudência), onde se encontram definições como: maternidade substituta, maternidade sub-rogada, gestação substituta, gestação por substituição, gestação por outrem, gestação em útero alheio, barriga substituta, mãe substituta, mãe gestacional, mãe hospedeira, mãe portadora, gravidez de substituição, cessão de útero, aluguel de útero, locação de útero, doação temporária de útero.

Esse conjunto de questões a serem explorados determinam a estrutura da Dissertação com seus capítulos e sessões agrupados, inicialmente, em torno do grande tema da autonomia privada e seu tratamento jurídico, metamorfoses e campos de aplicação, para, em seguida, ser verticalizado pelo instrumento jurídico do consentimento informado que permite a utilização da técnica na gestação de substituição.

Os efeitos sobre os sujeitos, os Direitos de Personalidade, em especial, os Direitos Sexuais e Reprodutivos da mulher e os direitos de filiação e maternidade são analisados, por último, à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

O debate estabelecido conduz, necessariamente, a uma reflexão que projeta a coisificação da mulher e a captura dos Direitos Sexuais e Reprodutivos Femininos por influência da técnica, na sociedade de mercado, a começar pelo questionamento sobre a autonomia privada e sua manifestação como autonomia corporal, sob a forma de consentimento informado.

2 O DIREITO E A AUTONOMIA PRIVADA

2.1 AUTONOMIA PRIVADA E O PODER NORMATIVO DO SUJEITO

O sujeito de direito moderno fundamenta-se no princípio da liberdade, tradicionalmente afirmado por meio de uma noção formal de igualdade. Portanto, quer fosse a autonomia constituída como direito natural, quer fosse compreendida nos limites do direito objetivo (liberdade de fazer o que a lei não proíba), o fato é que essa compreensão da autodeterminação do homem como detentor de livre arbítrio aparece primeiro como uma noção teológica e, posteriormente, como fundamento do direito moderno. É a concepção do homem como ente capaz de discernir e fazer suas próprias escolhas que lhe imputa a correlata responsabilidade pelos atos escolhidos (CORRÊA, 2010, p. 29).

O postulado inscrito no art. 1º do Código Civil de 2002² evidencia que o suporte jurídico da pessoa não está em sua humanidade, propriamente dita, mas antes em uma tradução abstrata e universalista da pessoa como sujeito de direito, dotado de vontade livre. É essa singularidade do humano, assimilada pelos discursos jurídicos, que promove uma pretensa identidade entre ser humano, pessoa e sujeito de direito. Essa identificação foi naturalizada; afirma-se que todas as pessoas são sujeitos de direito porque são dotados, em maior ou menor medida, de uma vontade capaz de autogovernar-se.

Para discernir como esse conjunto de percepções sobre o humano tornou-se um postulado jurídico autoevidente, historicamente construído, torna-se necessário reconstituir os aspectos mais salientes que provocaram a mudança definitiva da concepção do homem nas suas relações sociais reguladas pelo Direito, no período anterior a que se denomina Modernidade Jurídica (GROSSI, 2007, p. 82).

Nesse período denominado feudal, medieval ou medievo, predomina, na Europa Ocidental, a concepção de que a sociedade era uma entidade unitária, organizada segundo uma noção de totalidade, orientada pela concepção religiosa da tradição judaico-cristã. Nessa sociedade, os indivíduos que a compunham não existiam para o Direito propriamente na condição de indivíduos, mas antes como membros de uma coletividade, operando diferentes funções e ocupando distintos

² Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

lugares conforme sua função, em relação ao funcionamento do corpo social uno. Assim, a ordem política medieval foi estruturada de forma nitidamente hierarquizada, como afirma Pietro Costa:

A imagem medieval da ordem política é correspondente à visão de um cosmo hierarquicamente estruturado: como o inteiro universo, também a sociedade é composta de papéis desiguais, de poderes e obediências rigidamente estabelecidas. A unidade do todo se rege sobre a desigualdade das partes: a diferenciação social, política e jurídica dos status dos sujeitos e a sua disposição hierárquica tornam possível a existência da ordem. A ordem não depende da vontade “despótica” do detentor do poder: é inscrita na natureza própria dos seres e repousa sobre as suas diferenciações “objetivas”. É a inteira sociedade humana que se dispõe numa rede de supremacia e de obediência: a ordem política e a ordem social são duas faces da mesma moeda. (COSTA, 2010, p. 82)

O direito medieval enraizado nos costumes e permeado pelo contexto social, acompanhava a lógica social hierarquizante inerente ao comunitarismo medieval. As normas e práticas jurídicas se destinavam a regular direitos a partir da posição social ocupada pelo indivíduo em sua relação com o poder político (status político) ou com o corpo social ao qual pertencia (status social), por meio do qual exercitava o poder sobre as coisas e se expressava na atividade econômica (DIAS, 2012, p. 42-43).

Essa concepção e tratamento jurídico das relações sociais se apresenta como traço distintivo fundamental entre o Direito do antigo regime e o Direito da Modernidade. O homem não era visto como um indivíduo no sentido que a modernidade atribuiu a essa noção; o homem era antes o ente imperfeito e incompleto, só valorizável quando integrado à totalidade e à comunidade. Consequentemente, inexistiam os direitos individuais, mas tão somente direitos corporativos, ou seja, direitos decorrentes do status do homem em relação ao organismo ao qual pertence (ibid., p. 45).

A partir dos séculos XII e XIII, os historiadores registram importantes mudanças na sociedade e no direito medievais, em virtude de inúmeras questões econômicas sociais e culturais. O Direito começa, então, a ser valorizado como um campo de conhecimento científico e, como tal, algo que deva ter por função revelar certos princípios e normas gerais aptas a regular um grande número de relações, notadamente as relações comerciais que começavam a se expandir. (ibid., p. 38).

Ao reconstruir o percurso do nascimento e desenvolvimento dos Direitos da Personalidade, também pode-se concluir que no período medieval estão situados os primórdios do conceito moderno de pessoa humana, estruturado a partir da valorização do indivíduo e de sua dignidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 34). O sujeito de direito moderno despontou efetivamente no período renascentista aliado ao processo de afastamento entre a filosofia e a religião. A partir de então, o centro da produção do saber passa a ser protagonizado pelo homem – identificado como sujeito racional, capaz de afirmar sua vontade, produzir conhecimento e promover modificações no mundo.

Um dos pilares do projeto da Modernidade foi, assim, a emergência do indivíduo como ente universal e autônomo. A universalidade seria o elo comum que igualaria e conectaria todos os sujeitos, independentemente da sua identidade e origem cultural que os possam distinguir. A autonomia, por sua vez, seria o elemento qualificador do indivíduo, aquilo que lhe confere à humanidade (ou individualidade) plena; seria a capacidade de o indivíduo de pensar e escolher por conta própria e, a partir dessa autonomia, guiar os rumos da sua própria vida (ROUANET, 1993, p. 9).

No campo da reflexão filosófica, a teoria dualista de René Descartes (1596–1650) é sempre apontada pelos juristas como uma peça-chave na construção de uma concepção pretensamente universalizável do indivíduo moderno. Para Descartes, as qualificadoras essenciais do sujeito seriam a razão e a vontade (CORRÊA, 2010, p. 25), e todos os seres humanos seriam dotados de razão em igual medida; a chave de acesso à verdade científica estaria então no estabelecimento de um *uso padronizado* desta razão (DIAS, 2012, p. 70-71). Em outros termos, o único conhecimento verdadeiro seria aquele proveniente da razão; trata-se de um conhecimento analítico e totalmente independente da experiência social (GROSSI, 2007, p. 32-33).

O estabelecimento de um uso padronizado da razão seria pressuposto para uma ciência universal, amparada sobre os princípios indubitáveis supostamente capazes de conduzir à descoberta da verdade. Em decorrência desses pressupostos de primazia da razão sobre a matéria, a verdade cartesiana está fundada no modelo matemático de compreensão da realidade (LUDWIG, 2006, p. 29). O cartesianismo foi, portanto, o ponto nodal da emergência da subjetividade abstrata moderna sob a égide de uma filosofia humanista dualista e fundada sob pressupostos radicalmente científicos (DIAS, 2012, p. 76).

Foi no século XVIII, com a reflexão iluminista de Kant, que a noção moderna de subjetividade alcançou seu ápice, tanto que “não é incomum ouvir que o sujeito de direito, ou melhor, ou sujeito do direito moderno corresponde ao *sujeito kantiano* por excelência” (DIAS, 2012, p. 91).

Assim como Descartes, a questão levantada por Kant refere-se ao modo de funcionamento da razão, à tentativa de determinar o que a razão pode conhecer e sob quais condições. A razão é definida por Kant como uma estrutura vazia, uma forma pura sem conteúdo. A razão seria uma estrutura *a priori*, porque existe antes e independentemente da experiência, e, assim, seria universal, porque é idêntica em todos os sujeitos em qualquer lugar do mundo e a qualquer tempo, apartada de qualquer experiência social.

Kant refuta toda fundamentação heterônoma da moral. Para ele, a moral não deve ser instrumento para o atingimento de algo, como a felicidade ou o bem-estar, pois o fundamento da lei moral não pode ser externo, mas autônomo: o sujeito estabelece a si próprio uma lei moral e ela é válida pelo simples fato de decorrer de sua razão, de sua autonomia e de sua vontade.

A distinção entre posição social e possibilidade de criação autônoma de direitos serviu a dois objetivos, que permitiram a construção do capitalismo e da modernidade jurídica: a oposição entre o direito fundado na razão e o direito da antiga ordem medieval baseada no poder real e religioso, e a criação de direitos por meio de contratos entre indivíduos inscritos em distintas hierarquias de organismos sociais.

Esse conjunto de noções inovadoras permitiu, no plano teórico, o nivelamento entre todos os seres humanos como sujeitos de direito iguais, porque submetidos ao mesmo regime jurídico, e autônomos, porque supostamente dotados de um mesmo poder de disposição, ou autonomia da vontade, independentemente de sua experiência concreta (CORRÊA, 2010, p. 22).

Assim, a igualdade afirmada pelos modernos foi construída sobre uma radical abstração das diferenças concretas entre os seres humanos. Em suma, “a partir do século XVII, o ser humano individualizado passa a ser representado pela categoria moral da pessoa (universal-abstrato), que juridicamente se transfigura na forma do sujeito de direito (*subjectum iuris*)” (ibid., p. 30).

A naturalização do conceito de sujeito de direito é, na verdade, um ocultamento dessa mediação que atravessa a transmutação do ser humano em sujeito de direito. O postulado de que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem

civil”, no art. 1º do Código Civil de 2002, denota, em seu fundamento universalista, um rechaço à possibilidade de que seres humanos venham a ser tratados como objetos de direito, negando-lhes a dignidade e autonomia que, em termos kantianos, devem ser em si mesmas respeitadas, porque constitutivas da humanidade.

Entre o ser humano e o sujeito de direito, interpõe-se a categoria da pessoa, conforme explicita José Antônio Peres Gediél:

Partindo desse conjunto de premissas político-filosóficas, o Direito Moderno, desde a Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776 e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, passou a postular, também, a aparente identidade do significado jurídico do termo pessoa (sujeito de direito) com ser humano. Essa aparente identidade tem sido largamente refutada pela doutrina, até mesmo com base na origem etimológica do vocábulo latino *persona* (máscara). Resulta dessa crítica a constatação que, assim como a máscara teatral, a qualidade jurídica de pessoa, homem dotado de personalidade jurídica, também indica apenas aquilo que o portador dessa qualidade (máscara jurídica) pode e deve fazer no espaço juridicamente delimitado. A qualidade de pessoa, que define para o Direito Moderno o ser humano, é uma representação jurídica do homem e não a representação de suas qualidades inatas ou naturais, como levam a concluir os textos de raiz jusnaturalista, na fórmula também presente no artigo 2º do Código Civil Brasileiro. (Referência ao Código Civil de 1916). (GEDIEL, 1998, p. 62-63).

Sob a ótica sociológica, a questão da precedência da pessoa ao sujeito de direito, ou vice-versa, é debatida nos seguintes termos por Danilo Arnaut:

A pessoa é aspecto da humanidade. A esse respeito, a sociologia do direito se mostra heurística. Para que tenha direitos, o ser humano precisa tornar-se pessoa. A humanidade não basta à vida social. Há componentes que intermedeiam as relações entre humanos. Esses componentes (como observaria Durkheim) preexistem às suas experiências individualmente referidas e (como talvez dissesse Weber) constroem-se nos contatos mutuamente referidos desses humanos. O convite e o traje simbólicos a essa socialidade constituem-se na pessoa. A realização da pessoa é o processo por meio do qual o humano entra para o direito, manifesta-se, é percebido, interage. Ocorre que esses processos envolvem certa abstração. Mais que isso: abordar a problemática da pessoa através do direito significa perceber que a abstração é, nesse caso, inevitável. (ARNAUT, 2019, p. 68)

Para a modernidade jurídica do ponto de vista estrutural, a autonomia é compreendida como um dos princípios fundamentais do Direito Privado. Devido a isso, adquire importância a existência de um âmbito particular com eficácia normativa. Trata-se, na realidade, do reconhecimento da concepção axiológica da pessoa considerada o centro do ordenamento jurídico.

A esfera de aplicação da autonomia privada é, por excelência, o Direito das Obrigações. Nesse recorte de relações jurídicas, o contrato é a lei e segue o exercício de liberdade em vários momentos, como por exemplo na própria liberdade de contratar, na escolha das partes contratantes, ou na possibilidade de escolha entre esta ou aquela cláusula ou disposição contratual.

A maioria dos autores contemporâneos do Direito Civil consideram a autonomia privada um dogma que remete à noção de expressão da liberdade dos indivíduos (MORAES, 2010). A sua origem histórica e ideológica pode ser reconduzida às doutrinas que, em perspectiva individualista, colocam a vontade individual no núcleo da composição do ordenamento jurídico. A liberdade do indivíduo consiste, em termos jurídicos, no reconhecimento da sua vontade como poder para criar e regular relações jurídicas; por essa razão, é concebida como autorregulamentação ou autogoverno.

Atualmente, os limites impostos à autonomia privada são a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé objetiva. A ordem pública é reconhecida como o conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado. Já os bons costumes compreendem o conjunto de regras morais e sociais que formam a mentalidade de uma sociedade e que se expressam em princípios jurídicos como o da boa-fé, o da solidariedade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Ainda no campo da contratualidade, a massificação das relações de consumo levou a uma standardização dos instrumentos firmados por adesão, o que também resulta na impossibilidade do exercício da autonomia privada em sentido estrito, tal como concebida na sua formulação pela civilística clássica nos séculos XVIII e XIX.

Atualmente, o princípio jurídico da autonomia privada está sendo retrabalhado à luz da esfera social na qual o indivíduo se encontra inserido, como destaca Pietro Perlingieri (2022, p. 334-335) ao afirmar que, em um estado de direito voltado à solidariedade, igualdade e dignidade humana, não é justificável que a autonomia negocial seja vista como dogma, pois nem tudo que é desejado pelos indivíduos (a título de negócio jurídico) é merecedor de tutela. Nessa perspectiva, cumpre verificar se um ato de autonomia é lícito, razoável, merecedor de tutela e proporcional, conforme princípios e valores presentes no ordenamento jurídico.

Nos ordenamentos jurídicos que vigoram no sistema econômico de tipo capitalista, a autonomia privada e a autonomia contratual tendem a se confundir, isto

é, a autonomia privada sob contornos individualistas e patrimonialistas seria considerada um espaço de imunidade no qual a vontade dos particulares se torna fonte de Direito (GOMES, 1978).

Essa concepção da autonomia como espaço de imunidade foi-se tornando cada vez mais inadequada. Nas últimas décadas, tem adquirido maior repercussão os discursos jurídicos que visam desconstruir a perspectiva do “direito do homem sozinho” (FACHIN, 1992a, p. 51) e refletir mais atentamente sobre as conformações e repercussões sociais que cercam o exercício da autonomia individual.

Assim constatava Orlando Gomes, com precisão, já em 1978:

Todos sabem que essa bela construção tornou-se inadequada, se bem que continue presente nos códigos mais modernos, coexistindo, entretanto, com os andaimes de uma concepção antagônica, que atestam cada dia a necessidade de controle do exercício dessa Liberdade e, assim, de uma reconstrução que modifique o seu estilo (...) em todas essas significações ou aspectos, a Liberdade contratual sofreu e vem sofrendo derrogações, limitações e mutilações. (GOMES, 1978, p. 258)

A necessidade de reconstrução da concepção tradicional da autonomia a que faz referência Orlando Gomes liga-se à busca por um equilíbrio mais adequado entre o espaço de imunidade individual e os valores coletivos, que orientam o sistema político e jurídico no qual esses indivíduos estão inseridos. Nessa perspectiva de fundamentação, o ponto de reequilíbrio deve ser o valor da dignidade humana, para o qual deve confluir inclusive as relações jurídicas privadas de índole patrimonial. Os discursos contemporâneos de repersonalização do Direito pretendem, em síntese, colocar “o indivíduo como ser coletivo no centro dos interesses” (FACHIN, 1992a, p. 56).

Pietro Perlingieri (2008) afirma que, numa concepção repersonalizada e pluralista dos ordenamentos contemporâneos, o campo de autonomia jurídica não mais se identifica com o espaço de imunidade do poder da vontade individual no âmbito das relações patrimoniais privadas, e que autonomia não tem mais esse caráter absolutizante.

Note-se que afirmar a crise do sentido absolutizante da autonomia privada não implica numa negação desse princípio jurídico. À luz das contribuições teóricas, como por exemplo, as decorrentes do debate e das políticas feministas, a autonomia privada pode ser problematizada, pois a dimensão de gênero vincula socialmente os

efeitos das decisões das mulheres sobre os seus direitos sexuais e reprodutivos a toda comunidade que compartilha de uma identidade sexual.

A reestruturação da autonomia privada reflete as exigências de um redirecionamento das prioridades adotadas pelo sistema jurídico. Trata-se de uma disputa teórica e política para se fazer revelar um princípio de liberdade existencial, sob o manto da tutela da indivisibilidade da pessoa humana, concretamente considerada, em confluência com a efetivação dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro proclamados no artigo 3º da CF/88.

Nessa perspectiva teórica, a necessidade de uma tutela efetiva aos Direitos da Personalidade se impôs a partir da segunda metade do século XX, impulsionada pelas perplexidades geradas pelos acontecimentos políticos da Segunda Guerra Mundial, terminada em 1945. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, marcou o início da perspectiva contemporânea dos Direitos Humanos pautada pelos princípios da universalidade e indivisibilidade.

Flávia Piovesan afirma que o princípio da universalidade determina que os Direitos Humanos se estendem a todas as pessoas, uma vez que a condição de ser humano é suficiente para que se reconheça a necessidade de tutela da dignidade da pessoa. A indivisibilidade, por sua vez, traduz a ideia de que os Direitos Humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, de modo que os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais não adquirem eficácia real se forem desvinculados um dos outros (PIOVESAN, 2002, p. 2).

Essas formulações políticas e jurídicas aproximam o Direito Privado dos Direitos Humanos e assumem caráter normativo no texto constitucional, resultando daí a reconfiguração da autonomia privada em relação a questões existenciais que são reguladas no campo dos Direitos da Personalidade e do Direito de Família.

Os professores José Lamartine de Oliveira e Francisco Ferreira Muniz, em 1980, alertavam para a insuficiência do sistema de tipificação absoluta dos Direitos da Personalidade e os problemas de se operar uma estrita divisão entre direitos públicos e privados de personalidade, uma vez que o núcleo da construção teórica de tais direitos não pode ser outro se não o ser humano:

No plano doutrinário, isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro do qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar a noção de Direitos da Personalidade toda a sua real amplitude. (...) conscientes de que só a noção substancial de pessoa confere sentido e dignidade ao direito e de que só tal noção permite uma visão crítica e valorativa dos diferentes ordenamentos jurídicos, não enxergamos o ser humano de maneira abstrata, mas em sua inserção concreta na história e na sociedade. em uma visão personalista, o ser humano não é visto como átomo isolado em face do estado nem em visão competitiva de ser contra o outro, mas como ser como o outro. (LAMARTINE, MUNIZ, 1980, p. 228 e 232)

Com a promulgação da Constituição de 1988, as críticas tecidas pelos professores Lamartine e Muniz ganharam concretude em nosso ordenamento jurídico. Segundo Ramos (1988, p. 15), em razão das pressões sociais a CF/88 adotou um caráter solidarista e intervencionista pela disposição de mecanismos efetivamente hábeis a suprir as demandas concretas dos cidadãos.

Embora a CF/88 não conte com uma cláusula geral de proteção à personalidade humana formulada expressamente, aos moldes das constituições da Alemanha e da Itália, Szaniawski afirma que também está presente no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula geral, consagrada em dois princípios fundamentais que informam nosso sistema jurídico: o princípio da igualdade e o princípio da dignidade humana – elevada à fundamento do estado democrático de direito nos termos do inciso III do art.1º da CF/88 (SZANIAWSKI, 2005, p. 137).

Em relação aos Direitos da Personalidade, diz-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um caráter misto, uma vez que, ao lado das mencionadas cláusulas gerais de tutela da personalidade, foram também consagrados direitos especiais de personalidade, tais como os direitos arrolados ao longo do artigo 5º da CF/88 e seus incisos. Entre esses direitos especiais da personalidade, constitucionalmente previstos, destacam-se: o direito à igualdade, que abrange a igualdade de gênero; a autonomia negocial e corporal; a integridade psicofísica; e a liberdade do exercício dos Direitos Sexuais e Reprodutivos, todos eles no sentido de garantir a dignidade humana.

Nesse contexto de construção jurídica constitucional e de renovação axiológica e conceitual, a captura do corpo e da vida pelo Direito passa por modificações particulares na modernidade, nas situações em que o princípio jurídico da autonomia do sujeito é exercido para tomar decisões a respeito de intervenções e disposições do próprio corpo, em favor de si, ou em benefício de terceiros.

Esse princípio encontra seu fundamento na racionalidade do sujeito moderno afirmado pela filosofia iluminista e legitima os mecanismos de exercício do arbítrio e dos desejos individuais sobre o corpo, resguardados pela noção de privacidade. É nesse ponto que o princípio da autonomia se articula e se concretiza no instrumento do consentimento livre esclarecido, que expressa a vontade livre do sujeito e o domínio sobre o seu próprio corpo.

O exame de formas jurídicas legalmente assentadas – práticas socialmente aceitas e realizadas cotidianamente pelos sujeitos, e os discursos médicos e científicos que orientam essas práticas – revela a afetação da racionalidade do sujeito e apontam para um crescente esvaziamento da autonomia tal qual concebida em sua vertente iluminista, apesar da permanência e valorização do consentimento informado.

Para o Direito, a autonomia corporal é uma faculdade a ser exercida pelo sujeito, mas na leitura da biopolítica revela-se como instrumento fundamental do governo dos corpos e dos cidadãos. A biopolítica se serve do princípio da autonomia para estimular o investimento de cada um em seu capital de saúde e para promover a incitação do cumprimento do imperativo de levar uma vida saudável (FOUCAULT, 2008, p. 3).

Os mecanismos da biopolítica e os discursos de verdade da medicina constituem parâmetros para as decisões do sujeito sobre o seu corpo, conferindo-lhes critérios de razoabilidade e aceitabilidade.

As antinomias e os paradoxos entre a lei fundada em uma racionalidade específica, presumivelmente aceita e exercida pelo sujeito de direito, e os discursos biopolíticos e práticas biomédicas permitem identificar, assim, a contínua erosão da autonomia corporal e da própria subjetividade baseada na concepção de razão iluminista, ainda presente no Direito.

Mais do que isso, permitem vislumbrar como se articulam mecanismos de governo dos corpos e o governo de si, ambos orientados pela razão econômica do capital humano e legitimados pela vontade autônoma do sujeito de direito na sociedade contemporânea.

Por tais razões, ainda que a noção de dignidade da pessoa humana se encontre hoje no cerne de nosso ordenamento jurídico, nem sempre é fácil traduzir as demandas concretas da dignidade nos termos da concepção clássica do sujeito de

direito. Portanto, quando direito faz referência à dignidade da pessoa há de se perceber que existem aí terrenos de ambiguidade.

Nos discursos jurídicos tradicionais, o discurso da dignidade da pessoa torna-se formalista porque, ao mesmo tempo em que proclama o valor da humanidade para o direito, oculta o fato de que a máscara da pessoa é uma categoria moral, ou seja, é amparado numa determinada concepção intangível da humanidade em termos de racionalidade e autonomia. O ser humano se faz representado nos discursos jurídicos por meio da figura do “homem-médio” e não por meio de suas experiências e possibilidades concretas.

Trata-se, segundo Perlingieri (2002), do controle de merecimento de tutela dos interesses e da liceidade. O autor considera que a patrimonialidade é um requisito, historicamente mutável, utilizado como critério definidor da obrigação e do contrato. Tal pensamento confirma a existência de contratos sem conteúdo patrimonial.

É justamente esse o ponto nodal que se pretende analisar em relação ao consentimento informado como expressão da autonomia privada, nos processos de gestação de substituição. A economia globalizada recorre ao exercício da autonomia privada de indivíduos que não compartilham a mesma configuração social e a mesma ordem jurídica, situação que impõe uma reflexão bastante difícil no campo dos negócios, contratos e atos jurídicos, notadamente, os de cunho não patrimonial.

A discussão também é potencializada em decorrência dos avanços da biotecnologia, que interferem nos processos de extinção, preservação, alteração e criação da vida humana. A interferência na esfera de interesses não patrimoniais do indivíduo não apenas gera questões novas, como também reacende outras não tão recentes, como é o caso da disposição do próprio corpo (RODOTÀ, 2004; TEPEDINO, 2004).

Essa discussão considera as atitudes de um indivíduo sobre o próprio corpo (como, por exemplo, o fato de cortar o cabelo, doar órgãos e tecidos, realizar amputações e fazer tatuagens); a validade do consentimento em casos necessários; a possibilidade de revogação ou retratação do consentimento dentre outras situações. A reflexão que persiste é se a autonomia privada ainda permanece estreitamente ligada a fundamentos patrimoniais (PONTES DE MIRANDA, 1955).

Na hipótese da gestação de substituição, observa-se a aplicação do princípio da autonomia privada na estipulação de termo de consentimento informado, que contém disposições de caráter contratual, por meio de obrigações bilaterais a serem

assumidas pelos participantes, e obrigações de fazer e não-fazer, que resultam em restrições aos Direitos da Personalidade da cessão temporária do útero.

Esse mesmo instrumento contém disposições que escapam à autonomia da vontade dos participantes do projeto de reprodução humana, pois dizem respeito a procedimentos e obrigações orientados pelas técnicas médicas-científicas que ficariam a cargo da clínica a ser contratada e que detém o poder-saber médico.

No espectro dessa manifestação da autonomia da vontade, se fazem presentes disposições sobre rastreamento genético e a escolha de gametas feminino ou masculino e de traços fenotípicos. Estas disposições conjugam a vontade das partes com as possibilidades técnicas e a percepção social da vida humana. Desse modo, percebe-se claramente a complexidade que a autonomia privada tem experimentado no que tange às técnicas de reprodução assistida e, em especial, no contrato de gestação de substituição.

Em síntese, a autonomia privada é produto e instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é o liberalismo como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado, a exemplo do Direito das Obrigações. Contudo, a intervenção do Estado e o estabelecimento de legislação que toca a matéria busca aproximar a liberdade da igualdade material (MORAES, 2014).

As consequências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica, e, no Direito Civil, os princípios do direito contratual, da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do Direito das Obrigações.

No Direito Sucessório, constata-se a presença da autonomia privada na liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento – evidentemente, dentro dos parâmetros de permissibilidade da lei. Diversa é a situação constatável na matéria referente aos Direitos da Personalidade e ao Direito de Família, onde há a valorização da autonomia privada limitada por normas de ordem pública e de caráter protetivo aos sujeitos detentores de direitos indisponíveis.

O fundamento da autonomia privada é a liberdade como valor, e o indivíduo a exercita quando livremente externa sua vontade. Portanto, a liberdade consubstanciada por valor jurídico permite ao indivíduo a atuação com eficácia

normativa, que se concretiza de duas formas: (a) quando estabelece, modifica ou extingue relações jurídicas e (b) quando procede à normatização ou regulação jurídica dessas mesmas relações, dentro do espectro de liberdade permitido pelo Estado.

Apresentam-se, conseqüentemente, duas facetas da liberdade jurídica: (a) a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações e (b) a de estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, no exercício do seu poder jurídico de criar – nos limites legalmente estabelecidos – normas de direito. Na hipótese de gestação de substituição estão presentes ambas as facetas.

2.2 AUTONOMIA, DIREITOS DA PERSONALIDADE E CONSENTIMENTO INFORMADO

Como afirmado, o direito brasileiro vigente concebe o humano, juridicamente qualificado, como pessoa, sujeito de direito e cidadão, ocupando o centro do ordenamento jurídico nacional. Também considera sua dignidade um dos fundamentos da República, nos termos do art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988)³.

O Código Civil Brasileiro acolhe essa orientação constitucional ao dispor sobre os Direitos da Personalidade como instrumento de proteção jurídica à pessoa e às condições essenciais à manutenção de sua dignidade, estabelecendo em seu artigo 11 que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os Direitos da Personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

A tutela jurídica dos Direitos da Personalidade prevista no art. 12 do Código Civil é ampla e permite que o sujeito exija indenização por dano ou requeira o fim de ameaça ou lesão ao direito da personalidade pertinente à sua esfera física, moral ou intelectual. O corpo humano figura entre os bens da personalidade e o Direito afirma a indissociabilidade, irrenunciabilidade, e intransmissibilidade desses bens pelo sujeito. Ao sujeito de direito é reconhecida a autonomia sobre seu corpo, seja para defendê-lo de ofensas, para dispor de partes em favor de terceiros, ou para conservá-lo em proveito da preservação de sua dignidade.

³ Art. 1º. ‘A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) III – A dignidade da pessoa humana’.

A Constituição Federal, em seu art. 199, § 4º, permite a disposição de: “órgãos, tecidos e substâncias humanos para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. Com base nessa norma constitucional, entende-se que o sujeito está autorizado a dispor, em favor de terceiros, de elementos de seu próprio corpo, condicionando-se tal disposição a determinados fins e sempre gratuitamente.

Os elementos físicos ou partes do corpo humano passíveis de serem dispostos pelo sujeito não são, *a priori*, classificadas como coisas, porque pertencem à esfera física da personalidade humana. Porém, a técnica abre a possibilidade de estabelecimento de relações jurídicas, gratuitas, livres e finalisticamente justificadas, e coloca os elementos do corpo humano como objeto mediato dessas relações jurídicas, aproximando-os da categoria de bens fora do comércio.

Os artigos 13 a 15 do CC/02 explicitam os aspectos finalísticos e reforçam a gratuidade já estabelecida no texto constitucional. Além disso, o art. 14 do Código Civil, em seu parágrafo único, traduz e concretiza o direito fundamental à autonomia corporal ao estabelecer que “o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. A parte final do *caput* do art. 14 admite que o sujeito disponha de seu próprio corpo “para depois da morte”.

A possibilidade jurídica de o sujeito dispor, em vida ou para depois da morte, de elementos de seu corpo ou de seu cadáver não significa, em princípio, que o Direito brasileiro atribua ao sujeito um direito patrimonial sobre seu próprio corpo, com conteúdo similar aos direitos sobre bens externos ao sujeito. O poder jurídico conferido pelo Direito tem, portanto, conteúdo próprio e se inscreve no regime jurídico dos Direitos da Personalidade.

É nesse contexto normativo que se situa o exercício das disposições corporais e a expressão da vontade juridicamente válida por meio do consentimento dos sujeitos envolvidos nas relações médico-paciente ou pessoa-a-pessoa. É tarefa extremamente complexa definir quando o consentimento é fornecido de forma válida e, portanto, capaz de gerar os efeitos que dele se espera, isto é, saber em que medida o consentimento possui vício capaz de lhe retirar a validade.

Sustenta-se que o consentimento, principalmente e especialmente em casos que envolvem questões éticas e morais, deve ser livre e esclarecido; isso porque o

consentimento está vinculado diretamente à noção de dignidade, liberdade, autonomia privada e aos direitos fundamentais do sujeito.

A expressão *consentimento* possui emprego variável, pois significa manifestação de vontade no plano dos negócios jurídicos patrimoniais e assume diversas formas jurídicas documentais, os chamados termos de consentimento, exigidos e recomendados por códigos de ética para serem utilizados na prática cotidiana de tratamento de saúde e na realização de pesquisas envolvendo seres humanos.

Ao termo consentimento agrega-se os adjetivos livre e esclarecido, sempre que for exigido nos atos ou negócios de disposição corporal. A expressão consentimento informado (*informed consent*), resultante da orientação Bioética Norte-Americana, também pode ser utilizada, determinando que o consentimento deve ser previamente esclarecido por aconselhamento médico-científico.

No Brasil, desde 1996, adota-se a terminologia Consentimento Livre e Esclarecido (CLE), conforme a Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 196/1996, que dispõe sobre ética em pesquisa com seres humanos.

A Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina utiliza de maneira indistinta as expressões consentimento informado livre e esclarecido ou termo de consentimento livre e esclarecido (CFM, 2022). Por esse motivo, consentimento informado ou termo de consentimento informado são expressões genéricas utilizadas nos formulários das clínicas de reprodução assistida destinados a pessoas que buscam seus serviços (MENEGON, 2004).

Pelas regras estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina, o consentimento informado é obrigatório, e as clínicas de reprodução assistida devem obter o termo de consentimento informado e o termo de compromisso devidamente assinados pelo (s) autor (es) do projeto parental e pela gestante de substituição. Quanto à natureza jurídica, ao se considerar as características mencionadas na Resolução nº 2.320/2022 do CFM, é possível afirmar que se assemelha a um verdadeiro contrato, com prescrições de regras e estabelecimento de ações decorrentes da expressão da autonomia dos sujeitos.

É possível, ainda, identificar duas fases, uma de formulação e outra de emissão do consentimento. A primeira pode ser identificada como uma fase pré-contratual, na qual são detalhadas todas as dúvidas, condições, chances de sucesso, riscos e possíveis falhas dos procedimentos. Na segunda, situam-se os requisitos

formais de validade a exemplo do que ocorre na celebração de contrato, não importando a gratuidade da relação negocial típica da gestação de substituição, no direito brasileiro. Neste particular, é importante destacar que os ônus com os custos da aplicação da técnica, manutenção da saúde e bem-estar da cessão temporária do útero, e ainda as despesas com o parto e registrares, não alteram, em tese, a natureza gratuita do negócio.

As resoluções anteriores utilizavam a expressão contrato ao que a resolução atual preferiu denominar de termo de compromisso: “c) 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”.

É possível interpretar as constantes alterações das expressões contidas nas Resoluções como uma tentativa de conduzir à ideia de que não existe a formação de um contrato, no sentido de negócio jurídico patrimonial. Na realidade, o termo de compromisso referido nas Resoluções de 2015, 2017, 2020 e 2020, é – sem dúvida – o acordo que estabelece inclusive a determinação da filiação da criança, produto da RA por gestação de substituição.

Portanto, segundo a redação da resolução em vigor, sempre será necessária – para a realização da técnica de reprodução assistida, seja ela homóloga ou heteróloga – a assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido, bem como do termo de compromisso que fixa a filiação.

O sujeito (doador) pode transferir a outrem elemento físico, mas essa doação (*dom*) não confere ao receptor direitos patrimoniais análogos à propriedade ou a qualquer direito dessa espécie. Cabe notar que as relações entre os serviços médicos e os solicitantes da aplicação da técnica de RA são de natureza puramente contratual e patrimonial.

No plano normativo, em sentido estrito, seguindo a orientação internacional, o consentimento livre e esclarecido encontra suas bases constitucionais no princípio da autonomia da pessoa, consagrado na Constituição Federal, no art. 5º, que estabelece a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais.

No mesmo sentido, a Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97), no art. 9º, § 3º e § 4º, detalha as condições para que o consentimento para doação de órgãos possa ser considerado válido, determinando que o disponente examine os aspectos relativos à natureza e especificidade do órgão a ser doado, os riscos presentes e supervenientes à integridade física e mental. Esses aspectos a serem levados em

conta pelo “doador” devem ser objeto de aconselhamento médico e, em alguns casos, sofrem o controle do Ministério Público (GEDIEL, 2000a, p. 23).

Do mesmo modo, o consentimento informado está previsto na Lei nº 10.205/01, que disciplina a coleta, armazenamento e distribuição de sangue e hemoderivados. A necessidade do consentimento prévio, livre e esclarecido, por escrito, também é a regra geral para a participação de seres humanos em qualquer pesquisa científica, como previsto na Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), em seu item IV: “O respeito devido à dignidade humana exige que toda pesquisa se processe após consentimento livre e esclarecido dos sujeitos, indivíduos ou grupos que por si e/ou por seus representantes legais manifestem a sua anuência à participação na pesquisa”⁴.

Apesar dessas previsões normativas, a natureza jurídica do consentimento para intervenções corporais com finalidades médicas ou científicas continua controversa. Considerá-lo um negócio jurídico significaria reconhecer a disponibilidade plena do corpo pelo sujeito. Por essa razão, o consentimento é definido, geralmente, como um ato jurídico em sentido estrito, que autoriza a intervenção em bens jurídicos protegidos (seja o corpo tangível ou as informações dele derivadas).

Na mesma linha de entendimento, a Resolução nº 466/12 do CNS estabelece que as pesquisas em seres humanos só podem ser realizadas após a aprovação do projeto por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP). Determina, igualmente, os critérios a serem examinados pelos comitês em relação à proteção dos participantes da pesquisa, expressa nos princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência.

A Resolução nº 466/12 do CNS estabelece requisitos de forma para a validade do consentimento, isto é, que ele seja obtido por escrito após a aprovação do projeto de pesquisa e do termo de consentimento pelo comitê de ética. Por outro lado, impõe limites materiais às realizações de pesquisa (qualidade técnica, ponderação de riscos e benefícios); extrapolados esses limites não tem validade o consentimento, em vista da ilicitude do objeto.

⁴ A definição de consentimento livre e esclarecido consta do item II.11: “**II.11 - Consentimento livre e esclarecido** - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa”.

O princípio da finalidade específica do consentimento dirige-se, na hipótese de pesquisas com seres humanos, à proteção da autodeterminação e da intangibilidade corporal. Ele é, em verdade, decorrência do próprio princípio do consentimento, na medida em que a alteração da finalidade sem a devida informação ao participante da pesquisa e a obtenção de sua concordância equivaleria a uma pesquisa sem o consentimento.

No entanto, em relação aos elementos materiais e imateriais destacados do corpo humano, no caso de alteração da finalidade inicial, não é a pessoa, o seu corpo biológico, que será submetida a uma pesquisa para a qual não consentiu. Trata-se de saber se a pessoa mantém alguma ligação com os elementos tangíveis e intangíveis destacados do seu corpo, ou melhor, se a pessoa ainda guarda algum poder de controle sobre eles.

A rigor, as amostras e dados recolhidos para uma determinada pesquisa não podem ser aproveitados para outros fins sem um novo consentimento livre e esclarecido. É o que se depreende de uma aplicação rigorosa do princípio da finalidade específica do consentimento. A Resolução nº. 466/12 do CNS determina expressamente que a pesquisa deve “utilizar o material biológico e os dados obtidos na pesquisa exclusivamente para a finalidade prevista no seu protocolo” (item III.3. “t”).

Pode-se concluir, portanto, que a natureza do objeto, os aspectos finalísticos e a rigidez dos requisitos de validade dos atos de disposição corporal exigidos pelo direito brasileiro evidenciam a impossibilidade de o sujeito dispor ou adquirir elementos derivados do corpo humano, no sentido de um direito patrimonial.

No Brasil, é preciso notar, ainda, que não há legislação específica sobre o direito de decidir sobre o acesso e fluxo dos dados pessoais genéticos, reconhecido com base na proteção da intimidade consagrada tanto no art. 5º, X, da Constituição Federal quanto no artigo 21 do Código Civil.

Dada a inviolabilidade dos dados pessoais, constitucionalmente prevista no art. 5º, XII, é possível concluir que o tratamento de dados pessoais exige o consentimento do interessado, ou determinação expressa de lei. Para além do princípio da autonomia da pessoa, o acesso e uso de dados pessoais deve observar o princípio da boa-fé, assegurando que uso desses dados seja legítimo e proporcional.

A exigência do consentimento livre e esclarecido para coleta dos dados genéticos, previsto no art. 8º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, é decorrência do princípio da autonomia da pessoa relativamente a seu corpo, sua vida e saúde. E, no caso do acesso e uso dos dados genéticos, a autonomia da pessoa está ligada, sobretudo, à proteção da esfera privada. A tutela da vida privada e da intimidade tem como fundamento a liberdade individual, na medida em que por meio dela se delimita um espaço de autonomia relativamente a aspectos imateriais do ser humano, com vistas em que o indivíduo não sofra interferências indevidas da sociedade ou do Estado. O desenvolvimento tecnológico da informática, da medicina e das biotecnologias demandou que se incluísse na esfera de proteção da vida privada e da intimidade o controle sobre os dados pessoais. (CORREA, 2006, p. 87)

A Resolução 340/04 do Conselho Nacional de Saúde (CNS, 2004) trata especificamente das informações genéticas. O item IV.1, “h” dessa Resolução limita-se a determinar que o protocolo de pesquisa apresente aos Comitês de Ética em Pesquisa as medidas de garantia da privacidade e confidencialidade das informações, sem, entretanto, especificá-las. A garantia do sigilo e da privacidade deve, ainda, constar expressamente no termo de consentimento (item V.1, “b”).

O dever de sigilo está igualmente previsto, nos seguintes termos:

III.11 - Os dados genéticos resultantes de pesquisa associados a um indivíduo identificável não poderão ser divulgados nem ficar acessíveis a terceiros, notadamente a empregadores, empresas seguradoras e instituições de ensino, e não devem ser fornecidos para cruzamento com outros dados armazenados para propósitos judiciais ou outros fins, exceto quando for obtido o consentimento do sujeito da pesquisa.

Essa Resolução contém disposições de proteção e controle sobre as informações genéticas pessoais, que incluem o poder do participante de decidir sobre o armazenamento ou destruição dos dados coletados para a pesquisa, o direito de acesso aos bancos de dados genéticos, bem como o de exigir sua retirada e de autorizar, ou não, a anonimização dos dados.

No que diz respeito às utilizações futuras dos dados genéticos não previstas no termo consentimento, a Resolução 340/04 do CNS exige a obtenção de novo consentimento e aprovação de novo protocolo de pesquisa. Não obstante, seguindo a tendência internacional de regulação da matéria, abre margem para a dispensa do dever de obter o consentimento, condicionada à aprovação de um CEP.

Mesmo que não se adote como regra geral a dispensa de consentimento, em praticamente todos os documentos ético-jurídicos examinados está prevista essa possibilidade, ainda que, em tese, excepcionalmente. Admite-se, sobretudo, nos

casos em que a obtenção de novo consentimento afigura-se impossível ou exija esforços pouco razoáveis – como no caso das coleções pré-existentes.

Essa tendência foi recepcionada pela Res. 340/04 do CNS, ao permitir o uso das amostras e dados sem novo consentimento, desde que aprovadas por um comitê de ética (item V, “e”).

Desse modo, embora o consentimento ocupe o centro do debate em torno dos dados genéticos humanos em relação ao respeito à vida privada, percebemos uma clara relativização de sua exigência, devido ao deslocamento do problema para garantia da confidencialidade dos dados. Assim, a questão se orienta pela necessidade de obter o consentimento para a coleta.

Para os futuros usos das amostras e das informações a elas associadas, importa, sobretudo, a discussão sobre a proteção dos dados pessoais, a garantia da confidencialidade e as possibilidades de tornar as amostras e os dados não-identificáveis, seja pela codificação ou pela anonimização definitiva.

A anonimização, quando ela é possível do ponto de vista técnico-científico – o que depende da natureza da pesquisa –, resolve, segundo a Resolução, em boa parte, os “problemas ético-jurídicos” relativos à proteção da vida privada da pessoa.⁵ Ela dissocia os dados genéticos do indivíduo de origem e, dessa forma, facilita a sua circulação entre instituições científicas e, também, no mercado.

Assinale-se que, mais uma vez, é a autonomia do sujeito que autoriza essa dissociação, visto que para tornar os dados anônimos é preciso obter, por escrito, o consentimento da pessoa que forneceu as amostras. Esse princípio está consagrado na Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO e foi recepcionado por vários ordenamentos jurídicos europeus e, no Brasil, pela Resolução n.º 340/04 do Conselho Nacional de Saúde.

A Lei n. 11.105/2005 é bastante peculiar, pois trata da biossegurança, dos organismos geneticamente modificados (OGM) de origem vegetal e animal, e de vários aspectos da pesquisa genética em seres humanos. No que se refere ao genoma humano, essa Lei não regula a matéria nos moldes da Declaração Universal sobre o Genoma Humano da UNESCO, mas pressupõe, com base no texto constitucional, que esse aspecto concerne à dignidade da pessoa humana. Nesse

⁵ A anonimização dos dados, por outro lado, suscita o problema da impossibilidade de informação sobre os resultados da pesquisa à pessoa que forneceu as amostras biológicas. Por isso, precisa ser justificada e aprovada pelo Comitê de Ética, segundo item III.8 da Res. n.º 340/04 do CNS.

sentido, o art. 6º dessa Lei estabelece que: “Art. 6º Fica proibido: III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano”. A atividade de engenharia genética, por sua vez, é definida no art. 3º, IV dessa Lei como “atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante”.

A partir dessas normas genéricas, pode-se entender que, no Brasil, a integridade do genoma humano encontra-se protegida, na medida em que é proibida qualquer manipulação que possa ser transmitida geneticamente às gerações futuras.

A mistura de DNAs de indivíduos humanos diversos, ou de DNA humano, animal ou outros é proibida, em virtude do contido dos artigos 3º e 6º da Lei 11.105/2005 (BRASIL, 2005), citados no item anterior, que afasta a possibilidade de manipulação genética em qualquer de suas modalidades.

A seleção de critérios genéticos na reprodução assistida encontra seu quadro ético-jurídico condicionado ao princípio da dignidade humana, que inclui a proibição de discriminação de qualquer natureza. Seguindo esses parâmetros ético-jurídicos, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.320/22 é o dispositivo deontológico em vigor a ser seguido pelos médicos no Brasil, estando revogada a Resolução CFM nº 2.294/21. Essa Resolução garante às famílias monoparentais e aos casais unidos ou não pelo matrimônio a igualdade de direitos para dispor das técnicas de reprodução assistida, com o papel de auxiliar no processo de procriação.

As técnicas de RA têm o papel de auxiliar no processo de procriação humana, podendo ser utilizadas para doação e preservação de gametas e para a preservação de embriões e tecidos germinativos, desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde dos envolvidos.

A lógica do sistema que privilegia as doações anônimas, tanto para o doador quanto para o receptor, conduz à possibilidade da utilização dos gametas após a morte do doador, ao mesmo tempo em que impede a identificação do doador para fins de estabelecimento de laços de parentesco. A identificação do doador permitida para fins de tratamento médico não quebra o sigilo, pois somente os profissionais médicos têm acesso a essa informação, podendo utilizá-la, unicamente, para fins terapêuticos.

Em síntese, mesmo nos atos ou negócios jurídicos de disposição corporal, a vontade é a causa jurídica na formação das relações jurídicas negociais e o consentimento informado é a expressão acabada dessa vontade, com valor jurídico, vinculando as partes.

Segundo a natureza do negócio ou contrato, serão necessárias para sua existência, validade e eficácia a verificação da capacidade de exercício das partes, licitude, possibilidade, a determinação do objeto, a forma exigida ou proibida pela lei, e a ausência de possíveis vícios capazes de eivar a relação jurídica a atingir seus efeitos.⁶

De acordo com a visão tradicional da doutrina civilista (MONTEIRO, 1966), o consentimento é um elemento dos atos jurídicos, expresso através da aquiescência (autorização, manifestação de vontade favorável) e, em algumas oportunidades, mediante o silêncio, gerador de efeitos jurídicos obrigacionais. Sob essa ótica, a proteção do consentimento é meramente formal, atuando contra vícios que possam macular o exercício pleno da vontade e a capacidade de exercício de direitos.

Contudo, a partir da formulação da boa-fé objetiva como pressuposto de validade e de eficácia dos negócios jurídicos, o Código Civil Brasileiro prevê os artigos 113, inciso III e 422. O princípio da boa-fé tem como objetivo enquadrar e alinhar o comportamento das partes no âmbito civil. Ou seja, quando estamos diante do negócio jurídico, é necessário que haja boa-fé entre as partes, no que diz respeito ao comportamento contratual e negocial. Por outro lado, na esfera familiar, há uma exigência de comportamento coerente, objetivando a lealdade e a honestidade.

O Enunciado nº 26 da Jornada de Direito Civil (2012) explica: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, sempre que necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”

Sobre este enunciado, Martins-Costa (1999) explica:

A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano da mera intenção – boa-fé subjetiva –, para o plano da conduta de lealdade das partes. O Enunciado n. 26, aprovado na I Jornada de Direito Civil, define a boa-fé objetiva como a exigência de comportamento leal das partes. Diante de seu desenvolvimento no Direito Alemão, notadamente por autores como Karl Larenz, a boa-fé objetiva está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial (MARTINS-COSTA, 1999).

⁶ De acordo com art. 108, Novo Código Civil, a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

A boa-fé objetiva indica, portanto, que a simples enunciação da vontade por meio do consentimento não é suficiente para reger o itinerário a ser seguido ao longo da execução das obrigações que constituem o objeto das relações jurídicas em geral e, com mais razão, naquelas que incluem questões referentes aos Direitos da Personalidade e Direito de Família (ibid.).

Nos instrumentos negociais referentes às disposições corporais abrangidas nos processos de gestação de substituição, além dos princípios da boa-fé objetiva aplicam-se os denominados princípios da Bioética. Eles são integrados de maneira direta ou indireta pelo ordenamento jurídico nacional, por exemplo, na CF/88, que trata do princípio da gratuidade das disposições corporais.

Do mesmo modo, o CC/02 nos seus artigos 107, 110, 111 e 112, acolhe a noção de consentimento livre e esclarecido ou informado, que acresce deveres também contemplados pela boa-fé objetiva como o dever de lealdade, cooperação, informação entre as partes, entre outros. Por óbvio, as partes envolvidas na aplicação dessas técnicas possuem não só interesses que podem ser divergentes, mas também profunda desigualdade de posições que interferem, sobretudo, na relação médico-paciente.

As construções teóricas contemporâneas, que orientam os Direitos da Personalidade e o Direito de Família, são reforçados e objetivados pelos princípios e deveres da boa-fé objetiva, que limitam a autonomia da vontade no momento da emissão do consentimento informado, nas situações em que se requer a interpretação desse instrumento.

2.3 CONFIGURAÇÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL: A LIBERDADE E SEUS LIMITES

A Sociologia, a Filosofia e a Teoria do Direito têm apontado a crise do direito estatal e a gradativa perda das suas funções regulatórias, prospectivas ou propositivas. Dentre as possíveis causas desse fenômeno, assinalam a velocidade com que se processa e se comunicam as transformações sociais; a constante e rápida propagação de novos padrões comportamentais; as inovações tecnológicas e o avanço das ciências biomédicas.

Se tais análises são procedentes em relação ao Direito, em todas as suas áreas de abrangência, os efeitos desse processo são mais contundentes no Direito

de Família. Assim, para compreender e apreender as relações familiares, de modo a estabelecer normas jurídicas que possam minimamente atingir um amplo espectro de situações subjetivas existenciais⁷, em que a autonomia privada dos membros que compõem a família é juridicamente valorizada, faz-se necessário, em primeiro lugar, reconhecer a inadequação dos institutos e conceitos tradicionalmente aplicáveis à família.

Na busca de uma estabilidade teórica mínima, o Direito de Família enfrenta, além dessas permanentes e rápidas mudanças sociais, uma outra ordem de dificuldades nas profundas alterações dos fundamentos jurídicos e da metodologia de elaboração das normas jurídicas.

Diante desse conjunto de questões sociais e respostas teóricas, as codificações de caráter abrangente e duradouro perdem espaço para legislações específicas e normas de caráter técnico que se destinam a regular situações restritas e que podem ser alteradas rapidamente.

A dinâmica das relações familiares e as constantes inovações metodológicas que afetam o direito contemporâneo não permitem a adoção de classificações estanques, pois surgem como novas formas de relações familiares para as quais se exige tratamento jurídico específico e dificultam sua inclusão nas áreas já delimitadas pelo Direito de Família.

Além disso, as formas de tratamento jurídico da família passam a admitir maior espaço para a expansão da personalidade dos sujeitos, com a valorização da autonomia privada para tomada de decisões que afetam toda família, ao mesmo tempo que admitem uma maior intervenção estatal judicial nas relações familiares e a presença de terceiros na tomada de decisões relativas aos assuntos da família, como é o caso das mediações privadas.

⁷ A expressão é utilizada por Perlingieri para diferenciar o aspecto material do aspecto formal do direito subjetivo pois, para esse autor, as situações jurídicas dizem respeito ao conteúdo material, enquanto a relação jurídica se refere ao aspecto formal do direito subjetivo. Perlingieri inclui nas situações subjetivas e individuais as chamadas situações individuais e familiares para designar aquelas situações que têm em comum a função de tutela de razões que, na maioria das vezes, transcendem o interesse pessoal do indivíduo, envolvendo aquele do grupo em sua história, também futura (PERLINGIERI, 1997, p. 105-109 e 178-179).

Essas modificações sociais e jurídicas exigem uma constante reflexão e alteração do entendimento do que seja o Direito de Família atual e como ele se estrutura normativamente, do ponto de vista interno.

Situado nesse contexto social e metodológico, o Código Civil Brasileiro de 2002, ao tentar superar a denominada crise da codificação, contempla basicamente dois tipos de norma jurídicas: as que mantêm um perfil tradicional e as que buscam responder mais rapidamente às mudanças antes identificadas.

As primeiras se expressam por meio de sentenças descritivas e prescritivas, cujo sentido último pode ser extraído pelo intérprete por meio de operações lógico-formais. Essas normas também se caracterizam por indicar, na maioria das vezes, claramente, o titular ou titulares dos direitos e deveres e a respectiva sanção pelo seu descumprimento. As do segundo tipo contém conceitos jurídicos indeterminados e princípios que exigem um maior esforço interpretativo dos juristas, e que apresentam uma maior plasticidade em relação às realidades sociais pouco duradouras tão próprias do mundo contemporâneo (TEPEDINO, 2002, p. 142).

Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Código Civil de 2002 e os denominados microssistemas (legislação especial), como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1991), acolhem essas fórmulas legislativas, o que por si só não assegura uma maior aproximação do sistema jurídico com as relações sociais. Por exemplo, a Constituição Federal em seu 5º, *caput*, e no seu artigo 226, §5º, estabelece como princípio jurídico fundamental a igualdade em qualquer tipo de relação jurídica e nas relações jurídicas do Direito de Família.

Para operar em sua plenitude, esse princípio constitucional exige um ambiente social que valorize a igualdade não apenas juridicamente. Sem ingressar na discussão se era necessário ou não a aprovação de um novo Código Civil, é inegável que a rigidez e complexidade da estrutura legislativa codificada se apresenta insuficiente para acompanhar a dinâmica das relações sociais de feição familiar no Brasil e para atender as exigências teóricas da atualidade.

A justificativa apresentada pelo relator geral ao novo Código Civil, em relação ao descompasso entre a lei a sociedade, aponta duas principais lacunas legislativas, que não atende às expectativas da sociedade Brasileira e nem são adequadas ao atual desenvolvimento dos estudos de Direito de Família e à proteção constitucional às várias formações familiares. Sinteticamente, extraem-se os seguintes pontos do parecer do relator, representativos dessa justificativa:

No que tange à chamada união civil de pessoas do mesmo sexo, é coerente que o projeto dela não trate nesta oportunidade, já que essa união não é contemplada, na Constituição Federal, como entidade familiar. É preciso, todavia, que se afastem as posturas farisaicas ou simplesmente ortodoxas e que se atende que em todo o capítulo da família e novo Código Civil dá especial ênfase às relações afetivas. Nesse caso, deveríamos reconhecer que a busca da Felicidade entre 2 pessoas extrapolou a rigidez e o engessamento do direito positivo (FIUZA, 1984, p. 48-49).

As famílias monoparentais, previstas no parágrafo quarto do artigo 226 da Constituição Federal, assim conceituadas para fins de proteção do estado, representam, indubitavelmente, fenômeno social a ser considerado pelo legislador infraconstitucional. Modelo monoparental de família, episódico ou não, deve ter a sua estrutura, extensão e efeitos, disciplinados de forma abrangente, a alcançar as situações que o definem (FIUZA, 1984, p. 48-49).

Tais desafios sociais e metodológicos também foram reconhecidos por Miguel Reale ao estabelecer as diretrizes que orientaram a redação final do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

- a) Preservação do código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu;
- b) Impossibilidade de nos termos a mera revisão do código Beviláqua, a da sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da ciência do direito;
- c) Firmar a orientação de somente inserir no código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam o Código Civil.
- d) Dar nova estrutura ao código, mantendo se a parte geral, Conquista preciosa do direito brasileiro desde Teixeira de Freitas, mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações;
- e) Não realizar, propriamente, a unificação do direito privado, mas sim do direito das obrigações - de resto já uma realidade operacional no país - em virtude do obsolescência do código comercial de 1850 - com a consequente inclusão de mais um livro na parte especial, que, dê início, denominou atividades negociais e posteriormente direito de empresa. (REALE, 2001)

O Direito de Família contido na legislação civil brasileira, codificada ou esparsa, não traz nenhuma definição de família e sequer aponta, exemplificativamente, quais as relações de agregados sociais devem ser tratadas por princípios e regras específicas dessa área do direito legislado. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, no seu artigo 226 parágrafos 3º e 4º, estabelece os contornos da família para o direito vigente, no Brasil:

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Seguindo perspectiva diversa, o Código Civil Brasileiro de 2002 limita-se a indicar, no seu livro IV, que tratará do Direito de Família e passa, imediatamente, a regular o casamento, no subtítulo I, do título I, embora no seu título III trate da união estável como uma entidade familiar nos seguintes termos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Nas lições clássicas de civilistas brasileiros, encontram-se definições de Direito de Família elaboradas com base no Código Civil de 1916 e na legislação anterior a 1988, que dão um tratamento estático, conservador e privatista às relações familiares, tomando o casamento como ponto de partida para a Constituição e análise jurídica da família. Sob essa ótica, Clóvis Beviláqua define o Direito de Família como:

Complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dela resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre Pais e filhos o vínculo de parentesco mais e os institutos complementares, tutela, curatela e a ausência. (BEVILAQUA, 1943, p. 25)

Contudo, a partir da leitura dos dispositivos da legislação, dos códigos civis do século XIX e de definições como anunciada por Beviláqua, pode-se concluir que também constitui objeto do Direito de Família o estabelecimento e os efeitos de relações familiares originadas em fatos, atos ou negócios jurídicos para estabelecer o parentesco, tais como nascimento, consanguinidade, casamento, adoção. A par disso, o Código Civil dispõe sobre as regras que orientam as relações de parentesco, determinando suas formas de estabelecimento, graus e aspectos relevantes.

Para o Direito de Família atual, parentesco é o vínculo que se estabelece entre pessoas que descendem uma das outras, ou de alguém em comum. A descendência biológica aparece como elemento tradicionalmente salientado pelo direito, sobre o

qual se funda esta espécie de vínculo social juridicamente denominado de parentesco natural pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1593.⁸

Entretanto, o parentesco se estabelece, também, pelo casamento, aliando cada um dos cônjuges aos parentes do outro. Esta espécie de parentesco é definida pelo direito como “parentesco de afinidade”, conforme dispõe o artigo 1595 do referido código. Há, também, o parentesco que se estabelece com base na adoção, vinculando o adotado ao adotante e aos seus parentes, com idênticos efeitos ao parentesco consanguíneo, é o que se retira do artigo 1596 do código. Tanto vínculo de afinidade quanto a adoção são classificados como parentesco civil, nos termos do mencionado artigo 1593. É necessário destacar que o Código Civil regula, minudentemente, a filiação nos artigos 1596 e 1629, por se tratar da relação de parentesco que gera um maior número de efeitos pessoais e patrimoniais.

O parentesco é, assim como o casamento é essencial para a compreensão das relações jurídicas de Direito de Família. Nesse sentido, determina a existência de impedimento matrimonial, de acordo com o artigo 1521 do Código Civil. Nas relações jurídicas processuais, a noção de parentesco atua na definição de legitimação processual em questões relativas à oposição de causas suspensivas da celebração do casamento, no artigo 1524; serve também para determinar a legitimidade processual e deveres, nos casos de interdição, tutela e curatela, nos artigos 1731, 1768, 1775; servindo, ainda, para definir os sujeitos da obrigação alimentar regulada nos artigos 1694 a 1710.

Em sentido amplo, o parentesco também tem relevância jurídica como pressuposto para atribuição de direitos sucessórios, determinando a noção de herdeiros legítimos e necessários, no artigo 1845, e exigível para o instituto da representação legal, no artigo 1851, e para determinar a ordem da vocação hereditária, nos artigos 1829 até 1843. Com base nessas relações de parentesco se estrutura a formação social do grande grupo familiar, ou família ampliada, organizada em torno de laços de solidariedade e consanguinidade.

No Direito de Família atual, algumas relações de parentesco geram escassos efeitos jurídicos, como ocorre entre primos, parentes em terceiro grau, artigo 1521, IV. Contudo, tais relações servem para determinar o status familiar, ou seja, a posição de um sujeito na família e seus reflexos na ordem jurídica, resultando daí a incidência de

⁸ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

determinadas normas jurídicas e, conseqüentemente, direitos, deveres e ônus, como, por exemplo, o exercício da tutela e da curatela previsto no artigo 1731, inciso II do Código Civil.

O conceito jurídico de status familiar se articula com o conceito de estado civil quando decorre do casamento ou da união estável, determinando a qualificação civil do sujeito, ou seu estado civil. O status familiar também se reflete sobre a capacidade jurídica do sujeito e seu exercício: lei atribui ao pai ou a mãe o direito de representação, assistência dos filhos absoluta ou relativamente incapazes para a prática de atos civis, nos artigos 5º, inciso II, e 1634, inciso V, do Código Civil.

A afirmação política da liberdade e da igualdade jurídica de todos perante a lei teve como consequência lógica a perda da centralidade da noção jurídica de status entre os componentes de uma mesma comunidade nacional regidas pela lei estatal. Apesar de seu enfraquecimento, o status de nacional ou estrangeiro continua a diferenciar a aplicação da ordem jurídica estatal moderna a partir da nacionalidade. Do mesmo modo que o Código Civil francês de 1804, que mantém o status de nacionalidade como critério restritivo de direito dos estrangeiros e indicativo da posição dos nacionais, artigos 18 a 33.⁹ Os demais códigos que lhe seguiram mantêm a noção de status de nacionalidade, civil e familiar para designar posições desiguais dos sujeitos em determinados tipos de relações jurídicas específicas.

Nas relações jurídicas regidas pelo Direito de Família, na atualidade, a permanência do status sofre uma alteração radical em sua função ao se conformar ou obedecer ao cânone da igualdade entre os membros da família e serve, sobretudo, para identificar as diferenças ou desigualdades e assegurar tutelas específicas a alguns membros da família. Portanto, o Direito de Família contemporâneo, embora tenha como foco principal o grupo familiar reduzido (cônjuges, pais e filhos), se utiliza e regula a noção de status, se valendo da noção de parentesco para tratar distintamente os sujeitos em suas relações familiares.

No regime do Código Civil de 1916, o parentesco consanguíneo classificava-se em legítimo e ilegítimo; se proveniente, ou não, de matrimônio válido, ou putativo, ou inválido. Essa classificação não foi recepcionada pela Constituição de 1988, que proibiu toda espécie de discriminação que possa trazer prejuízos na aquisição de direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

⁹ Código Civil Francês, 2006.

Destaca-se, ainda, que o Direito de Família vigente não abrange com suas normas todas as relações que podem ser socialmente reconhecidas como relações familiares, a exemplo do que acontece com a união entre pessoas do mesmo sexo. Tal tarefa, no Brasil, coube ao Poder Judiciário ao julgar a ADIN nº4277 (BRASIL, 2011a) e ADPF nº 132 (BRASIL, 2011b) (união estável para casais do mesmo sexo) de 2011, onde previu a união homoafetiva. Desta forma, entende-se que todos os artigos do Código Civil devem ser interpretados à todas as pessoas, não somente casais heterossexuais.

Muitas são as espécies de família, e, apesar de todas estarem protegidas constitucionalmente, nem todas estão protegidas por legislações específicas, mas somente pelo reconhecimento judicial, como é o caso das relações homoafetivas, como aponta Maria Berenice Dias (2015):

A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como família marginal, ilegítima, espúria, impura, adulterina, informal, não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório e estão banidas do vocabulário jurídico. (DIAS, 2015)

O Direito de Família não se limita a regular os fatos jurídicos que originam essas relações, visa também dispor sobre os efeitos jurídicos que elas produzem entre os sujeitos envolvidos e entre esses e terceiros, aí compreendido o Estado. Resulta, daí, a peculiaridade do objeto do Direito de Família e de sua expressiva presença normativa na Constituição Federal, no Código Civil e na legislação especial.

Dessa configuração normativa, é possível formular uma definição atual do Direito de Família brasileiro, como o conjunto de normas jurídicas que se destinam a reger determinadas relações, suas principais formas de estabelecimento, efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais, os direitos e deveres para os sujeitos que a constituem, destinando-lhes proteção especial do Estado, tendo em vista a valoração positiva que a organização familiar, juridicamente reconhecida, tem junto à sociedade e ao Estado Democrático de Direito.

Antecipando a visão atual, Pontes de Miranda, ao examinar a peculiaridade do objeto, da configuração e das fontes normativas do Direito de Família, adverte que:

Se alguma lei ordinária regular o abandono de família (direito civil ou penal), não se protegerá somente a família ligada um par casado com indissolubilidade do vínculo conjugal, mas, em geral, a família, se bem que caiba a legislatura ordinária fixar os pressupostos para a incidência das regras da lei. Se alguma lei penal considera agravante ato praticado contra pessoa da família do acusado, família não é só aquela em que há o ponto de partida, de um casamento a vínculo. Em verdade, há dois conceitos, que foram emcambulhados no texto constitucional, sem que de tal associação se possam tirar conclusões contrárias ao que a própria Constituição quis proteger em capítulo especial. Seria desconhecer-se o intuito ético-político do legislador constituinte, que não pretendeu defender só a instituição jurídica, mas a família como instituição social. (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 53)

O Direito de Família se caracteriza, em primeiro lugar, por regular fatos, atos e negócios jurídicos, como o casamento e a procriação, determinando os pressupostos e condições para que façam surgir a família com especial significado para o direito e possibilitando a atribuição de direitos subjetivos e o estabelecimento de deveres aos sujeitos, definidas condições subjetivas tuteladas, nos limites e entre os membros do agregado familiar e fora dele.

As relações jurídicas familiares reguladas pelo Direito vigente podem ter conteúdo puramente pessoal, ou econômico patrimonial, como as obrigações alimentares e administração dos bens dos filhos menores. Acrescente-se que esses deveres e direitos de cunho patrimonial são, em geral, inseparáveis dos direitos pessoais, uma vez que as relações econômicas são travadas entre um e outro membro do grupo familiar em decorrência do status ou posição jurídica que ocupam nesse grupo.

Pondere-se, também, que as relações de caráter econômico reguladas pelo direito patrimonial de família têm funções distintas daquelas comumente estabelecidas entre sujeitos de direito, ou seja, não se orientam apenas pela lógica individualista, mas se destinam a atingir finalidades que ultrapassam os fins individuais e se identificam com interesses comuns do grupo.

Apesar da complexidade das relações jurídicas familiares e da pluralidade de interesses e finalidades patrimoniais nelas presentes, Lehman adverte que seria errôneo considerar o Direito de Família como uma parte do direito público, em face da relevância dos interesses comuns. Com efeito, os interesses da comunidade ou da sociedade familiar, cuja proteção realiza o Direito de Família, não são inteiramente coincidentes com os do estado e dos organismos públicos.

A par disso, os poderes e deveres que o Direito de Família atribui aos membros da família não se lhes conferem no interesse do estado, mas sim no

interesse desta organização peculiar que é a família. Daí se falar em poderes-função, como é o caso do poder parental, cujo exercício está vinculado a uma qualificação jurídica específica dos sujeitos e suas funções (LEHMANN, 1953, p. 12-13).

A natureza predominantemente privada das relações jurídicas familiares também é evidente, pois ao lado desses poderes-função há verdadeiros direitos subjetivos individuais, os quais tutelam os interesses particulares dos sujeitos como tais e servem especificamente ao pleno desenvolvimento da personalidade desses sujeitos de direito, sem que isso impeça sua inserção na comunidade familiar, como ocorre com o direito a pleitear judicialmente o reconhecimento da filiação (SANTORO-PASSARELLI, 1967, p. 53-54).

Com base nessa especificidade e complexidade de interesses que estão envolvidos nas relações jurídicas de Direito de Família e da natureza dos direitos subjetivos dos quais são titulares os sujeitos que as estabelecem, alguns autores, em especial Savatier, chegaram a defender a personalização jurídica da família, que passaria a ser tratada como uma pessoa jurídica titular de direitos e deveres distintos daqueles atribuídos aos seus membros, individualmente considerados (SAVATIER, 1964, p. 53).

Ao desenvolver a teoria da personalidade jurídica da família, Savatier aponta alguns direitos, deveres e poderes, da pessoa jurídica família e não de seus membros, tais como: o direito ao nome, patronímico; poderes conferidos aos pais como representantes qualificados do grupo; direito de propriedade dos bens de família; direito sobre as sepulturas; direito aos abonos de família; direito a locação e a preferência para aquisição do bem locado (SAVATIER, 1964, p. 114).

José Lamartine Corrêa de Oliveira, tem a mesma convicção, reconhecendo a aptidão do grupo familiar a ser reconhecido como pessoa jurídica, por ter desta as mesmas características ontológicas e estruturais. Entendemos que não haja necessidade do recurso à personalidade jurídica, pois o direito tem admitido com frequência a existência de tipos variados de sujeitos de direito, dotados de capacidade e legitimidade para cujo exercício é dispensado o enquadramento como pessoa jurídica, a exemplo de outras entidades (dentre outras, a massa falida, condomínio de edifícios, consórcios, espólio, e as sociedades em comum e em conta de participação, estas duas disciplinadas nos arts. 986 a 996 do Código Civil de 2002). (LÔBO, 2004, p. 2)

Em sentido oposto, autores que não aceitam a família como pessoa jurídica afirmam que os agregados familiares não satisfazem as condições de personalização, pois para que uma organização tenha personalidade jurídica é preciso que possua

interesses e patrimônios distintos de cada um dos indivíduos que o compõem. Seguindo essa mesma linha de pensamento, alguns autores admitem que a família pode ter por base a sociedade conjugal, mas seus interesses e finalidades não se esgota nessa sociedade, porque é composta de indivíduos que também se encontram vinculados entre si em decorrência de outras espécies de relações jurídicas distintas das que regem a sociedade conjugal (RIGAUX, 1971, p. 126-127).

Embora já se encontre superada, a disputa teórica em torno da personalização jurídica da família mantém sua utilidade para explicitar a natureza das relações e dos interesses jurídicos familiares, a intervenção do Estado nessas relações, e os aspectos determinantes das características dos atos, negócios jurídicos e normas do Direito de Família.

A permanência do Direito de Família e das relações jurídicas familiares no campo do direito privado e sua convivência e interpenetração com princípios e regras constitucionais e com normas imperativas de interesse público exigem, por outro ângulo, a permanente reflexão dos juristas sobre o sentido e alcance da liberdade ou autonomia privada nos negócios jurídicos familiares, sobretudo porque as normas que contemplam o interesse público sobre a família e seus membros são, em geral, irrenunciáveis.

Observa-se que a tutela do interesse superior da família e seus membros, por normas imperativas de ordem pública, coloca em questão a existência ou não da autonomia privada, em sentido amplo, no estabelecimento de relações jurídicas familiares, embora o exame do ordenamento jurídico civil não deixe dúvidas quanto a importância da atuação individual voluntária dos sujeitos para a constituição e manutenção dessas relações jurídicas. Admite-se, desse modo, a presença da autonomia privada, bastante reduzida nos negócios jurídicos familiares, diante da incidência de normas de ordem pública, principalmente sobre os efeitos dos negócios de natureza puramente pessoal.

Decorre dessa natureza especial ou híbrida dos interesses da família e de seus membros – os quais se refletem sobre o perfil das normas de Direito de Família e provocam a diminuição da autonomia privada para estabelecer os efeitos nos negócios jurídicos familiares – algumas características típicas desses negócios jurídicos familiares que, de um modo geral, são personalíssimos, formais, nominados e legítimos.

Os negócios familiares são, via de consequência, personalíssimos, porque os interesses do grupo devem ser diretamente perseguidos pelo sujeito a quem autonomia é reconhecida, advindo daí uma quase total ou absoluta exclusão da representação na realização desses negócios, uma vez que os interesses em jogo exigem a valoração intransferível pelo indivíduo, membro da família, tarefa dificilmente realizável por terceiro representante.

Os negócios familiares são formais, isto é, estão vinculados a uma determinada forma, podendo ser solenes. A solenidade decorre da natureza da documentação exigida e, outras vezes, da ritualidade da declaração, como ocorre no casamento, artigos 1533 e 1535 do Código Civil.

Os negócios familiares são nominados, sendo concretizáveis somente por meio da utilização das figuras negociais previstas especificamente pela lei. Isso significa dizer que sua causa é típica, ou seja, singularmente estabelecida pela lei, englobando a justificação social e a razão determinante do negócio. Ao dizer que a causa é típica, conclui-se que não pode ser ilícita, mas que pode faltar, como na hipótese de pedido de reconhecimento de filho de outrem.

Os negócios familiares são legítimos, no sentido que autonomia privada não pode modificar todos os efeitos do negócio para além do limite assinalado pela causa. Em regra, também não podem estar sujeitos a termo ou condição, cuja oposição seria ineficaz, uma vez que os negócios produzirem todos os seus efeitos previstos em lei, segundo o tipo de negócio.

Como se vê, a margem de atuação do sujeito com base em sua autonomia privada nessa espécie de negócio fica reduzida à iniciativa de sua realização, portanto, ao plano de uma existência e validade. Essa é a regra comum no que se refere aos negócios de natureza pessoal ou não patrimonial, que pode ser estendida alguns, mas não a todos, os negócios familiares de cunho patrimonial, tanto que se pode, e.g., estabelecer termo para cumprimento de obrigação alimentar.

Por outro lado, não é permitido limitar por meio de fixação de termo ou condição os efeitos pessoais nessa espécie de negócio jurídico, de tal sorte que o casamento, por exemplo, não pode contemplar condição resolutiva, suspensiva ou termo, quer seja inicial, quer seja final, nem se pode reconhecer filho ou adotar mediante termo ou condição. Finalmente, cabe ressaltar que para a existência e validade dos negócios jurídicos de Direito de Família, a intervenção da autoridade

pública, como se verifica no casamento e na reconciliação dos cônjuges, é expressiva ou até mesmo essencial.

No que se refere às principais características dos direitos subjetivos de natureza familiar, constata-se que eles decorrem da peculiaridade das relações estabelecidas entre os sujeitos, da pluralidade de interesses envolvidos e da significativa intervenção do estado por meio da lei, do poder judiciário e do Ministério público na Constituição no desenvolvimento dessas relações.

Apesar dessas características marcantes das relações e dos direitos subjetivos, no Direito de Família, há sempre que se levar em consideração os interesses familiares em conexão com as individuais, ao passo que em qualquer outro ramo do direito privado os direitos tendem a satisfazer as necessidades puramente individuais. Os indivíduos, ao estabelecerem relações jurídicas típicas do Direito de Família, não tem por objetivo único a aquisição de direitos subjetivos em sua acepção restrita, ou seja, a assunção de poderes jurídicos a serem exercidos sobre os outros sujeitos.

No Direito de Família, o conteúdo dos direitos subjetivos é composto de um complexo de poderes e deveres cuja titularidade se alterna ou se modifica entre os sujeitos da relação. Decorre daí que a violação ou abuso do dever assim imposto, ou simples mau uso das faculdades que emanaram deste dever, levam a sua privação por meio da prescrição ou da renúncia.

Segundo critérios bastante variáveis e que podem partir ou levar em consideração tanto a natureza ou tipo do negócio jurídico e das relações envolvendo os membros da família, ou enquanto o conteúdo e finalidades desses negócios e relações, os civilistas tradicionalmente dividem o conjunto de normas identificadas como pertencentes ao Direito de Família em 3 blocos: direito matrimonial, que trata dos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, direito parental e direito tutelar.

Pontes de Miranda propõe a divisão do Direito de Família em 2 partes: uma dedicada à sociedade conjugal e suas consequências morais, pessoais e patrimoniais; e outra à sociedade parental, contendo normas relativas à fixação dos parentescos, do pátrio poder, tutela, curatela e ausência. Por outro lado, indica as peculiaridades do Direito de Família, sua proximidade com o direito administrativo, e a emergência dos direitos individuais dos membros da sociedade familiar, bem como a natureza patrimonial e extrapatrimonial desses direitos (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 164).

É justamente nesse contexto das relações jurídicas familiares, em que os interesses individuais se entrelaçam com interesses do grupo familiar, que se situam as questões sobre os atos e negócios jurídicos de disposição corporal para a gestação de substituição, envolvendo o projeto parental com a utilização da esfera corporal de terceiro externo, o útero.

Esse processo de gestação de uma criança é precedido da tomada de decisões dos sujeitos envolvidos na reprodução, e tais decisões interferem nos direitos existenciais de todos os participantes e se espraiam para atingir os direitos de paternidade, maternidade e filiação do produto da gestação.

O percurso da família e do Direito de Família atravessado por mudanças sociais e tecnológicas, como visto, é parcialmente captado por normas jurídicas, mas deixa em aberto ou não consegue acompanhar as possibilidades de interferência da vida familiar das novas tecnologias reprodutivas disponíveis no mercado, e não consegue dar respostas mais precisas sobre o conflito entre os interesses do grupo familiar e os interesses individuais dos componentes da família.

O Direito de Família atual se encontra, portanto, marcado pela ordem pública localizada na esfera estatal, pelos interesses sociais dos grupos familiares e pelos interesses individuais de cada um dos membros da família, por isso, o exercício da autonomia corporal pode entrar em conflito com tais limites ou ensejar a violação de direitos indisponíveis, de natureza pública ou social, como é o caso da maternidade, da filiação e da identidade genética.

3 DIREITO E TÉCNICAS REPRODUTIVAS

3.1 TÉCNICAS REPRODUTIVAS E GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A análise jurídica da aplicação das técnicas reprodutivas que utilizam a gestação de substituição tem como ponto de partida o debate sobre a licitude dessa gestação, em virtude dos efeitos sobre a esfera dos Direitos de Personalidade dos sujeitos envolvidos e dos direitos existenciais do produto dessa gestação, no plano familiar. A análise da licitude da aplicação da técnica, por si só, representa um limite para a autonomia corporal.

O entendimento favorável à licitude da gestação de substituição tem seu fundamento na premissa de que o ato de ceder, temporariamente, o útero para a gestação de criança a ser entregue àqueles que manifestaram o desejo de concebê-la e tê-la como filho(a) torna-se legítimo por meio do exercício da autonomia do sujeito.

Além disso, pode ser levantado um argumento em prol da isonomia quanto à disponibilidade e a utilização de meios técnicos a homens e mulheres, que apresentem impossibilidade biológica de gerar um(a) filho(a):

Algo que parece ter escapado ainda à análise da maioria dos autores é o facto de a admissibilidade das mães de gestação poder ser um imperativo constitucional que decorra do princípio da igualdade. Ou seja, se se admite a inseminação heteróloga, em casos em que o homem tem problemas de infertilidade, não será de admitir o 'contrato de aluguel' nos casos em que a dificuldade reprodutiva decorre da mulher? (NETO, 2004, p. 599)

A ilicitude, na perspectiva de Barbas (2006, p. 154-155), se impõe em relação ao objeto, e incide sobre realidades insuscetíveis de disposição pela vontade, como a maternidade e a filiação. Segundo esse autor, ainda que realizada a título gratuito, a gestação de substituição feriria a dignidade humana e os Direitos da Personalidade, sobretudo o direito à integridade psicofísica, pois sequer representa, por exemplo, a renúncia antecipada desses direitos pela cedente temporária do útero.

Não poderia, assim, pelo exercício da autonomia privada, a cedente afastar tal tutela jurídica que lhe é conferida. Aqui, os Direitos da Personalidade operariam como proteção da pessoa a ataques provenientes da pessoa contra si própria (BARBAS, 2006, p. 157).

Essa questão, examinada sob o ângulo normativo nacional, se enquadraria na disposição do contido no art. 13 do CC/02: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (BRASIL, 2002).

Não se pode dizer que a gestação provocará diminuição permanente da integridade física da cedente, mas, por outro lado, o requisito dos bons costumes gera controvérsias. A partir do estudo da matéria, Aguiar sistematiza as principais questões que giram em torno da (i)licitude da gestação de substituição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro:

Do ponto de vista do direito civil pátrio, contrato desse teor tem recebido inúmeros argumentos, tanto a favor como contra a sua validade. Os mais consistentes, e que são mais comuns entre os doutrinadores de uma corrente e de outra, podem ser assim resumidos: a) aos que se pronunciam contra, devido ao fato de que o pagamento pela gestação e conseqüente entrega do filho implica em coisificação da pessoa e viola a garantia de dignidade humana, constitucionalmente assegurada no art. 1º, III; b) a doutrina contrária manifesta-se no sentido de que o pagamento não se dá pela entrega de um objeto – a criança – mas, por um serviço social – o aluguel do útero e a eventual doação de óvulo. (AGUIAR, 2005, p. 109)

Segundo a autora, o objeto desta relação jurídica não seria o “serviço” de gestação em si, mas sim o seu “produto”, a saber, a criança gerada e posteriormente entregue aos autores do projeto parental. A impossibilidade de considerar o filho um bem útil, a serviço dos desejos e interesses de seus genitores, conduziria à conclusão de que a licitude da gestação de substituição não se sustenta. Ainda que não haja prestação pecuniária, incorreria na reificação do ser humano (AGUIAR, 2005, p. 110-112).

A despeito dessas considerações quanto à licitude da gestação de substituição, sobretudo na literatura portuguesa, a totalidade dos autores nacionais filia-se ao entendimento de que se trata de manifestação da autonomia jurídica da pessoa, desde que observados o marco da gratuidade e os demais requisitos de validade do consentimento.

Por outro lado, de acordo com Borges (2007, p. 219-220), ainda que de forma indireta, esta prática sempre seria remunerada. Prestar auxílio material à gestante, como acompanhamento pré-natal, corresponderia a uma forma de remuneração indireta, ou uma via de compensá-la por seu ato. Ainda assim, tal prática não retiraria a validade deste negócio jurídico, pois o livre exercício da autonomia privada é

elemento que denota não estar reduzida a cedente temporária do útero à condição de objeto, ou meio exclusivo para a consecução de uma finalidade de terceiro ou terceiros.

Tendo em vista não só a gratuidade, mas a exigência feita pelo CFM quanto ao grau de parentesco entre a cedente e autores do projeto parental, percebe-se o direcionamento das normas deontológicas para afastar essa técnica da mera redução ou instrumentalização do corpo humano.

Com efeito, a parte VII da Resolução do CFM em vigor é dedicada a esta modalidade de reprodução humana assistida. Em seu primeiro item, determina que “a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau” (CFM, 2022). Diferentemente de versões anteriores, não é apontado expressamente se o parentesco em questão se refere à linha ascendente ou descendente, o que parece autorizar ambas as possibilidades de forma implícita.

Admite, ainda, haver circunstâncias em que a cedente temporária do útero não tenha vínculo de parentesco com os autores do projeto parental, mas venha a ter a sua participação autorizada pelo Conselho Regional. Em Parecer do CFM de nº 07/2006, restou consignado que: “A doação temporária do útero por pessoa não-parente até o 2º grau obrigatoriamente não tem caráter comercial e pode ser permitida quando se observa que a motivação é claramente afetiva”.

Além disso, no caso analisado pelo Parecer, ficou assentado que a candidata a cedente temporária do útero é referida como “prima por afinidade”, sendo amiga da paciente de longa data. Referiu ser mãe de quatro filhos, considerando sua prole completa, não desejando ampliar sua descendência, e tendo motivação exclusivamente afetiva (CFM, 2006).

A exigência de parentesco entre a cedente temporária do útero e um dos autores do projeto parental visa reduzir as possibilidades de comercialização da prática, cujas implicações já foram apresentadas nos itens anteriores. Logo após a indicação deste requisito, o item 2, da parte VII da Resolução CFM nº 2.320/2022 determina que: “A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial” (CFM, 2022). Também o item 1, da parte IV desta mesma resolução, afasta o caráter comercial no tocante à doação de gametas e embriões. Contudo, a interpretação ampliada promovida pelo Parecer em destaque demonstra a fragilidade

dessas disposições para impedir a coisificação e a comercialização das funções reprodutivas da mulher.

Ainda no intuito de garantir que a prática da gestação de substituição se dê em conformidade com ordenamento jurídico brasileiro, o item 3 da parte VII da Resolução elenca quais documentos e observações devem constar no prontuário da paciente:

Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações devem constar no prontuário da paciente: a) 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; b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos; c) 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; d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério (CFM, 2022, p. 6).

O primeiro deles é o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), assinado pelos pacientes e cedente temporária do útero, cujo conteúdo deve abordar aspectos biopsicossociais, os riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal e aspectos legais da filiação (CFM, 2022).

Percebe-se que o dever de informar por parte da equipe das clínicas de reprodução assistida é qualificado, na medida em que não se restringe aos riscos físicos inerentes ao procedimento. Deve-se considerar, necessariamente, o estado psicológico de todos os envolvidos, bem como a confirmação de que todos estão cientes de que o vínculo de filiação será estabelecido entre o recém-nascido e os “pacientes” (autores do projeto parental), e não com a cedente temporária do útero. Trata-se de ponto que desafia a noção tradicional de filiação exclusivamente biológica.

Nessa mesma linha de entendimento, o segundo documento requerido pela Resolução consiste em “(...) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos. ” (CFM, 2022, p. 4). Até 2013, este relatório deveria ser providenciado somente para a cedente temporária do útero, com vistas à devida compreensão do procedimento e redução das possibilidades de recusa à entrega da criança para os autores do projeto parental (CFM, 2013, p. 8).

A questão da filiação é tão importante que, além de estar presente no termo de consentimento, também será objeto de “c) 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” (CFM, 2022).

Como bem observa Barbas (2006, p. 145), as técnicas de RA permitem que uma criança seja concebida com a contribuição de até seis pessoas diferentes. A filiação poderia ser explicada de uma maneira tridimensional:

Podemos hoje falar numa tridimensionalidade procriativa. Neste sentido, teríamos uma dimensão orgânica, física e simbólica. Na primeira incluiríamos o pai/mãe genéticos (dador de espermatozóide/óvulo); na dimensão física a mãe/pai gestacional (mãe portadora e seu companheiro) e na simbólica o pai/mãe adotivos (BARBAS, 2006, p. 145).

Tradicionalmente, considera-se mãe aquela que dá à luz, resultante do princípio jurídico formulado no Direito Romano *mater semper certa est*. Essa presunção resultava em regra de caráter imperativo, não podendo ser atingido pela vontade negocial, sendo necessário para alterá-la uma ação judicial ou a adoção.

Contudo, o avanço da biotecnologia neste campo tornou dissociável as figuras da “mãe geradora” e da “mãe genética”, tornando necessária a normativa previamente apresentada para estabelecimento adequado dos vínculos de filiação.

Admite-se, assim, solução diferenciada para o caso de enfrentar-se, ou não, conflito entre a simples maternidade gestante e a maternidade genética. Para a hipótese em que houve mera utilização do útero alheio, caso em que não há vínculo biológico entre a mãe portadora e o bebê, o parto não poderá ser utilizado como fato jurídico determinante da maternidade, que deverá ser atribuída à mulher que quis o filho e assentiu na inseminação. Para tanto, suficiente a prova de que o embrião foi formado com os gametas do casal. O afastamento da maternidade pautada no critério do nascimento, neste contexto, deve se dar tendo sido a etapa de concepção realizada por meio de técnica heteróloga ou homóloga. Em outras palavras, ainda que tenha sido ou não utilizado material genético de doador(a) anônimo para se chegar a embriões em laboratório, o parto não será determinante na indicação da maternidade. O vínculo de filiação será com a autora do projeto parental, havendo ou não ligação genética com o novo ser gerado (AGUIAR, 2005, p. 115).

Além dos documentos já indicados, está estabelecido na Resolução: “(...) compromisso, por parte do (s) paciente (s) contratante (s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive

por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério” (CFM, 2022, p. 8). Cumpre salientar que o amparo conferido à cedente por parte dos autores do projeto parental no que diz respeito ao tratamento e acompanhamento médico não configura uma contraprestação, de modo que resta mantido o caráter gratuito da relação negocial.

Não há, em princípio, qualquer contradição com o marco da gratuidade, portanto. Não seria razoável esperar que a cedente temporária do útero arcasse com todos os custos inerentes ao acompanhamento de uma gestação, estando ela apenas colaborando para que o projeto parental de outrem se realize.

Há, ainda, dois outros requisitos exigidos pela Resolução atual no âmbito da gestação de substituição. Mais uma vez, a questão da filiação é objeto de item próprio: “e) compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez” (CFM, 2022, p. 7).

É importante um prévio alinhamento com a equipe médica para que a declaração de nascido vivo seja emitida corretamente, pois é o documento a ser levado ao cartório para fins de registro de nascimento. Por fim, caso a cedente temporária do útero seja casada ou viva em união estável, deve ser colhida a aprovação do cônjuge ou companheiro por escrito (ibid.).

Por um lado, esta norma poderia ser justificada pelas mudanças que uma gravidez pode provocar na vida conjugal. Por outro, há quem aponte uma indevida ingerência no exercício da autonomia corporal da mulher, que ficaria impedida de decidir por si só a respeito de algo que afeta, exclusivamente, o seu corpo e seus Direitos da Personalidade.

A filiação, como relação jurídica interpessoal que estabelece um conjunto de relações de parentesco, ainda hoje pode se originar de vínculos de consanguinidade, por afetividade ou por vínculo jurídico de adoção. A gestação de substituição acrescenta a possibilidade de a filiação decorrer de acordo firmado entre partes antes do nascimento.

O Código Civil de 2002 estabelece, de forma ampla, a presunção de filiação advinda da reprodução assistida, restringindo tal hipótese à constância do casamento dos autores do projeto parental, ao determinar no art. 1.597, incisos III, IV e V, o seguinte:

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.

Examinadas as questões referentes ao parentesco e a filiação, sob a ótica da paternidade, na constância do casamento, torna-se necessário esclarecer as diferenças entre a fecundação artificial homóloga e heteróloga¹⁰ para que seja possível a compreensão acerca da diferença de tratamento da lei para estas duas situações, sendo, para a última, necessária a prévia autorização do marido para que se presuma a paternidade.

Conforme explica Paulo Lôbo:

Por linhas invertidas, a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade. Se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga não poderá negar paternidade, em razão da origem genética, nem poderá ser admitida investigação de paternidade, com idêntico fundamento, máxime em se tratando de doadores anônimos. (2010, p. 222)

No mesmo sentido, o Enunciado 258 da III Jornada de Direito Civil estabelece que: “Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem

¹⁰ A inseminação artificial é a técnica por meio da qual o esperma é introduzido no útero, podendo ocorrer de duas formas: Homóloga: ocorrerá quando o doador do esperma for o marido daquela mulher que recebe o esperma. O filho será fruto desta concepção artificial, inclusive gerando a presunção de paternidade se, quando do seu nascimento, o pai tiver falecido. Heteróloga: como o próprio nome já indica, o doador do esperma, nesta situação, é terceira pessoa. Porém, para que o filho, fruto desta concepção, tenha a paternidade presumida em relação ao marido da mãe, será necessário o consentimento do marido. Por sua vez, se o filho nascer quando o marido já tiver falecido, será necessário o consentimento prévio.

em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.”

Portanto, tendo o genitor autorizado a inseminação heteróloga, não pode posteriormente arrepender-se ou negar a paternidade e as obrigações dela decorrentes, alegando a inexistência de vínculo consanguíneo, vigorando aqui a presunção absoluta.

Ainda sobre a reprodução assistida heteróloga, estabelece o Enunciado 111 da I Jornada de Direito Civil:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva 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.

Conforme se verifica, não há qualquer vínculo de parentesco entre a criança e o doador do esperma que foi utilizado para a concepção. Nestas situações, a expressão da vontade contrasta com a natureza da presunção absoluta prevista na Lei.

Vistos os aspectos jurídicos decorrentes da expressão da autonomia privada dos sujeitos envolvidos nos procedimentos de gestação de substituição, e seus reflexos sobre a filiação, cabe analisar, ainda, a regulação de aspectos técnicos e deontológicos também previstos na Resolução vigente.

Assim, a Resolução 2320/2022 do Conselho Federal de Medicina estabelece as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. A Resolução está fundada no aperfeiçoamento éticos e bioéticos, que ajudam a trazer maior segurança e eficácia, nos termos da Resolução:

1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar no processo de procriação. 2. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para doação de gametas e para preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas. 3. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas, desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do (a) paciente ou do possível descendente. 3.1. A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de reprodução assistida é de 50 anos. 3.2. As exceções a esse limite são aceitas com base em critérios técnicos e científicos, fundamentados pelo médico responsável, sobre a ausência de comorbidades não relacionadas à infertilidade da mulher e após esclarecimento ao (s) candidato (s) sobre os riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando a autonomia da paciente e do médico. (CFM, 2022, p. 3)

Portanto, para avaliação da possibilidade de utilização das técnicas de RA, é necessário que exista a possibilidade de se obter sucesso no processo e baixa probabilidade de risco grave à saúde do (a) paciente ou do possível descendente, ou seja, do possível filho originado desta técnica.

A Resolução determina, ainda, que as técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho – exceto em relação a evitar doenças no possível descendente – para evitar o risco de eugenia.

A Resolução de 2022 manteve a delimitação do número de embriões a serem transferidos de acordo com a idade da receptora e com as características cromossômicas do embrião. Mulheres de até 37 anos podem implantar até dois embriões. Acima dessa idade, cada uma poderá transferir até três. Em caso de embriões euplóides (com 46 cromossomos), a Resolução delimita a implantação em até dois embriões, independentemente da idade. Em caso de gravidez múltipla, a redução embrionária¹¹ não é permitida.

A Resolução também manteve a idade máxima das candidatas à gestação por RA em 50 anos, permitidas exceções com base em critérios fundamentados pelo médico responsável.

Em relação ao descarte condicionado de embriões criopreservados, a nova orientação deixa de compor o texto da norma, destacando a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) (BRASIL, 2005) como marco norteador do tema. Este é um dos pontos de maior conflito na redação anterior, na qual determinava

¹¹ A redução embrionária consiste na retirada de um dos fetos de uma gestação múltipla. A prática é considerada aborto perante a legislação brasileira. Por isso, só é permitida em casos específicos, como quando a mãe sofre risco de morte por conta da gestação de múltiplos.

a necessidade de autorização judicial para o descarte, corroborando com a ampliação da judicialização da saúde, bem como limitando a autonomia do paciente.

Em síntese, cabe reafirmar que não existem normas legais no Brasil que disciplinem a matéria, sendo utilizadas as regras deontológicas do CFM. O Código Civil de 2002 tão somente previu a presunção de filiação quando a criança provém de técnicas de reprodução assistida, deixando inúmeras lacunas que são tratadas por normas de caráter deontológico que se originam no campo da Bioética.

Outro tema em aberto na legislação brasileira, nos processos de gestação de substituição, diz respeito à questão registral, o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017) estabelece que o assento do nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A e não depende de autorização judicial.

A gestação de substituição está prevista para mulheres que tenham problemas de saúde, para pessoas solteiras ou uniões homoafetivas. Neste último caso, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem que se faça referência à ascendência paterna ou materna.

Prevê ainda o art. 18 do Provimento que será vedado aos oficiais registradores recusarem o registro de nascimento e a emissão da certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida.

Finalmente, é necessário abordar a inseminação caseira, que vem sendo uma técnica utilizada por aquelas pessoas que não têm condições financeiras de arcar com os custos do procedimento de reprodução assistida.

Trata-se de método que não tem embasamento médico e, como o nome adianta, consiste na inseminação feita de forma caseira com a obtenção de sêmen de forma clandestina, sendo inserido diretamente na vagina ou por auxílio de um cateter dentro do útero da mulher.

Este procedimento oferece riscos à saúde da mulher e do bebê, em virtude das doenças que podem ser transmitidas a partir do sêmen. Isso porque, ainda que o doador seja conhecido e tenha se submetido a testes, há uma janela imunológica de até seis meses para a detecção de doenças. Os tratamentos dessas questões pertinentes ao Direito de Família, na gestação de substituição, só podem ser adequadamente analisadas levando-se em consideração o direito fundamental à saúde.

Se é verdade que a introdução, a assimilação e o impacto das inovações biotecnológicas, no Brasil, vêm mediado por questões econômicas, culturais, religiosas, entre outras, dependem, em grande medida, de questões pertinentes à esfera normativa jurídica, de modo que sua aplicação seja adequada à efetivação do direito fundamental a saúde, constitucionalmente assegurado, a ser concretizado pelo Estado, pela sociedade e pela família (art. 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988).

Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição Federal confere a todos o direito à saúde, que se articula com o direito à vida e com o princípio de respeito à dignidade humana, e impõe ao Estado o dever político-constitucional de assegurar o acesso aos meios necessários à preservação da saúde.

O Poder Judiciário brasileiro, por sua vez, tem tratado os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos individuais, difusos e coletivos decorrentes dos valores, princípios e normas constitucionais, nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, que norteiam os demais direitos nela previstos.

Nessa perspectiva, os constitucionalistas têm afastado o tratamento do direito à saúde como norma de eficácia limitada, do mesmo modo como tem refutado os argumentos de ausência de recursos públicos e de incompetência do Poder Judiciário para decidir sobre a alocação e destinação de recursos orçamentários para custearem políticas públicas de saúde.

Sobre a questão, pacificou-se no direito brasileiro o entendimento expresso por Ingo Wolfgang Sarlet, na obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”:

(...) Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba — como sói acontecer — por se equiparar à aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem a possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilidade dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça. (SARLET, 2015. p. 302)

No caso do direito à saúde, que necessita para sua concretização, entre outros bens e serviços, que o serviço público o forneça gratuitamente, é possível identificar outros interesses além daquele objeto de políticas públicas. Sob esse ponto

de vista, além das partes que figuram nos processos decididos pelo Poder Judiciário, verifica-se a interferência de interesses de terceiros que não compõem os polos processuais tais como: laboratórios médicos, marcas e patentes, órgãos públicos, cientistas, Ministério Público e as entidades assistenciais e de defesa dos direitos de pessoas portadoras de determinadas doenças.

Se comparado o direito brasileiro com o direito de outros países, ou com normas internacionais, percebe-se que a legislação brasileira é escassa, assistemática e imprecisa, conceitual e de cunho principiológico. Tal situação cria um desequilíbrio, desejado ou não, entre regulação jurídica, avanço da ciência e impacto social da biotecnologia.

Constata-se que nas últimas quatro décadas o Brasil não acompanhou, no plano jurídico, o rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia voltadas à promoção da vida e da saúde humanas, embora figure entre os países com maior número de realização de reproduções assistidas e tenha um dos mais reconhecidos programas de tratamento de portadores do vírus HIV, causador de enormes polêmicas sobre o direito de marcas e patentes.

O caso brasileiro é, portanto, extremamente peculiar, pois sequer conta-se com legislação que regulamente as reproduções assistidas e muito menos que trate do embrião, mas contraditoriamente dispõe de uma lei que autoriza a pesquisa a partir de células-tronco retiradas de embriões, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, Lei de Biossegurança.

Esse vazio legislativo é reproduzido nas discussões judiciais, nas normas administrativas, na escassez de estudos e pesquisas universitárias relacionadas ao direito à saúde e aproveitado para legitimar situações de fato, que respondem a interesses econômicos não resguardados pela Constituição de 1988.

Soma-se a estas características peculiares ao país a problemática da biopirataria, que alcança não só órgãos e tecidos, mas também dados e informações genéticas e conhecimentos tradicionais de grupos de indivíduos pertencentes a povos indígenas e outras comunidades.

Apesar disso, as questões relativas à vida e à saúde são estranhas ao dia-a-dia dos juristas brasileiros, que se limitam a reivindicar a observância do cumprimento de regras esparsas, sem investigar a vinculação desse direito com a produção científica, os direitos de proteção aos sujeitos terapêuticos e pesquisados, os contratos de circulação e apropriação de elementos biológicos, de informações e

dados genéticos (humanos animais e vegetais) e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Esse conjunto de questões fracamente reguladas no direito brasileiro interfere nos processos de gestação de substituição e expõe a uma desproteção jurídica, sobretudo, a cedente temporária do útero e os direitos da criança gestada, que figuram como a parte mais vulnerável desse conjunto de relações interpenetradas pela expressão da autonomia privada, por regras de caráter indisponível, por normas deontológicas e por práticas profissionais e sociais alinhadas a uma visão liberal, individualista e distante dos princípios constitucionais da igualdade e da solidariedade.

3.2 AUSÊNCIAS LEGISLATIVAS E RECEPÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

A reflexão sobre o tratamento que Constituição da República Federativa do Brasil dá aos aspectos corporais do sujeito requer o exame prévio da maneira com que as tecnologias sobre a vida (biotecnologia) são absorvidas pela sociedade contemporânea, e o modo como integram o mercado e são reguladas pelo direito.

O termo absorção pode indicar, em primeiro lugar, que essas tecnologias permeiam o dia a dia e compõem o imaginário dos sujeitos, sendo vistas, cada vez mais, como indispensáveis para a uma vida digna, sem qualquer indagação sobre os seus riscos e custos sociais, pois são permanente e gradativamente “naturalizadas” por discursos científicos e publicitários.

Já fazem parte do cotidiano as doações de sangue, órgãos, sêmen, e cordões umbilicais para futuro uso de células tronco; exames genéticos preditivos, reproduções assistidas, transplantes, implantes, cirurgias plásticas reparadoras, ou não, sem que os sujeitos compreendam a extensão dos efeitos e tenham qualquer controle sobre o uso gratuito ou oneroso desses materiais e informações obtidas, gratuitamente, mediante o seu consentimento.

As atividades que incidem sobre o corpo, invadem-no e dele retiram elementos tangíveis e intangíveis (informações e dados), são realizadas em nome do benefício que trazem ao sujeito detentor desse corpo, ou declaradamente em benefício da humanidade. A esses elementos colhidos do corpo humano são agregados novos elementos e usos decorrentes da pesquisa científica e, assim, passam a circular no mercado das biotecnologias, sendo sua circulação regida pelas

leis de mercado e pelo direito da propriedade intelectual. Pode-se afirmar que corpo e biotecnologia, neste sentido, são absorvidos pelo mercado.

As tecnologias do corpo se apresentam, portanto, a serviço da humanidade, da saúde, do desejo e da vontade individuais, uma vez que podem ser utilizadas para alteração do aparelho sexual, para formatar os corpos tidos como imperfeitos, para torná-los cada vez mais potentes e esteticamente adequados, cada vez mais dúcteis, submissos, plásticos, matéria prima para a indústria e material para a arte.

É notório, por exemplo, o uso que Orlan, artista plástica francesa, faz de seu corpo ao concebê-lo como obra de arte, esculpindo-lhe formas inusitadas e mutáveis, por meio de sucessivas cirurgias plásticas filmadas e fotografadas, para apresentação em instalações de galerias de arte refinadas. Nesse caso, é possível questionar quem é o autor desse corpo-obra de arte, que resulta da concepção de um desenho da artista também fornecedora do corpo-material, mas que não pode fazer emergir dessa matéria bruta a obra final sem o trabalho altamente técnico especializado dos cirurgiões, ou sem o trabalho artístico dos cinegrafistas e fotógrafos.

A utilização tecnocientífica do corpo também enseja muitas outras indagações para o direito, como no *Caso Moore*, em que se discutiu a utilização científica de material orgânico retirado sem a autorização específica e informada do sujeito, para produção de medicamento contra o câncer. A Suprema Corte norte-americana decidiu que o resultado econômico desse medicamento desenvolvido, a partir das informações genéticas contidas nas células do senhor Moore, pertence, exclusivamente, ao laboratório.

Sobre esse caso, Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa, em sua obra “*O mercado humano: o estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*”, observaram:

Talvez o erro do sr. Moore, um homem de negócios do Alaska, tenha sido o de descer ao terreno jurídico, o do direito de propriedade, onde é mais fácil que vença o mais forte. Depois da sentença conclusiva, as várias empresas biotecnológicas da Califórnia que haviam utilizado outras linhas de células puderam dar um suspiro de alívio, e suas ações na bolsa subiram rapidamente. (BERLINGUER, GARRAFA, 1996, p. 37)

Como se percebe, a dinâmica social afeta a estabilidade jurídica dos sujeitos envolvidos e perturba a esfera do direito moderno. Ainda que a vontade e a autonomia do Sr. Moore tenham sido desrespeitadas e seus Direitos da Personalidade atingidos,

e disso resultasse, eventualmente, uma indenização pela ausência de consentimento informado, a Corte certamente ressaltaria o direito de patente do medicamento para salvaguardar o trabalho inventivo e garantir os altos investimentos em biotecnologia, que geram expressivos recursos econômicos.

Cada vez mais se confirma o panorama delineado no final da década de 1990, pois a ciência continua a explorar as potencialidades do corpo humano, especialmente, pela utilização da genética, avançando em velocidades antes inimagináveis, alterando substancialmente a configuração político-econômica e jurídica na atualidade:

Diante dos desafios da Tecnociência e, principalmente, com a implementação do Projeto Genoma Humano (HUGO), o qual pretende identificar e catalogar o código genético de todos os seres humanos, até o ano 2005, a comunidade internacional vem se preocupando com a elaboração de instrumentos normativos que regulem o acesso e o uso de informações genéticas, de modo a diminuir o impacto da biotecnologia sobre o homem e o hiato entre a Tecnociência e o Direito. A justificativa e os objetivos explicitados no Projeto HUGO situam-se na área da saúde e propõem a melhoria e simplificação dos métodos de diagnóstico de doenças genéticas, a otimização das terapias, e a prevenção de doenças multifatoriais. Mas os riscos provenientes de seu desenvolvimento e resultados são absolutamente imprevisíveis, dificultando sua regulação jurídica.(...) Dessa sucinta exposição já se evidenciam as áreas de implicação entre Tecnociência e Direito. A análise jurídica diz respeito aos Direitos Humanos e, especificamente, aos Direitos da Personalidade. Para a ciência do Direito, a apropriação de elementos naturalmente provenientes ou cientificamente elaborados, a partir do corpo humano, se apresenta como o principal problema a ser resolvido. (GEDIEL, 1998, p. 59-60)

A supremacia das razões científicas contraria os fundamentos humanistas, que colocavam a ciência submetida à natureza humana que não se esgotava nos elementos biológicos humanos e projetavam uma transcendência enraizada na racionalidade humana; racionalidade esta que seria o elemento diferencial entre o humano e os demais seres vivos da humanidade.

Tal concepção do humano norteou e ainda norteia a maior parte instrumentos normativos que visam regular as relações sociais, mesmo os mais recentes, que se alteraram apenas na forma pois adotam modelos normativos principiológicos e de conteúdo permeável a interpretações e atualizações, que buscam impedir a coisificação do homem e de seus elementos constitutivos:

A Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos contempla, com exemplar riqueza, as três dimensões regulatórias que compõem o modelo jurídico ocidental moderno, renovando e pondo em destaque a função ou dimensão comunitária do Direito atual, mas, nem por isso, prescinde de aprofundamento de sua análise conceitual e de acompanhamento de sua aplicação às situações concretas advindas do uso e do acesso ao genoma humano. O título da Declaração a identifica, desde logo, com sua raiz iluminista e humanista, a qual se evidencia, também, porque se endereça à totalidade dos homens, buscando sobrepor-se à particularidade das ordens jurídicas nacionais, para atingir uma comunidade ideal-universal. (GEDIEL, 2000b, p. 160-161)

Esse conflito de valores e interesses se explicita mesmo nas questões em que o humano não está em causa, porque o avanço da tecnologia e do direito de propriedade sobre os seres vivos se apresenta como uma necessidade para o mercado, e o humano é apenas um dos muitos repositórios de elementos biológicos a serem explorados pela técnica.

As relações sociais em torno das inovações biotecnológicas evidenciam contradições, paradoxos e aporias, ao mesmo tempo que deslocam fundamentos instituintes da normatividade jurídica moderna e impõem seus valores com base em sua utilidade imediata, subvertendo práticas e o imaginário social a respeito do humano:

Assim podemos falar de uma ontologia técnico-científica. O ser do homem tornou-se um *artefato* – do mesmo modo que a natureza – e produz a verdade desse *artefato*. Essa nova ontologia longe de mostrar-se como uma liberação do homem em um universo do qual ele seria senhor, se apresenta, paradoxalmente, como um sistema coercitivo. Uma ‘potência misteriosa’ se coloca diante dele, da qual ele não pode aquilatar nem a extensão nem a violência. Na sua versão ‘técnica’, a ciência é esse perigoso adversário, que preconizando a transparência se cobre de uma opacidade, tão enigmática quanto os decretos de um deus caprichoso. (EDELMAN, 1999, p. 11, tradução da autora)¹²

Surge daí a interrogação sobre a dinâmica atual dos processos de objetivação e subjetivação do Direito, sob o impacto da técnica, em geral, e da biotecnologia, em especial. Insinua-se, nesse processo, a presença perturbadora de novas fontes e

¹² “Ainsi peut-on parler d’une ontologie technoscientifique. L’être de l’homme est devenu un *artefact* – au même titre que la nature – et produit la vérité de cet *artefact*. Cette nouvelle ontologie, loin d’apparaître, d’ailleurs, comme une libération de l’homme dans un univers dont il serait le maître, se présente, paradoxalement, comme un système contraignant. Une “puissance mystérieuse” se dresse devant lui, dont il ne mesure ni l’étendue ni la violence. Dans sa version “technique”, la science est ce dangereux adversaire qui, prônant la transparence, se drape dans une opacité tout aussi énigmatique que les décrets d’un dieu”.

formas de normatividade, que apontam para um certo “pluralismo jurídico de mercado”.

A produção desses fatos e relações sociais e sua convivência com a ordem jurídica – estabelecida com fundamentos julgados abstratos e obsoletos, diante do vigor e utilidade da técnica – colocam um imenso desafio à análise jurídica dessas questões, pois além das ressignificações dos discursos e das normas jurídicas, verifica-se uma profunda alteração na subjetividade, com reflexos na liberdade e autonomia dos sujeitos, que autores como Foucault, Negri e Hardt assinalaram e foi traduzida para o campo da análise jurídica, nos seguintes termos:

A disputa pelo controle da esfera física e psíquica do sujeito é a face visível da sociedade de controle em que o biopoder exercido pelas indústrias farmacêuticas e de biotecnologia se manifesta, impondo padrões de normalização da vida em todos os espaços geográficos, rompendo fronteiras e lugares éticos e jurídicos ancestrais, dando consistência à noção de soberania imperial descrita por Negri e Hardt, provocando a crise no Estado e no direito por ele produzido. O exercício da autonomia jurídica se encontra, assim, comprometido pelo exercício das técnicas de dominação apropriadas aos interesses do mercado, tornando ineficientes e ineficazes as formulações éticas e jurídicas que se colocam em defesa da valorização do sujeito. Como se percebe, os sinais de triunfo do mercado e da tecnociência sobre o sujeito não afastaram, por inteiro, a resistência ou a reação desses corpos biológicos e sociais disciplinados e controlados. Foucault já iniciara uma reflexão sobre a possibilidade de a subjetividade se reinscrever na liberdade e na ética, para produzir, por meio de ações críticas, novas relações sociais. Nesse processo de renovação, a subjetividade se apresentaria a serviço da totalidade social, mas liberta do Estado, da segurança que as instituições prometem e da individualização que a demarca na modernidade. Essas novas subjetividades se engajariam em lutas transversais, contra todas as manifestações do poder, a começar pelas mais próximas e visíveis, questionando o status individual que as isola. (GEDIEL, 2002, p. 340)

Neste momento em que o saber científico e as aplicações da técnica parecem se constituir em fontes normativas heterônomas, é possível pensar em mudanças no processo de subjetivação em várias relações sociais, embora o direito vigente se mostre insuficiente para fornecer mediações indispensáveis.

Esses fatos que a biotecnologia não cessa de produzir, ao atuar com força normativa instituinte de uma nova moral, de uma nova ética e de um novo direito a respeito do humano, provocam a contínua alteração das formulações jurídicas clássicas da modernidade. Também exigem a aproximação interdisciplinar do objeto para reconhecer sua natureza social e, portanto, histórica, para relativizá-lo, sem ignorar os fundamentos metafísico-transcendentes ou lógico-formais que compõem as teorizações sobre o Direito.

A análise clássica da normatividade jurídica, em sua especificidade (sobre sua natureza, justiça, legitimidade e validade, critérios de coercibilidade, interpretação e aplicação) ocultam a violência material e simbólica que institui e mantém o direito vigente; os conflitos e a contingência da experiência jurídica mascaram as descontinuidades na produção do Direito, ou reduzem o objeto da pesquisa jurídica ao exame autorreferente das normas.

Por todo esse conjunto de questões sociais, no contexto de erosão da configuração do Direito, merece destaque o debate sobre a natureza normativa e a aplicabilidade dos princípios e das normas da Bioética no Direito brasileiro, por estarem alinhados com o princípio constitucional da dignidade humana, estabelecido no art.1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), um dos fundamentos da República com eficácia sobre todo ordenamento jurídico nacional (BRASIL, 1988).

A despeito disso, algumas normas infralegais de caráter deontológico aplicáveis à gestação de substituição deixam espaços regulatórios vazios ou obscuros, que, além de permitirem aplicações e interpretações conflitantes com esses princípios balizadores da atividade médica, limitam a autonomia e conformam, juridicamente, interesses dos particulares envolvidos na técnica da gestação de substituição.

O esforço analítico que se pretende realizar parte do exame desse variado conjunto normativo e requer, também, a identificação do itinerário percorrido pelos sujeitos atuantes na gestação de substituição, seus direitos subjetivos e posições jurídicas durante esse processo. Uma vez examinados esses elementos jurídicos, objetivos e subjetivos, torna-se possível identificar os pontos de conflitos e as propostas dissoluções para dirimi-los. É na conflituosidade de posições jurídicas pautadas por interesses individuais, com alta repercussão na vida familiar e social, que é possível falar em desencontros entre a Bioética e o Direito.

Cabe apontar que a complexidade dos interesses regulados provoca a constante alteração das normas administrativas aplicáveis à gestação de substituição no Brasil. O Direito tenta acompanhar, sem muito êxito, as mudanças provocadas pela aceleração tecnológica e o permanente deslocamento dos sentidos dos princípios da Bioética sensíveis às práticas sociais.

Os princípios da Bioética, recepcionados pelo Direito brasileiro, ganham, conforme apontado, maior força normativa, diante da previsão constitucional de

respeito à dignidade humana e das disposições do Código Civil brasileiro de 2002 (CC/2002), que, no seu capítulo II, artigos 13 a 15, trata dos Direitos da Personalidade voltados à proteção da integridade física e às disposições corporais, em conformidade com esses princípios (BRASIL, 2002).

O conteúdo dos princípios e das normas bioéticas é influenciado, em grande medida, por um “direito natural” e pretende proteger a dignidade humana no contexto das atividades científicas e médicas em que os indivíduos são objeto de experimentação ou de tratamento. Evocam a memória da Declaração de Nuremberg de 1947, como resposta às experiências dos cientistas nazistas, e reafirmam a promessa da comunidade internacional de impedir situações que reduzem o humano a uma condição de objeto e desconsideram a autonomia do sujeito.

Trata-se, portanto, de traduzir valores éticos em termos normativos para regular a atividades que tenham repercussão direta ou indireta sobre o corpo e a liberdade dos indivíduos. Sob essa ótica, ao se falar em “direito natural” é possível considerar que existe uma forte conexão entre o campo ético-normativo da Bioética, os Direitos Humanos, a Constituição de 1988 e os direitos vigentes nos diversos países.

Nessa perspectiva de análise, acrescenta-se que a universalidade dos princípios da Bioética decorre de consenso internacional das formulações que integram os Direitos Humanos, na atualidade, e que recuperam a necessidade de respeito à dignidade humana pelo Estado, pela sociedade e pelos indivíduos nos processos técnicos que envolvam a atividades terapêuticas e de pesquisa. Nesse espaço de busca de consenso, o Brasil participou da formulação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada por unanimidade pelos 191 países componentes UNESCO, na 33ª Sessão da Conferência Geral realizada em Paris, em 19 de outubro de 2005 (UNESCO, 2005).

Diferentemente dos consensos internacionais que produzem os princípios e normas bioéticas, as normas administrativas nacionais são informadas por uma visão eminentemente técnica e voltadas a orientar a atividade dos profissionais da saúde, no mercado, uma vez que a regulação dos comportamentos individuais e a proteção dos direitos desses indivíduos fica, em grande escala, à cargo do Direito Constitucional e da legislação ordinária.

Assim, se, por um lado, os princípios da Bioética e os princípios constitucionais resultam de consensos que estabilizam um patamar de entendimento

sobre as questões éticas relativas ao humano, por outro lado, as normas administrativas de caráter deontológico revelam uma permanente instabilidade em parte decorrente dos avanços da técnica, em parte resultantes das necessidades dos profissionais da área da saúde, sempre tensionados pelo mercado.

O caso brasileiro, apesar de sua especificidade, pode espelhar a maneira como os princípios e normas da bioética são utilizados para tomada de decisões ético-profissionais e para o deslinde de questões referentes à vida, à saúde e à experimentação científica, quando examinadas sobre a ótica do Direito.

Os inúmeros instrumentos normativos legislativos e de cunho administrativo que orientam a pesquisa e a atividade médica assimilaram esses princípios, normas e procedimentos oriundos do debate e da formulação da Bioética em sua atual feição. Contudo, isso não significa que a racionalidade que norteia o entendimento jurídico sobre conflitos bioéticos siga fielmente esse conjunto discursivo.

Assim, por exemplo, o consentimento livre e esclarecido (informado) como expressão da autonomia dos pacientes é legalmente e deontologicamente exigível para qualquer intervenção sobre o humano, tanto na pesquisa quanto na Medicina, segundo disposto no parágrafo 4º, art.199 da CF/88, e nos art.13 a 15 do CC/2002, na Resolução 2320/2022 do CFM, no seu item 4, nos seguintes termos:

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. (BRASIL, 2022)

A partir dessas disposições legais, criadas com base em declarações internacionais, o exercício da autonomia corporal do sujeito requer a emissão de consentimento, que deve revestir-se ou vir precedido de três qualidades: deve ser livre, não estar vinculado à interesses de terceiros, inclusive o interesse público; deve ser esclarecido, ter conhecimento de informações sobre os resultados e riscos da intervenção corporal, de modo a garantir o domínio do sujeito sobre os aspectos fáticos que recobrem os desdobramentos daquilo com o que ele irá consentir; por fim, deve estar voltado a finalidades terapêuticas, altruístas ou científicas, sem trazer risco ou atingir a integridade física do sujeito e sem ofender os bons costumes.

Esse itinerário da vontade para ser considerada autônoma, até a produção de seus efeitos jurídicos, é demarcada por uma razão que conhece, calcula, prevê e, sobretudo, não pode estar vinculada a sentimentos, medos, desejos, paixões, sentimentos religiosos ou diferenças culturais do sujeito. Questiona-se, então, a sua efetividade jurídica e até mesmo sua possibilidade de consentir autonomamente sobre questões referentes à vida, ao corpo e à saúde.

O consentimento informado na gestação de substituição tanto serve para configurar a concordância da parte ou das partes formuladoras do projeto parental quanto para estabelecer as obrigações durante o período gestacional e a renúncia à maternidade da cedente temporária do útero. Por evidente, os interesses e as posições interpessoais neste processo são distintas e podem se tornar antagônicas.

Como se percebe, a necessária observância dos termos do consentimento informado como principal elemento caracterizador da autonomia do sujeito sobre a sua esfera corporal, para a preservação da sua dignidade, pode cair no vazio ao não fazer a distinção entre fixação de obrigações recíprocas e renúncia de direitos. Sobram lacunas a serem supridas pelo Direito de Família, que segue princípios específicos que podem ser conflitantes com as normas bioéticas.

A par disso, o consentimento informado expresso pela cedente temporária do útero extrapola o teor das declarações e incide sobre aspectos da esfera física da personalidade dessa parte envolvida no processo, normatizando, para além da sua autonomia, os comportamentos tidos como necessários, corretos e legítimos durante o período de gravidez, incluindo rotinas, proibições e cumprimento de deveres, sob a alegação de proteção ao nascituro.

É perceptível, portanto, que a gestação de substituição é um campo fértil para conflitos intersubjetivos que põem em xeque todos os princípios da Bioética. Nesse sentido, o princípio da justiça não pode ser interpretado apenas em favor de uma ou de outra parte desse processo de aplicação da técnica. Nesse caso, também deve ser levado em consideração o princípio de número 7 da Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU, 1959), que determina a observância do “melhor interesse da criança”.

Esse princípio, do mesmo modo que os da Bioética, é dotado de uma pretensão de universalidade, pois também está alinhado às formulações dos Direitos Humanos na atualidade, e absorvido na legislação brasileira pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), servindo para

fundamentar decisões judiciais sobre essa matéria e orientar as políticas públicas da infância e adolescência, no Brasil.

Coerente com essa interpretação alargada, diante das peculiaridades da técnica e da cultura jurídica brasileira, o princípio da beneficência ou da não maleficência na gestação de substituição não pode referir-se apenas aos efeitos benéficos ou deletérios em relação aos indivíduos envolvidos no procedimento médico científico. O que está em jogo é, também, o que é justo, nesses termos, para o resultado dessa gestação; em outros termos, a criança poderá sofrer danos futuros não só pelo encobrimento da pessoa que o gestou, como também pelas mudanças operadas no projeto familiar e parental. Pode haver, portanto, evidente conflito de interesses entre sujeitos de direito e pessoa não nascida, ainda não dotada de personalidade jurídica, mas que tem seus direitos protegidos de acordo com o art.2 do Código Civil brasileiro.

Nesse percurso de tensões e desencontros, é possível localizar conflitos entre todos esses princípios e as normas administrativas, práticas médicas, questões sociais e interpretações jurídicas. A abertura metodológica proposta pela principiologia da Bioética serve de ferramenta para os juristas na defesa dos Direitos Fundamentais à saúde, à autonomia do sujeito, à realização do projeto parental e à proteção do melhor interesse da criança, pautados pelos Direitos Humanos.

Os dilemas bioéticos na gestação de substituição ganham relevo diante de fatos sociais contemporâneos: a ampliação dos limites das aplicações da técnica sobre o humano; as metamorfoses que a produção da normatividade jurídica assume na sociedade para regular a técnica; o impacto que a técnica e o mercado têm sobre os sujeitos.

No caso brasileiro, como visto, é possível identificar situações em que os princípios da Bioética conflitam com a legislação nacional e com as normas administrativas que regulam a atividade médica. Esse conflito normativo se intensifica no momento hermenêutico, que busca atribuir sentidos coerentes entre esses diferentes blocos normativos baseados em fundamentos filosóficos e finalidades sociais distintas.

Enquanto as normas estatais e deontológicas regulam a circulação de técnicas reprodutivas no mercado e a atuação da área médica, os princípios da Bioética pretendem impor limites à técnica por meio da afirmação da autonomia do sujeito. Assim, a análise dos princípios da Bioética e de normas jurídicas e sua

aplicação, nos processos de reprodução assistida de gestação de substituição, revela as raízes filosóficas e o nascimento da Bioética, sua natureza e aproximação com os Direitos Humanos.

Essa análise torna-se ainda mais complexa se observadas as práticas referentes à família, à maternidade e à condição feminina na sociedade brasileira, marcada por uma tradição cultural que vincula o êxito dos projetos familiares à reprodução biológica e que, para atingir essa finalidade, desconsidera os possíveis efeitos deletérios da técnica sobre os direitos da personalidade e a subjetividade dos sujeitos de direito.

Nesse variado espectro de questões filosóficas e sociais, o Direito identifica situações conflitantes entre a atividade médica lucrativa vinculada ao mercado, as expectativas dos participantes do projeto familiar, a autonomia corporal da cedente temporária do útero e a proteção aos direitos do nascituro.

As relações jurídicas entre sujeitos se efetivam a partir da formalização do consentimento livre e esclarecido (informado), para que o médico possa aplicar a técnica e para delimitar os direitos e deveres dos participantes, que ocupam posições jurídicas existenciais distintas. Nesse contexto, o princípio da autonomia, que orienta o consentimento, revela-se senão inadequado, frágil, para conformar vontades que se alteram à medida que a aplicação da técnica avança. O princípio da autonomia incide, também, sobre as decisões do médico, colocando em perspectiva questões como o poder médico diante da autonomia do paciente ou, ainda, sua objeção de consciência.

Os princípios da beneficência e da não-maleficência encontram-se diante de questionamentos que dificultam a permanência de sua configuração original e sua aplicação de modo adequado. Se é verdade que o projeto parental é garantido constitucionalmente e se localiza na esfera da autonomia dos sujeitos, a maternidade também mobiliza a autonomia para a realização de um processo biológico identificado na figura da cedente temporária do útero. A prévia renúncia voluntária da maternidade e a fixação de obrigações a serem cumpridas pela cedente temporária do útero podem afetar a saúde da gestante, seus modos de vida e aspectos da sua personalidade, quebrando o equilíbrio necessário à consecução desses princípios.

O princípio da justiça, que busca não só o equilíbrio entre o benefício e os malefícios de todas as aplicações da técnica, vincula-se, também, à ideia de justiça social, abrangendo não só os participantes diretos no processo de gestação de

substituição, mas expandindo-se para balizar os limites da técnica na sociedade contemporânea.

Nessa conjuntura, as invenções da biotecnologia, ao atingirem valores e fundamentos dos princípios e regras já assentados na ordem jurídica vigente, afetam o humanismo moderno, mas indicam reações resistências, estratégias e oferecem pistas.

Os limites jurídicos são vistos com desconfiança pelos cientistas e pelo mercado, mas têm sido habilmente trabalhados para servirem ao avanço ilimitado da técnica, como ocorre com a autonomia do sujeito e a gratuidade da disposição de elementos do corpo. Esses limites jurídicos também continuam sendo invocados como último recurso de defesa dos sujeitos diretamente atingidos pelos efeitos negativos das novas tecnologias da vida.

As primeiras reflexões sobre o objeto da pesquisa demandaram um esforço epistemológico para realizar a análise do Direito, simultaneamente, como: normatividade específica (ao lado da Ética e da Moral), técnica de regulação política (expressão do poder), e atividade social (ação dos sujeitos nos processos de identificação, internalização e institucionalização de normas).

Acolhendo-se a perspectiva interdisciplinar, torna-se possível identificar a raiz liberal do Direito moderno, que nasce da imposição de limites ao sujeito pelo poder soberano, se assenta sobre a liberdade abstrata dos sujeitos-cidadãos e realiza o controle procedimental da normatividade jurídica, mantendo um amplo espaço desregulamentado para a atividade econômica privada.

Uma vez identificada essa raiz liberal, impõe-se uma revisitação crítica da formação social e da racionalidade fundadora da modernidade, fazendo referências aos principais autores que projetaram e, em certa medida, fixaram seus fundamentos.

Na base do processo de formação social e política da modernidade e de seu Direito, desenvolve-se a filosofia do jusnaturalismo contratualista, que afirma a existência de uma “natureza humana” e de um “Direito Natural”. Ambos justificam o isolamento dos homens na busca de realização de seus interesses próprios, paixões e apetites, valorizando a liberdade egoísta e reconhecendo que há uma oposição natural entre todos (uma guerra) pela conservação da vida, do corpo e de seus membros. Na gênese da modernidade, se inscreve o binômio liberdade e apropriação ilimitada de bens, em um estado de permanente guerra de todos contra todos.

O direito se defronta, como se defronta a Constituição Federal, com o paradoxo de realizar a proteção do sujeito de direito sem barrar sua liberdade de disposição corporal e de apropriação de bens que sustentam o livre desenvolvimento das forças produtivas da ciência e do mercado, atingindo de formas diversas a esfera dos direitos de personalidade e direitos existenciais, como ocorre nos processos de gestação de substituição.

3.3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E ASPECTOS DA REGULAÇÃO JURÍDICA ESTRANGEIRA

O atual panorama mundial de regulação da gestação de substituição ainda é muito discrepante. Entre os cenários extremos de proibição total e da permissão sem ressalvas, há uma gama de possibilidades que envolvem diversos fatores. Entre os aspectos limitáveis da prática estão a comercialização, a perfilhação¹³ dos casais homoafetivos, a verificação da infertilidade, as restrições de idade, entre outros. A limitação mais comum em diversos Estados se refere à impossibilidade de onerosidade – que se traduz na possibilidade de compensação financeira a ser paga à gestante substituta. Em síntese, há quatro possíveis situações para a gestação de substituição quanto a este aspecto (PRANAVA; AGARWAL, 2018).

- I. Proibição total da gestação de substituição, podendo configurar crime. Países que adotam essa postura: Finlândia, França, Alemanha, Islândia, Itália, Paquistão, China, Sérvia, Espanha e Suíça.
- II. Regulação da gestação de substituição permitindo inclusive a modalidade onerosa. Países que adotam essa postura: Geórgia, Grécia, Irã, Israel, Nigéria, Rússia, Ucrânia e Estados Unidos (alguns estados).
- III. Regulação da gestação de substituição permitindo somente a modalidade gratuita. Países que adotam essa postura: Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Hong Kong, Hungria, Holanda, Índia, Nova Zelândia, África do Sul, Tailândia e Reino Unido.

¹³ Entende-se por perfilhação o reconhecimento voluntário da paternidade e/ou maternidade, seja ela biológica ou adotiva. Uma das construções fundamentais para que o processo de adoção seja construído, são as relações de parentalidade. Nesse sentido, criar uma criança é diferente de adotá-la, pois a adoção requer que os adotantes tornem uma criança estranha em filho e vice-versa (LEVINZON, 2004).

IV. Inexistência de qualquer regulação quanto à prática. Países que adotam essa postura: Argentina, Colômbia, República Tcheca, Guatemala, Irlanda, Japão, Quênia, Laos, México, Suécia e Venezuela.

Observa-se que, geograficamente, a Europa Ocidental é a território cujos ordenamentos jurídicos internos são predominantemente contrários à gestação de substituição. É, também, uma das regiões com um aumento significativo da taxa de infertilidade e um número reduzido de crianças disponíveis para adoção, criando assim, um grande número de casais que buscam na gestação de substituição um meio para a realização do seu projeto parental.

Contudo, a tendência atual dos países europeus é a regulamentação da gestação de substituição. A União Europeia, por meio do Conselho Europeu, tem buscado simplificar e facilitar a documentação para a identificação de parentesco de modo geral, inclusive com relação aos casos que envolvem a gestação de substituição. Um dos focos do órgão é buscar alternativas para solucionar os casos conflituosos envolvendo a técnica¹⁴.

A Ásia foi durante muitos anos o principal destino para a realização dos processos de gestação de substituição. Os motivos que levaram a isso foram a regulação jurídica precária, o valor cobrado pelas clínicas ser bem acessível, muitas vezes bem abaixo dos demais países, e a baixa remuneração dada à cedente temporária do útero, à título de compensação¹⁵.

Na Índia e na Tailândia, devido ao crescimento do número de litígios no cenário internacional, têm modificado sua legislação nacional buscando restringir as possibilidades para gestação de substituição. A falta de alinhamento das regulações é responsável, em grande medida, pela ocorrência de conflitos no cenário internacional. A maioria dos conflitos se dá durante a tentativa de retorno dos autores do projeto parental (contratantes) com a criança para o seu país de residência. As controvérsias ocorrem, geralmente, diante do não reconhecimento de documentos estrangeiros, especialmente da certidão de nascimento, bem como da recusa à

¹⁴ Observa-se que países como França e Reino Unido já vêm modificando, nas esferas legislativa e judicial, a postura com relação à gestação por substituição. Entretanto, outros países da Europa Ocidental, em especial a Espanha, ainda se mostram reticentes com relação à permissão da prática.

¹⁵ A título exemplificativo, o valor pago a uma gestante substituta nos Estados Unidos gira em torno de 90 mil dólares. O valor médio pago na Índia é de 30 mil dólares, um terço do valor médio embolsado pela gestante substituta estadunidense (PRANAVA; AGARWAL, 2018).

homologação de decisões judiciais que reconhecem o vínculo de parentesco entre autores do projeto parental e a criança (SHÚILLEABHÁIN , 2019).

Partindo do princípio que há coexistência de diferentes ordenamentos jurídicos e, portanto, há a necessidade de conciliar os conflitos normativos existentes entre os Estados, a elaboração de Tratados Internacionais é a medida comumente encontrada para resolução desses conflitos. Sobre a obrigatoriedade na aderência, há que se destacar que nenhum país é obrigado, pela comunidade internacional, a aderir determinado tratado internacional. A decisão, portanto, é decorrente da vontade soberana dos respectivos Estados.

Dessa forma, diante da coexistência de diferentes ordenamentos, especialmente no que diz respeito à reprodução assistida, difícil prever se as normas estabelecidas em um tratado internacional seriam aceitas de forma unânime pela maioria dos Estados.

No âmbito internacional, há alguns Tratados e Convenções que dispõem sobre bioética, tais como:

- I) Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997);
- II) Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (2003);
- III) Declaração Universal de Bioética e Direito Humanos (2005);
- IV) Declaração das Nações Unidas sobre Clonagem Humana (2005);
- V) Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina (1997);
- VI) Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

Com o objetivo de reunir informações sobre as diferentes formas de regulamentação da Reprodução Assistida em diversos países, a Federation of Fertility Societies publicou Relatório trienal, em 2021¹⁶. Alguns assuntos abordados nesta edição: a quem se aplica as técnicas de RA, normatização da doação de gametas, onerosidade e sigilo de dados do doador, cessão temporária de útero, dentre outros.

Dessa forma, é possível retirar da leitura do Relatório, das legislações e julgados estrangeiros que existe uma diversidade de entendimentos quanto ao tema, a depender da cultura, religião e costume de cada país. Constata-se que essa diversidade abrange os assuntos mais simples, como a possibilidade ou não da

¹⁶ Disponível em <<https://www.iffsreproduction.org/event/fertivision-2021/>>. Acesso em 19/12/2022.

utilização das técnicas de RA, até aspectos mais polêmicos, como a possibilidade de universalização da técnica.

No que se refere a utilização das técnicas de RA, tem-se o caso *Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*, julgado em 28 de novembro de 2012. O fato foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para contestar a decisão da Corte Suprema de Justiça do Estado da Costa Rica, que por sua vez entendeu, na interpretação do artigo 21 da Constituição daquele país, que as técnicas que levam à concepção em laboratório violam o direito à vida e à dignidade humana; direitos estes que estariam protegidos desde a concepção. Com base nesse entendimento, a Corte determinou a proibição da utilização das técnicas de fertilização em vitro (FIV) no país (CIDH, 2012)

O argumento utilizado na decisão da CIDH foi no sentido de reconhecer a existência de um direito à vida privada, familiar, protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que, portanto, a proibição imposta pelo Estado da Costa Rica quanto à prática da fertilização *in vitro* viola tais direitos. Dessa forma, responsabilizou o Estado e determinou a adoção de medidas administrativas, bem como legais, para permitir a realização da FIV.

Por outro lado, nos países em que há o entendimento pela possibilidade de utilização da técnica de RA, um dos principais desacordos no que diz respeito à regulamentação, de acordo com o Relatório da IFFS, é quanto ao público que pode se beneficiar da utilização das técnicas. No Brasil, não há distinção pelo gênero, nem exigência de relação estável heterossexual. Nesse mesmo sentido, são as normas da Austrália, Bélgica, Canadá, México, Paraguai, Peru, África do Sul, Reino Unido e Estados Unidos da América do Norte.

Já em países como Jordânia, Bangladesh, Arábia Saudita, Indonésia e Irã, há a exigência de relacionamento estável heterossexual, sendo que, dentre os países que permitem a utilização das técnicas somente por casais heterossexuais, fundamentam a proibição nos preceitos religiosos.

No âmbito da permissão de doação de gametas para sua utilização em reprodução heteróloga, ou seja, aquela que é feita com material genético de terceiro, a Itália passou a permitir a doação somente do ano de 2014. A Alemanha, Japão, Noruega e Suíça permitem a doação de espermatozoides, sem fazer o mesmo, entretanto, com a doação de óvulos. Sobre esse quesito, apenas Israel reflete

posicionamento oposto, ou seja, permite a doação de óvulos, mas estabelece restrições quanto à doação de espermatozoides.

Países como Bangladesh, El Salvador, Jordânia, Filipinas, Arábia Saudita, Senegal, Tunísia e Turquia proíbem a prática. No Brasil, a doação de óvulo, exceto da cedente temporária do útero, bem como espermatozoide e de embrião é permitida, desde que realizada de forma gratuita.

Ainda sobre pontos polêmicos envolvendo a temática, tem-se o anonimato dos doadores e filhos gerados pela técnica. Constatou-se, na comparação com o relatório de 2013, mudanças de entendimento em alguns países. Nesse sentido verificou-se a tendência a se divulgar mais informações sobre os doadores para futuros pais e futuros filhos, ou de filhos para doadores. Hoje, esses dados são fornecidos livremente e abertamente em alguns países, como, por exemplo, no Reino Unido, na Austrália e na Bélgica. Nos países europeus inquiridos no relatório de 2016, com exceção da Irlanda, há leis nacionais que exigem divulgação de informações relativas a doadores ou descendentes, embora haja diferenças quanto à natureza da informação divulgada.

Na Argentina, no ano de 2013, a Lei nº 26.862 de 2013 (ARGENTINA, 2013), que disciplina a Reprodução Assistida naquele país, trouxe modificações no Código Civil para incluir a filiação da tecnologia de RA. Deixou aberta a possibilidade para que, diante uma interpretação extensiva do artigo 5642, os filhos provenientes da técnica possam solicitar dados não identificáveis do doador, mas somente em casos justificáveis e mediante ordem judicial.

Na Espanha, o artigo 8º, n.3 Lei nº. 14/2006 (ESPANHA, 2016), que regulamenta a Reprodução Assistida, dispõe que a revelação da identidade do doador é possível, porém não implicará, necessariamente, a determinação legal da filiação, *verbis*:

Art. 8 [...] La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. (ESPANHA, 2006, online).

No Brasil, embora existam alguns Projetos de Lei em trâmite com o objetivo de criar um “Estatuto da Reprodução Assistida”, tais como: PL 4686/2004, PL 2855/1997, PL 120/2003, PL 5624/2005, PL 3977/2012, PL 4892/2012, PL 115/2015,

PL 7591/2017, PL 9403/2017, o Projeto nº. 1184/2003 de autoria do ex-senador Lúcio Alcântara, prevê a possibilidade de o indivíduo conhecer a doador, se assim o quiser.

Outra divergência que merece destaque é a possibilidade de pagamento por doações de gametas (*compensation for donors*), ou seja, a possibilidade de o indivíduo receber valores ao disponibilizar seus espermatozoides ou óocitos para a utilização, por terceiros, na técnica de RA.

O Relatório apontou que na maioria dos países é possível se compensar financeiramente o tempo e despesas decorrentes do procedimento, o que varia amplamente é o valor dessa compensação. Há Estados, como por exemplo Canadá, França e Japão em que a compensação é ilegal. Por outro lado, há países em que se é estabelecido valores mínimos e máximos para compensação (Colômbia, Grécia e Guatemala). Há, ainda, países (a exemplo de Israel) em que o valor é tabelado pelo Ministério da Saúde. No que diz respeito ao Brasil, a Resolução n. 2.320/2022, é clara, no seu capítulo IV, ao dispor que “1. A doação não pode ter caráter lucrativo ou comercial.

Em relação a cessão de útero, poderá ser realizada de forma altruísta ou com fins comerciais. No Brasil, com autorização da Resolução nº 2.320/2022, é permitida a doação reprodutiva intrafamiliar, inclusive, o Enunciado nº 45 (aprovado na I Jornada de Direito da Saúde do CNJ) dispõe que “nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento”.

A legislação espanhola, no seu artigo 10.13 proíbe qualquer contrato que tenha por objeto a gestação de substituição e o inciso posterior, 10.24 determina que mãe é aquela que deu à luz, pois a filiação dos nascidos por gestação de substituição deve ser determinada pelo parto. Seguindo entendimento diverso, Portugal, por meio do art. 8º da Lei nº 25/2016 (PORTUGAL, 2016) permite a gestação de substituição em casos excepcionais de comprovada impossibilidade da mãe biológica em gestar, outros países como Estados Unidos e Suécia a prática também é permitida.

O caso mais emblemático e seus efeitos jurídicos, envolvendo a utilização da gestação de substituição ocorreu nos Estados Unidos, em New Jersey, na década de 80. O caso ficou mundialmente conhecido por “*Baby M*”. Foi um marco na visão

jurídica desta técnica em relação a maternidade e filiação, que, ainda hoje, em estados como a Califórnia, pode ser utilizada discricionariamente¹⁷.

No caso em questão, a cedente temporária do útero – Mary Beth Whitehead – era também a doadora do óvulo, que fora fertilizado em laboratório com o sêmen de William Stern, casado com outra mulher. Este fato forneceu um dos argumentos da decisão do Tribunal, que, em que pese ter determinado a guarda da criança aos Stern, reconheceu a maternidade de Whitehead¹⁸. Em 2009, no mesmo Estado de New Jersey, EUA, um novo caso envolvendo uma cedente temporária do útero é decidido com base no caso *Baby M*, trazendo outras questões.

No caso, Sean Hollingsworth e Donald Robinson Hollingsworth, casal homoafetivo, resolveu fazer uso da gestação de substituição para terem um filho. O casal pretendia que a criança tivesse herança genética de pelo menos um deles. Donald recorreu a sua irmã biológica, Angelia Robinson, que concordou em gestar a criança. No procedimento, o sêmen de Sean foi utilizado, mas os contratantes resolveram utilizar o óvulo de uma doadora anônima e Angelia se submeteu ao procedimento. Em 2006 ela deu à luz duas meninas e se negou a entregá-las, dando início um embate judicial.

Em 23 de dezembro de 2009, o Juiz da Superior Court of New Jersey, Francis B. Schultz decidiu ser o contrato de gestação de substituição inválido, mesmo quando a substituta não foi a doadora do óvulo, como era o caso. Na sentença, ele afirma que o contrato de “surrogacy” é baseado em princípios completamente opostos aos objetivos das leis do Estado de New Jersey. Concluiu que o referido contrato era inválido, ao prever a separação da criança de sua mãe, ignorando completamente a

¹⁷ A maioria das legislações sobre a utilização das técnicas de RA nos Estados Americanos permite o acesso à tecnologia por casais casados ou conviventes. Não há previsão de utilização das técnicas de RA por mulheres solteiras. Tal determinação está ligada a concepção de que é direito da criança nascer numa família completa, ou seja, com pai e mãe. Tal entendimento também é seguido em inúmeros países da Europa, como França e Itália. No Brasil, a Resolução do CFM limita-se a exigir capacidade plena das mulheres que se submetem às técnicas.

¹⁸ O Juiz Harvey R. Sorkow, da New Jersey Superior Court, inicialmente reconheceu a validade do contrato de substituição e deu a custódia do bebê aos Stern, baseando-se na análise do “melhor interesse da criança”. Posteriormente, em 1988, a Suprema Corte de New Jersey invalidou o contrato de maternidade de substituição, reconhecendo a maternidade de Whitehead, mas manteve a decisão anterior, com base no melhor interesse da criança. Neste caso, William Stern, pai biológico da menina, ficou com a guarda da filha por possuir melhores condições de criá-la. Sua esposa, Elizabeth, acabou por adotar a menina anos depois. *In* <http://web.archive.org/web/20070526004403/http://www.njmonthly.com/issues/2007/03-Mar/babym.htm>

criança bem como os sentimentos da mãe¹⁹. Destaca-se aqui que a gestação de substituição tornou ambíguo e impreciso o conceito jurídico de mãe, fixado a partir da gestação e que deu origem ao brocardo jurídico *mater semper certa est*.

Os dois casos tratam da definição da maternidade e da filiação, diante do uso da técnica de gestação de substituição. Porém, no primeiro caso havia a coincidência entre a doação do óvulo e a cessão do útero para a gestação. No segundo caso, o juiz entendeu que a mãe é aquela que deu à luz e não quem a contratou para tanto. Analisando a questão do ponto de vista biológico, há diferença entre as duas situações, vez que em uma a contratada/gestante também foi a doadora do óvulo, enquanto na outra limitou-se a ceder o útero.

É importante salientar que as duas decisões levaram em consideração um princípio norteador do direito norte-americano e que foi importado para o Brasil: *in the best interests of the child*, ou seja, as decisões sempre são tomadas no melhor interesse da criança. Entretanto, esse entendimento não é pacífico, existindo grupos pressão de proteção aos direitos das mulheres, que postulam o direito de decisão do corpo feminino, unicamente a partir dos interesses da mulher, como expressa a frase: *my body, my rules*, meu corpo, minhas regras.

O conflito causado pelas assimetrias legislativas de um Estado para outro merece a atenção, análise e solução pela comunidade internacional, uma vez que a falta de regulamentação gera insegurança jurídica (para os pais biológicos quanto à filiação, quanto para mãe que cedeu o útero, mas, principalmente, para a criança quanto à incerteza de seu destino).

O caminho sugerido pelos membros do International Federation of Fertility Societies é a elaboração de um tratado ou convenção internacional sobre o tema, além de um conjunto de princípios gerais para orientação dos Estados signatários, onde deverão constar respostas básicas, regras mínimas para se estabelecer disposição sobre a competência territorial dos Estados, dando, assim, maior segurança jurídica para aqueles que optam pela reprodução assistida.

Partindo para um recorte analítico, verifica-se que os países que compõem a família jurídica da tradição romano-germânica – também conhecida como civil law –

¹⁹ “The surrogacy contract is based on principles that are directly contrary to the objectives of four laws. It guarantees the separation of a child from its mother; it looks to adoption regardless of suitability; it totally ignores the child; it takes the child from the mother regardless of her wishes and her maternal fitness”. Disponível em <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231_SURROGATE.pdf>.

que possui três matrizes: a francesa, a germânica e a nórdica ou escandinava. O fator que mais lhes aproxima é o conceito comum que eles possuem de Direito e como ele abarca a função de centralizar a regulação da vida em sociedade. Ao utilizar a matriz na qual os sistemas de normas desses países repousam, pode-se prever seu entendimento nacional e internacional em razão da matéria.

As normativas relacionadas à gestação de substituição, sobretudo por se tratarem de uma questão que perpassa o Direito de Família, dependem diretamente dos aspectos econômicos, culturais e jurídicos de cada país. Assim, procurou-se retratar os processos de gestação de substituição no entendimento legislativo de alguns países, como Portugal, Espanha e Itália. O motivo da preferência dessa escolha é que, além de possuírem a mesma família jurídica (romano-germânica), também foram importantes na formação histórica da sociedade brasileira.

Em 2016, mediante a aprovação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho²⁰, Portugal permite a prática de gestação de substituição em seu território. A principal modificação na lei anterior é a possibilidade do acesso à técnica por qualquer mulher²¹, sem depender de sua condição de infertilidade. Entretanto, a normativa conta com tantas restrições que acaba restringindo o acesso a uma grande parcela dos interessados na técnica. Isso porque a gestação de substituição só é permitida aos casais heterossexuais, excluindo a possibilidade de realização a mulheres solteiras, homens solteiros e casais homoafetivos.

Os contratos de gestação de substituição devem ser verificados e aprovados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)²². O processo tem como requisitos laudos psiquiátricos ou psicológicos e a declaração do médico responsável pelo tratamento. Destaca-se que a lei não exige nenhum requisito de nacionalidade, isto é, estrangeiros também tem acesso à gestação de substituição nos moldes da lei portuguesa.

²⁰ Lei n. 17/2016, que amplia o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Notícia veiculada através do site: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/02/internacional/1501664732_800914.html>. Acesso em: 19/01/2023

²¹ Artigo 4º, 3: “As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”. Lei n. 17/2016. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/74738646/details/maximized?p_auth=57fsVbIR>. Acesso em 19/01/2023

²² Parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida sobre a nova lei. Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_Parecer_RegulamentacaoLei17-2016.pdf>. Acesso em: 19/01/2023

A cedente temporária do útero deverá seguir as diretrizes do médico (a) ginecologista responsável e se submeter aos exames necessários ao bom andamento da gravidez. Exames suplementares bem como testes de diagnóstico não são obrigatórios. A gestante pode recusar-se a fazê-los, sem prejuízo no contrato. Em caso de insucesso nas tentativas de aplicação da técnica e por acordo entre as partes, o contrato poderá ser rescindido, porém, se for constatada má formação no feto, cabe à cedente temporária do útero decidir se continuará ou interromperá a gravidez.

Por fim, a lei também determina que a cedente temporária do útero manterá um contato mínimo indispensável com a criança, evitando assim riscos psicológicos e emocionais. A exceção é quando a cedente temporária do útero for parente de um dos participantes do projeto parental.

O caso da Espanha, também pertencente ao ramo do direito romano-germânica, tende a proibir a prática da gestação de substituição mediante contrato comercial e implicar sanções aos que possam praticá-la dessa forma. A lei espanhola n. 14/2006, de 26 de maio, sobre técnicas de reprodução assistida (LTRHA), mais precisamente em seu artigo 10, determina a nulidade dos contratos de gestação de substituição na Espanha:

Artigo 10. "Gestação por substituição. 1. É nulo o contrato pelo qual seja celebrada a gestação, com ou sem preço, por mulher que renuncie à filiação materna em favor do contratante ou de terceiros. 2. A filiação dos filhos nascidos de gestação de substituição será determinada pelo parto. 3. Conserva-se a eventual ação de reivindicação de paternidade do pai biológico, nos termos das regras gerais" (tradução da autora)²³

Nesse artigo, encontram-se três itens referenciais ao tema da gestação de substituição. O primeiro considera nulo os contratos que tenham por objeto a gestação de substituição, independentemente de serem onerosos ou gratuitos. O segundo ponto afirma que a maternidade é definida por quem dá à luz, logo, esse é o critério adotado para determinar a filiação. Por fim, há a possibilidade de reclamação da paternidade por parte do pai biológico, seguindo as regras gerais previstas no ordenamento espanhol.

²³ 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". Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>. Acesso em: 19/01/2023.

Para Rodríguez (2018), mesmo que a gestação de substituição não esteja completamente resguardada no direito civil espanhol, podemos situá-la na esfera do Direito Internacional Privado, pois esse ramo do Direito busca a segurança jurídica aos casos, sobretudo porque, para que uma decisão estrangeira produza efeitos jurídicos na Espanha, ela deve cumprir uma série de requisitos, dentre os quais a emissão por uma autoridade estrangeira com competência nas questões de Direito Privado, respeitando a ordem pública internacional.

Dada a proibição da prática e, ainda, na iminência de sofrer sanções criminais, os espanhóis utilizam cada vez mais de jurisdições permissivas, como a Ucrânia, que se tornou o destino mais procurado para o turismo procriativo.

Na Itália, em fevereiro de 2018, a Corte de Apelação italiana se viu diante de um problema de ordem pública, quando uma demanda de transcrição no registro civil de uma decisão proferida pela Corte Superior de Justiça de Ontario, no Canadá. Tratava-se de dois homens casados em território canadense, que possuíam dupla cidadania, italiana e canadense, e recorreram à gestação de substituição, tendo como resultado o nascimento de duas crianças.

Segundo as leis da província de Ontario²⁴, o casal homoafetivo são considerados como os únicos pais da criança, já que a cedente temporária do útero renuncia à maternidade no momento do nascimento da criança. A decisão foi registrada na prefeitura de Trento, na Itália e, conseqüentemente, um dos dois homens era o pai biológico das duas crianças. Em seguida, uma decisão subsequente da mesma Corte de Ontario retificou o registro de nascimento e nele adicionou o nome do companheiro também como pai.

Na Itália, o registro civil das crianças foi negado sob a justificativa de contrariedade à ordem pública, uma vez que, em sede de decisões estrangeiras relativas à capacidade das pessoas, à família e aos direitos de personalidade, esse requisito é essencial para se proceder ao reconhecimento delas²⁵. No entanto, a Corte de Trento adotou uma concepção diferente do dispositivo e declarou o casal como os pais dos bebês.

²⁴ All families are equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment). Section 10. 2016. Disponível em <<https://www.ontario.ca/laws/statute/S16023>>. Acesso em 19/01/2023.

²⁵ Art. 65 da Lei n, 218/1995. Disponível em <http://www.esteri.it/mae/doc/l218_1995.pdf>. Acesso em 19/01/2023.

Em 2014, um caso recebeu destaque internacional envolvendo gestação de substituição na Tailândia e na Austrália: um bebê com síndrome de Down foi o centro de uma disputa internacional. De acordo com a decisão da Corte Australiana, o bebê não foi abandonado na Tailândia, como se pensou desde o início, mediante o relato dos fatos da cedente temporária do útero tailandesa.

O bebê Gammy²⁶, como ficou internacionalmente conhecido e sua irmã gêmea, Pipah, nasceram na Tailândia em dezembro de 2013. A cedente temporária do útero chamava-se Pattaramon Chanbua. A técnica utilizada foi de fertilização *in vitro* do sêmen do australiano David Farnell e óvulos de uma doadora.

Em fevereiro de 2014, o casal retornou a Austrália com Pipah enquanto Pattaramon, a cedente temporária do útero, entrou com um pedido na Corte de Família da Austrália Ocidental para que Pipah pudesse ser devolvida à ela. Entretanto, no julgamento realizado em 14 de abril de 2016, o juiz Stephen Thackray entendeu que a menina Pipah deveria continuar com o casal Farnells.

O caso deu origem a severas críticas quando veio à tona que o casal Farnells havia abandonado o bebê Gammy na Tailândia, dada sua condição de saúde. Porém, nesse julgamento, pode ser comprovado que o casal não havia abandonado Gammy e, contrariamente ao que foi dito, tinha intenção de ficar com ele. Para o magistrado ficou claro que, em algum momento da gravidez, Pattaramon se afeiçãoou aos gêmeos que carregava e decidiu ficar com o menino.

Quando uma manifestação civil em prol da questão foi realizada em Bangkok, o casal Farnells foi aconselhado pela embaixada australiana a deixar o país. Com a recusa de Pattaramon em entregar o bebê ao casal, que ainda estava no hospital, os Farnells retornaram ao lar somente com Pipah, na cidade de Bunbury, Austrália. Embora estivessem em casa, o casal permaneceu apreensivo, com receio de que as autoridades pudessem ir até eles, cumprindo um possível mandado em relação à menina.

A Corte afirma que Pipah está bem acomodada em sua nova casa e convive em meio a amorosos cuidados da família e de amigos, incluindo a ex-esposa de David e seus filhos adultos, juntamente com suas respectivas famílias. Gammy, assim como Pipah, também conta com amor e suporte dos membros da família de Pattaramon.

²⁶ Disponível em <<https://www.abc.net.au/news/2016-04-14/baby-gammy-twin-must-remain-with-family-wa-court-rules/7326196>>. Acesso em 19/01/2023.

De acordo com a decisão, Thackray entendeu que Pipah não deve ser retirada do convívio da única família que conheceu desde os primeiros dias para passar a ter convivência com pessoas completamente estranhas a ela, embora, certamente, ela também encontrasse amor e um ambiente sadio na Tailândia.

Interessante observar na decisão que o juiz destacou o fato de que as gestantes de substituição não são máquinas de fazer bebês crescerem; ao contrário, são mulheres de carne e osso que podem desenvolver laços afetivos com as crianças que carregam em seu ventre. O terrível fato da separação entre Gammy e Pipah deixou em evidência a gestação de substituição a título comercial, sobretudo os dilemas pelos quais as capacidades reprodutivas de uma mulher são negociáveis como títulos monetários, além de desastrosas consequências que podem ocorrer quando o resultado não é o mesmo do inicialmente planejado.

Mesmo sob sigilo, por se tratar de uma vara de família, o caso foi publicado pelo alto grau de interesse público envolvido. É imprescindível notar que, em matéria de gestação de substituição, deve-se tentar encontrar um equilíbrio entre as circunstâncias apresentadas, que mudam frequentemente de caso a caso. No entanto, o ponto certo a ser respeitado é o do melhor interesse da criança, através do qual busca-se proteger a criança e seus direitos fundamentais.

A decisão tramitou na Corte australiana por dezoito meses e compreendeu uma série de circunstâncias sociais e emocionais, de direitos humanos, da legalidade das técnicas de fertilização artificial e da gestação de substituição, em documento de cento e noventa páginas²⁷. A Tailândia, como consequência, decidiu proibir a prática da gestação de substituição internacional.

Em síntese, esse conjunto de implicações jurídicas que circundam a gestação de substituição são ricas em complexidade e detalhes que, por vezes, mudam por completo o panorama de análise tanto do legislador quanto do julgador. Certo é que não há uma resposta pronta à resolução dessas questões, dada à dependência das regulamentações internas dos Estados, enquanto os estudos da Conferência da Haia não se concretizam acerca da concepção de um mecanismo eficaz de cooperação internacional.

²⁷ Para a íntegra da decisão, ver: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2802498/Family-Court-of-WA-Judgment-Farnell-amp-Anor-and.pdf>> Acesso em: 19/01/2023.

Nesse contexto é notória a crescente influência conferida aos sujeitos mais vulneráveis nos processos de RA, pelos Direitos Humanos e por termos normativos, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil. O debate jurídico também sofre a influência dos estudos feministas e da perspectiva de análise de gênero, que atravessam a construção dos Direitos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres.

4 REGULAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA E OS IMPACTOS DA TÉCNICA

4.1 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, AS RELAÇÕES ENTRE SEUS MEMBROS E A POSIÇÃO DA MULHER

A família é uma das instituições centrais da modernidade jurídica e um dos pilares do Direito Civil moderno, assim como o contrato, porém, revestem-se de características completamente distintas. O contrato tem como seu fundamento teórico-metodológico a liberdade e a autonomia contratual, ainda que revestidas da boa-fé objetiva e regulado por uma gama de normas dispositivas. A família, por sua vez, é concebida como uma instituição social fundada na liberdade, no livre desenvolvimento da personalidade, em direitos e deveres recíprocos de solidariedade regulados por normas imperativas, que não podem ser dispostas pelas partes.

É nessa perspectiva que a CF/88 amplia o reconhecimento dos grupos familiares, do mesmo modo que o Código Civil de 2002 (PEREIRA, 2004). Com essa configuração, a família aparece na CF/88, art. 226 (BRASIL, 1988), afirmando-se como base da sociedade com especial proteção do Estado. Por esse dispositivo consagra-se que a convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que por sua vez se encarrega de proteger e aperfeiçoar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Com a Constituição de 1988, consagra-se proteção à família (art. 226). Mas a que tipo de família se refere a norma constitucional? A norma constitucional compreende tanto a família fundada no casamento como a união de fato (art.226, §4º) e a adotiva, todas situações comunitárias análogas à família matrimonializada do ponto de vista sociológico.

A vida familiar protegida constitucionalmente pressupõe a existência de uma família. A garantia institucional não fica, porém, adstrita à família fundada no casamento. A família sem a realização do negócio jurídico do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional, porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e de responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa da educação dos filhos (MUNIZ, 1990, p. 90).

As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexos família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que o casamento e a família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

Desde logo, portanto, uma ideia nos afigura correta: não se pode falar em família, assim, no singular, como se existisse um tipo, ou modelo único, quando é certo que ao lado da família nuclear (família reduzida ao casal e aos filhos) que pode ou não ser fundada no casamento, se reconhecem outros tipos de família em que o grupo é mais limitado (pai ou mãe com seus filhos), como ocorre com as famílias monoparentais.

As causas de sua formação são diversas: falecimento de um dos cônjuges; divórcio ou separação de fato entre eles; ruptura do concubinato; reconhecimento do filho por um só dos pais; atenção por pessoa não casada; mãe solteira que vive só com o filho; pais ou mães que vivem com seus filhos maiores.

O reconhecimento do plural é essencial. Inexistente na Constituição uma construção geométrica; ao contrário, reconhece-se a diversidade, isto é, a preservação da pluralidade dos diferentes tipos de família, que devem ser tratados de maneira idêntica nos casos idênticos ou, pelo menos, é preciso evitar colocar formas de família semelhantes em situações desiguais. De resto, a proteção constitucional de que gozam as uniões livres (art.226 §3) revela que as relações entre a família de fato e a família baseada no casamento é vista pelo legislador constituinte não mais em termos de exclusividade, mas em termos de compatibilidade.²⁸

Observa-se, ainda, o direito de constituir livremente uma família, quer no casamento, quer fora do casamento. A circunstância de o princípio de proteção do casamento não se encontra formulado de modo explícito não se afigura decisiva para negar essa garantia institucional ao casamento.

É possível a seguinte leitura do texto constitucional: a liberdade de se casar corresponde a um direito fundamental do ser humano (Direito de Personalidade) porque tutela um interesse fundamental do homem, consagrado no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

²⁸ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Artigo 16 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. (ONU, 1948)

Este princípio encontra-se recepcionado no catálogo de direitos fundamentais da CF/88 (art.5º e art. 2º).

A igualdade do tratamento jurídico do marido e da mulher no casamento adquire o valor de um princípio normativo fundamental no Direito de Família. Este postulado é uma aplicação ou afloramento do princípio geral da igualdade dos direitos e deveres dos homens e das mulheres (art. 5º, inciso I)²⁹, que, por sua vez, não é mais do que corolário do reconhecimento da dignidade da pessoa humana: homem e mulher são iguais em valor humano e social.

O princípio da igualdade de direitos da mulher e do homem é um dos princípios de nossa ordem jurídica constitucional. Ingressou, portanto, no domínio do Direito: tornou-se uma norma de direito positivo; preceito, não apenas preceptivo, mais de eficácia imediata. Isto significa que todas as normas que traduzem discriminações em função do sexo, a partir da entrada em vigor da CF/88, perderam a vigência. A proibição de discriminação, como direito fundamental, impede, portanto, salvo raras exceções, que o sexo seja escolhido como critério legítimo de diferenciações.

O princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges proíbe, portanto, que se atribua à mulher um status de inferioridade em relação ao marido, porque isso seria ofensivo à dignidade e obstáculo à realização efetiva de sua personalidade.

A Constituição incide sobre o “poder parental” numa família de base igualitária, onde a cooperação substitui a hierarquia e se acentua objetivo primordial que é desenvolver a comunhão entre pai, mãe e filhos. Os Pais e filhos devem mutuamente ajuda consideração e respeito (respeito à personalidade do outro)

As relações entre pais e filhos menores estão centradas na ideia de proteção. Sendo assim, o poder paternal é um regime de proteção: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. ” (BRASIL, 1988). A

²⁹ I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

função do poder paternal é, portanto, assegurar os cuidados necessários para o desenvolvimento da personalidade dos filhos.

A situação jurídica do filho, que se funda no princípio da igualdade, demonstra que independentemente do tipo de família onde ele viva, tem direitos (direito ao sustento, a segurança, a saúde, a herança, as garantias sociais do estado, etc.) De acordo com princípios idênticos, a ideia de neutralidade constitui importante aspecto da regra de não discriminação entre filhos nascidos do casamento ou fora do casamento: “art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

De qualquer forma, a Constituição de 1988 lança alguns fundamentos importantes que não poderão ser ignorados pela legislação ordinária que vier disciplinar qualquer aspecto do Direito de Família. A família não deve ser mais entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue.

No estágio em que se encontra as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o Direito de Personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito a relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade.

O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macro princípio da dignidade da pessoa humana, que preside todas as relações jurídicas e que se submeteu ordenamento jurídico nacional.

Na atualidade, o equilíbrio do privado e do público pauta-se exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana que integram a comunidade familiar. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou à estranhos, mas a cada membro da própria família. Assim, desprender-se que a responsabilidade não se pauta tão somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir dessa perspectiva constitucional institucionalizada, seria um equívoco afirmarmos que família se resume a um grupamento de pessoas composto por

indivíduos geneticamente vinculados ou simplesmente uma entidade decorrente da vontade dos seus membros.

Para examinar a regulação jurídica das relações entre os membros da família e explorar a posição que a mulher ocupa nessas relações é necessário, antes de mais nada, atualizarmos o conceito de família para o Direito de Família atual. Segundo Maria Berenice Dias (2015), o Direito de Família é visto:

Como esse ramo do direito que disciplina a organização da família, conceitua-se o Direito de Família com o próprio objeto a definir. Em consequência, mais elo que uma definição, acaba sendo feita a enumeração dos vários institutos que regulam não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade. (DIAS, 2015, p. 42)

Essa perspectiva de análise, amplia o alcance desse ramo do Direito que organiza as relações familiares, seja entre cônjuges e conviventes, seja entre pessoas ligadas por consanguinidade, afinidade ou afetividade. Essa regulamentação legislativa prevê: o conceito de família, casamento, divórcio, bens, e outros aspectos referente à temática.

Atualmente, os estudos de Direito de Família têm destacado a afetividade entre os membros do grupo familiar como um dos elementos capazes de manter a solidariedade e de superar relações familiares fundadas apenas em relações jurídicas formais e em laços de consanguinidade. Observe-se que a afetividade se desenvolve no ambiente familiar como agente socializador, e contribui para manter essa instituição fundamental para o desenvolvimento de outras relações sociais.

O conceito e as formas jurídicas de família vão se alterando juntamente com as mudanças sociais e recebem especial atenção do Estado, na Constituição Federal, em seu artigo 226, como lembra Maria Berenice Dias (2015):

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. (DIAS, 2015, p. 47)

Por outro lado, há um debate atual sobre a necessidade de demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar, com o fim de que as normas estabelecidas não interfiram na liberdade dos sujeitos, causando-lhes prejuízos.

A esfera privada das relações familiares começa a repudiar a interferência do Estado, que leva alguns teóricos a pensar que, para compreender a evolução das famílias e do Direito é preciso ter como premissa construir e aplicar uma nova cultura jurídica que vá permitir conhecer uma nova proteção das unidades familiares, centrando-se como maior preocupação com a valorização na manutenção da solidariedade e do afeto.

Esse conjunto de mudanças sociais e de alterações jurídicas teve impacto sobre o formato hierárquico tradicional da família, que cedeu lugar a relações horizontalizadas fundadas na igualdade e respeito mútuos.

(...) sob a concepção eudemonista de família, não é o indivíduo que existe para família e para o casamento, mas a família e o casamento que existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca da aspiração à felicidade. (FACHIN, 1992. p. 25)

Assim, pode-se dizer que no Brasil a família passou a ser regulada pelo Direito, a partir do modelo único da família patriarcal, em que o homem tinha a soberania sobre a família e todos os seus membros. Essa forma de família era fundada no matrimônio e, também denominada família matrimonial - o que consequentemente levava a se reconhecer apenas as famílias que fossem formalizadas pelo casamento.

A Constituição Federal de 1988 trouxe a legitimação das famílias eudemonistas, ou seja, não reconhece mais apenas as famílias matrimonializadas e hierarquizadas, mas sim todas as formas de famílias que se legitimam pela busca da felicidade de cada um dos seus membros, no seio familiar.

Observe-se que o Direito de Família brasileiro passou por uma evolução legislativa, até chegar à estrutura legal vigente. Em primeiro momento, a estrutura legal do Direito de Família, foi estabelecido pela Constituição Federal, a partir do art. 226³⁰, prevendo que a família é a base da sociedade, possuindo, portanto, proteção do Estado.

³⁰ O Direito de Família encontra-se com status constitucional, o denominado Direito de Família Constitucional, com amparo no artigo 226, e seus parágrafos 3º, 4º, 5º, 7º e 8º da Constituição Federal Brasileira de 1988: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento

Nesse processo, cumpre destacar as sucessivas alterações legislativas, sendo a mais expressiva o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) (BRASIL, 1962), que devolveu capacidade jurídicas plena às mulheres casadas, e prevendo bens reservados que asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho. Posteriormente, a Lei nº 6.515/77 (BRASIL, 1977) que entre outras disposições instituiu o divórcio acabou com a indissolubilidade do casamento, e assim, eliminou a ideia da família como instituição sacralizada.

A Constituição Federal de 1988 rompeu definitivamente com a desigualdade jurídica entre os membros da família, reafirmando a igualdade entre o homens e mulheres, e protegendo de forma igualitária, todos os seus membros.

Estendeu, ainda, proteção à família constituída pelo casamento, união estável entre o homem e mulher e família monoparental, formada por dos seus pais ou genitores e seus filhos e descendentes.

A igualdade entre os filhos também ficou estabelecida, independente da natureza do seu nascimento, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. E assim, constantemente foi se modificando o Direito de Família, mas ainda se fazem necessárias constantes atualizações diante das transformações sociais e tecnológicas e porque o Código Civil de 2002 já nasceu antiquado. A tarefa de atualização do Direito de Família tem sido exercida pelos Tribunais.

A filiação está regulada no Código Civil de 2002 a partir do Capítulo II e art. 1.596.³¹ Estes artigos trazem o conceito de filiação, bem como, outros aspectos gerais

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. Regulamento § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (art., 226, da Constituição Federal de 1988)

³¹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; 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. Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597. Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade. Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade. Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do

acerca da temática, com destaque para as observações de que o vínculo biológico não é mais determinante para a existência da filiação.

Luiz Edson Fachin alerta que "para apreender a verdadeira paternidade, exige mais que a observação do vínculo biológico, emergindo daí a valorização da realidade socioafetiva que liga um filho a seu pai". (FACHIN, 1992, p. 34)

Acrescenta-se que, segundo Paulo Lôbo (2008, p. 192), filiação "é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial".

Diante de tal amplitude conceitual atualmente adotada, uma coisa é certa, é que a filiação se manifesta de formas distintas, ou seja, por diversos vínculos, quais coexistem diante do ordenamento jurídico vigente.

Conseqüentemente, essas mudanças refletiram na identificação dos vínculos de parentalidade, e deram surgimento a novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo, entre outros.

Sabe-se que a família existe não simplesmente pelos laços genéticos, mas também por laços jurídicos, solidariedade social e pelo afeto, ou seja, as pessoas têm considerado cada vez mais pessoas que não tem vínculos biológicos como verdadeiros membros de sua família.

É nesse contexto que a gestação de substituição introduz o problema da biologização dos vínculos familiares e o debate sobre os efeitos jurídicos da autonomia da vontade, em oposição aos aspectos corporais da cedente temporária do útero por meio do consentimento livre esclarecido (informado).

No caso da filiação resultante da gestação de substituição, os vínculos genéticos ganham especial importância, pois a origem do material genético pode ou

impugnante têm direito de prosseguir na ação. Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade. Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. (Código Civil, 2002).

não ser determinante para fixar a filiação. O que é determinante, neste caso, é o negócio jurídico estabelecido antes da gestação entre os participantes do projeto parental, cedente temporária do útero que segundo a Resolução do CFM em vigor, está “A doadora de óvulos ou embriões não pode ser a cedente temporária do útero”.

Ora, essa disposição contida na Resolução, gera uma sombra de dúvidas sobre a irrelevância do vínculo genético, para permitir a valorização de um vínculo puramente jurídico (consentimento informado) e socioafetivo a ser desenvolvido pelos autores do projeto parental e o produto dessa espécie de gestação.

Nessa hipótese particular de estabelecimento da filiação cabe, ainda, perquirir, a possibilidade de desenvolvimento de vínculo afetivo entre a cedente temporária do útero e o produto da gestação, uma vez que esse vínculo afetivo pode ter início no período da gravidez e se solidificar durante o puerpério, período em que, dependendo de questões hormonais e do melhor interesse do recém-nascido, como é o caso da amamentação.

Nessas situações, há evidente esforço normativo para afastar o vínculo genético para afastar e frustrar que a cedente temporária do útero seja reconhecida como mãe. Contudo, esse esforço não consegue eliminar os laços físicos e biológicos que se entrelaçam com uma afetividade, desde o nascimento.

O Direito fica sem respostas definitivas e coerentes, pois se o afeto é o elemento determinante do vínculo familiar e em específico da filiação, ele só é valorizado em relação aos autores do projeto parental em detrimento dos direitos existenciais, reprodutivos e vínculos afetivos da cedente.

De qualquer sorte, na atualidade não cabe mais buscar a identificação de vínculos de parentalidade apenas pela identificação genética, diante dos métodos de reprodução assistida que permitem a qualquer um ter filhos, na constância ou fora do casamento, sem a necessidade de manter um vínculo conjugal ou até mesmo ter relações sexuais.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2015) destaca que existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental:

(a) critério jurídico - previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597); (b) critério biológico - é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; e (c) critério socioafetivo - fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue. (DIAS, 2015, p. 82)

É possível problematizar se a valoração afetiva para o estabelecimento da filiação presente no Direito de Família, também encontra vigência social pois a citação de Maria Berenice Dias, indica claramente a importância dos exames de DNA para a determinação da filiação. Entre postulados e ficções jurídicas e a técnica os discursos de verdade da técnica parecem se sobressair para a sociedade contemporânea.

Nos processos de reprodução humana assistida, dois aspectos merecem relevo por terem efeitos distintos nas esferas jurídicas dos autores do projeto parental, de terceiros envolvidos neste projeto e na filiação do produto da RA, nas hipóteses em que a gestação está restrita a membros do grupo familiar, ou conta com a participação de terceiros.

Na gestação de substituição, a filiação comporta duas modalidades: a homóloga e a heteróloga. Na fecundação homóloga, não há necessidade de autorização do marido ou companheiro; em contrapartida, a fecundação heteróloga, é que ocorre quando o marido manifesta expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa, que é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal com o marido.

Quanto a filiação decorrente de gestação de substituição, não há nenhuma lei em sentido estrito que trate do assunto, sendo o assunto tratado por resoluções editadas pelo Conselho Regional de Medicina, que tem em comum a proibição do caráter comercial da gestação de substituição, ou seja, somente a forma altruística é permitida.

Já a filiação em decorrência de inseminação caseira, ocorre quando a mulher fértil, em seu período de ovulação introduz o sêmen doado por alguém. Esse método é adotado por casais que não conseguem ter acesso ao processo de inseminação artificial pelo custo alto do procedimento.

O procedimento para a reprodução assistida é regulado pelo Conselho Federal de Medicina, e a ANVISA é responsável por fiscalizar o banco de sêmen, na inseminação caseira a inseminação caseira não é amparada por nenhuma legislação. Quando se trata de inseminação caseira, o Poder Judiciário tem sido chamado para solucionar as demandas para regularizar a situação dos bebês, já que os casais não conseguem registrar seus filhos de forma extrajudicial.

A renúncia à maternidade não é prevista pelo Direito de Família brasileiro, para o qual é possível apenas renunciar à guarda ou entregar o recém-nascido para adoção.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) não se pronunciou sobre a natureza, o sentido e o alcance do consentimento informado na gestação de substituição, como o fez o Tribunal Constitucional de Portugal (PORTUGAL, 2018) ao declarar inconstitucional normas da Lei da Procriação Medicamente Assistida (PMA), no que diz respeito ao arrependimento da cedente temporária do útero que consentira entregar a criança, após o nascimento, aos autores do projeto parental. Essa decisão tratou com clareza do direito ao arrependimento da declarante gestante e resultou na modificação da legislação portuguesa.

No Direito de Família brasileiro, o entendimento majoritário atual é o de que a autora do projeto parental, que fornece o material biológico, detém a maternidade da criança, pois considera que a cedente temporária do útero é apenas a hospedeira daquele ser gerado, sem a contribuição de suas células germinativas.

Outra perspectiva importante é levantada pelos adeptos da valorização da filiação afetiva, que defendem que, independentemente da origem biológica ou da gestação, a mãe será aquela que assumiu e levou adiante o projeto familiar. Existe, ainda, um outro parâmetro decisório para definir a maternidade e a filiação que melhor atendam ao interesse da criança recém-nascida. Este critério decorre da aceitação da primazia do princípio do melhor interesse da criança, como parâmetro para a fixação da filiação.

Os órgãos notariais, segundo a legislação brasileira, na Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973) (BRASIL, 1973), determinam que conste como mãe, para fins registrais, a pessoa que deu à luz a criança, apesar do consentimento informado anteriormente declarado pela cedente temporária do útero, “renunciando” a maternidade. Cria-se, portanto, uma permanente tensão entre essa esfera notarial oficial, a atividade médico-empresarial que realiza os procedimentos de gestão por substituição e os sujeitos que utilizam essa técnica.

Na tentativa de superar ou aliviar essa tensão, pode-se citar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Tribunal de Apelação), que deu ganho de causa às partes formuladores do projeto parental e expediu Provimento nº 63 de 14/11/2017 (BRASIL, 2017), para determinar que o registro público realizasse a

certidão de nascimento em que constasse como genitores apenas os solicitantes da gestação, excluindo a cedente temporária do útero desse documento.

Esse provimento está alinhado à tendência de reconhecimento dos modelos familiares múltiplos para dar proteção e evitar a discriminação entre os vários tipos de filiação. Nessa mesma linha, a jurisprudência das últimas décadas tende a favorecer os vínculos afetivos familiares e a tornarem menos determinantes os vínculos biológicos para determinação da filiação. O Provimento nº 63 acolhe essa orientação em relação à determinação da maternidade e da filiação na gestação de substituição, em que o projeto parental tem maior peso para essa determinação do que os aspectos genéticos e biológicos (cessão de útero), ao estabelecer que não conste do registro o nome da cedente temporária do útero (parturiente), *verbis*:

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 de 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. (...) § 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida. (BRASIL, 2017)

Todo esse emaranhado de normas infralegais gerou ambiguidades e revelou a dificuldade da sociedade brasileira e dos Poderes Legislativo e Judiciário em tratar de maneira adequada a questão da utilização das técnicas de RA e seus efeitos sobre o Direito de Família, em especial sobre a determinação da maternidade e filiação.

Analisada sob outro ângulo, essa questão nos remete à dificuldade de valoração e proteção jurídica do projeto parental, diante da liberdade de utilização de técnicas de RA, envolvendo sujeitos com interesses distintos, que se projetam sobre a existência e os direitos da criança gestada.

4.2 AUTONOMIA PRIVADA, PLANEJAMENTO FAMILIAR E PROJETOS PARENTAIS NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.

Até a década de 70, casais inférteis tinham um único recurso disponível para concretizar a maternidade ou paternidade: a adoção. A origem da vida intrauterina era limitada, dependia única e exclusivamente das relações sexuais e da fertilidade do casal. A evolução das técnicas de reprodução assistida coloca em segundo plano a

concepção natural: possibilita inclusive que pessoas sem problemas de infertilidade se utilizem dos métodos como forma de garantir a concepção.

As técnicas de RA correspondem, atualmente, a uma forma de promoção de saúde física e psicológica dos indivíduos que enfrentam dificuldades de gerar, como meio de proporcionar a realização do projeto parental, quando outras técnicas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

Diante da infertilidade e motivado pelo desejo da parentalidade, ou mesmo, pela necessidade de adequação social, as pessoas buscam, nas técnicas reprodução assistida, a solução para os seus problemas. A fuga da esterilidade e/ou o desejo de ter filhos tornam o corpo da mulher, mais uma vez, um objeto, um instrumento para que se realize uma vontade. O corpo feminino é o objeto principal de todos os procedimentos de fertilização.

O planejamento familiar, como livre decisão dos sujeitos, não é conceito absoluto, defeso de qualquer interferência estatal. A divergência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável permite o pronunciamento e possível manifestação estatal no caso concreto, o que amplia seu papel de não apenas propiciar meios educacionais e científicos para o exercício dos direitos inerentes a construção da família.

Ressalta-se, inicialmente, ser imprescindível o preenchimento das lacunas normativas no ordenamento jurídico brasileiro acerca do planejamento familiar e, em especial, sobre as diversas técnicas de reprodução assistidas, que correspondem ao retrato contemporâneo da nova sociedade, sob a égide de um Estado de Direito.

Constituindo a família a base da sociedade, questiona-se o limite da interdisciplinaridade entre o cientificamente possível e o ético e socialmente desejável. Nesse sentido, cabe ao Estado promover meios para que haja, desde a mudança de mentalidade quanto à essência do planejamento reprodutivo, através da veiculação de informação, principalmente, nas consultas de planejamento familiar, até a efetivação da igualdade material da mulher frente ao exercício dos seus direitos, por meio de medidas concretas capazes de viabilizá-los.

Os desdobramentos da reprodução humana são diversos (TEIXEIRA, 2010, p. 116-117), entre os quais destacamos os novos contornos conferidos à vivência da parentalidade (GRAZIUSO, 2018, p. 31-38). As técnicas de reprodução assistida têm impactado na compreensão desse instituto, na medida em que novas estruturas parentais surgem com os avanços biotecnológicos, a exemplo da gestação de

substituição e das relações que se estabelecem entre os vários atores envolvidos. Há, pois, a necessidade de compreender essa nova conjuntura familiar e social.

Stefano Rodotá reconhece que a incidência das tecnologias de reprodução humana, na esfera dos direitos individuais de forma descontrolada cria os inúmeros problemas que hoje as sociedades modernas vêm enfrentando no campo da procriação humana.³² Aponta que a ocorrência de uma verdadeira separação entre a reprodução e as relações sexuais e assim entre o mundo da reprodução e da concepção.³³

Não há mais a necessidade de relações sexuais para a concepção, que pode se dar sem a presença masculina, desde que o sêmen esteja congelado. Ora, se é possível a adoção deste método de procriação, como forma a não necessitar das relações carnis, lançando-se mão de instrumentos jurídicos para obter os serviços de uma terceira, estranha ao casal, para que geste durante os nove meses seu filho para entregar-lhes a criança após o nascimento, haveria a possibilidade de estabelecer os direitos e obrigações das partes envolvidas, por meio de instrumento contratual, ou estaríamos diante da impossibilidade jurídica de fixar tais aspectos, em virtude da natureza do objeto contratual e dos efeitos não patrimoniais envolvidos.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §7º, explicitou o planejamento familiar no Brasil como um direito, balizado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, passando a significar não só a contracepção e concepção dos filhos, mas também o amparo e a oferta de meios educacionais e científicos pelo Estado, a fim de viabilizar o exercício desse direito.

Posteriormente, tal dispositivo constitucional foi regulado pela Lei nº 9.263 de 12/01/1996, que expressamente enfatiza que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, consagrando-o, assim, como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de formação, limitação ou aumento da prole

³² “Considerazioni di opportunità a parte, credo che dobbiamo renderci conto chi i problemi esistenti in questo settore sono, in buona parte, quelli tipici dell’incidenza delle varie tecnologie nella sfera dei diritti individuali, e comunque nella sfera delle persone, com grosse questioni legate Allá capacita di controllo sociale di questi fenomeni.” (RODOTÁ, 1989, p. 136)

³³ “La ricognizione attenta di questi dati diventa allora indispensabile, anche per cogliere mutazioni già intervenute e Che modificano profondamente il quadro di riferimento del giurista: prima Le tecnologie Del controllo delle nascite, poi quella della riproduzione artificiale, hanno determinato La separazione tra mondo della sessualità e mondo della riproduzione e, quindi, tra mondo Del concepimento e mondo della riproduzione.” (ibid., p. 137)

pela mulher, pelo homem, ou pelo casal, sendo defeso o uso dessas ações para qualquer tipo de controle demográfico pelo Estado.

Paralelamente, no âmbito mundial, a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo, em 1994, e da IV Conferência Mundial da Mulher, sediada em Pequim, em 1995, surgiu o conceito de “autonomia reprodutiva”, que diz respeito às ações amplas no campo da reprodução, envolvendo não só mulheres e homens, isoladamente considerados, como também o casal.

Os direitos sexuais e reprodutivos consagrados em tais eventos, explicitados inequivocamente como direitos fundamentais, apresentam-se em sua feição negativa como controle de fecundidade, vislumbrando o direito de uma sexualidade sem reprodução.

Infere-se, portanto, que a conquista do direito ao planejamento familiar é reflexo das inúmeras discussões e reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos em âmbito internacional, o que nos demonstra um avanço na busca pelos direitos humanos que vêm se especificando, cada vez mais, para positivar a manutenção de sua universalidade.

Seguindo esse mesmo parâmetro, surgiu, posteriormente, a necessidade de discussão como forma de preocupação acerca do “se” e “quando”, além do “como” se reproduzir, gerando expectativas em torno das técnicas de reprodução medicamente assistida, o que fomentou o direito à procriação, em seu aspecto positivo de reprodução (IAGULLI, 2001, p. 158).

A partir disso, buscou-se promover, então, o exercício responsável dos direitos sexuais e reprodutivos, como fundamento para as políticas e programas estatais e comunitários na esfera da saúde reprodutiva.

A relação entre pais, mães e filhos é multidimensional e deve ser compreendida como uma experiência em contínua e ininterrupta construção e que mais tem a ver com um processo de desenvolvimento dos pais e das mães do que, propriamente, com uma responsabilidade ou o exercício de uma função (PEREIRA; ALARCÃO, 2014, p. 158).

Nesse sentido, entende-se necessária a definição e a contextualização da parentalidade no direito brasileiro, ao mesmo tempo em que deve ser adensada a busca em demonstrar a complexidade de limitar juridicamente um conceito que está evado de tessituras afetivas, morais, sociais e familiares.

Para Paulo Lôbo “a relação de parentesco identifica as pessoas como pertencentes a um grupo social que as enlaça num conjunto de direitos e deveres. Para além do direito, o parentesco funda-se em sentimentos de pertencimento a determinado grupo familiar, em valores e costumes cultuados pela sociedade[...]”. (LÔBO, 2018, p. 46). A maternidade é sempre certa, em razão do binômio gestação x parto, que conferia à mulher que gerou e pariu a incontestável condição de mãe.³⁴

As técnicas de reprodução assistida, por sua vez, levaram ao que Ingeborg Schwenzer denominou de *split motherhood*, construindo o conceito de maternidade dividida: “as biotecnologias alteraram papéis, permitindo distinguir a gestante (mãe biológica), a doadora do material (mãe genética) e a autora do projeto de maternidade (mãe intencional ou socioafetiva)” (SCHWENZER, 2007, p. 511).

É nesse contexto que a gestação de substituição é o ponto de inflexão das ponderações acerca da parentalidade, uma vez que descortina um cenário antes sequer imaginado. Dessa forma, é um desafio manter o ordenamento jurídico nacional em alinhamento e coerência, pois se, de um lado, não há legislação, em sentido estrito, que discipline a gestação de substituição e as repercussões dela decorrentes, restando apenas a Resolução n.º 2320/2022 do CFM, que tem sido o parâmetro para a atuação de médicos e clínicas de reprodução assistida e que possui uma diretriz muito flexível - especialmente se comparada ao disciplinamento de países como Portugal - no que se refere a quem pode ceder o útero para gestação e suas responsabilidades e deveres em relação à criança gerada.

Muitos casais utilizam-se das técnicas de RA por opção, vez que a nossa legislação não lhes veda o acesso. Acabam priorizando a profissão ou a vida sem as responsabilidades que a maternidade e a paternidade trazem e adiam essa fase da vida familiar. Também há situações em que as mulheres solteiras resolvem criar sua própria família sem terem que recorrer ao método natural de procriação. Diante destes fatos, as técnicas de RA são amplamente utilizadas em busca da satisfação pessoal dos “pais”.

Um ponto crucial para a utilização autorizada desta técnica reside, portanto, em saber se os contratantes possuem o direito de, em busca de satisfação do desejo

³⁴ Poucos países se contrapõem legalmente à certeza da maternidade, como é o caso de França, todavia, o que ressaltamos é que essa “verdade” começa a ser questionada no cotidiano das relações, especialmente quando tratamos da maternidade por sub-rogação de útero (SCHWENZER; KELLER, 2016).

da filiação fundado no direito ao planejamento familiar, contratar uma mulher que ceda seu útero para gestar um filho. E, até que ponto o Estado não deve interferir neste tipo de planejamento e cabe questionar se este tipo de contratação não resulta em ofensa aos direitos da criança, nos termos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990).

À primeira vista, a questão parece pender mais para o lado do egoísmo do desejo de ter um filho, que tem seu ápice na consolidação do contrato de gestação de substituição, em que, a princípio, os contratantes e a contratada exercerão seus direitos: os primeiros de realizar o planejamento familiar, a segunda o seu direito de personalidade de dispor do próprio corpo.

Gilda Ferrando (1986), ao tratar da legislação italiana sobre a utilização das técnicas de procriação medicamente assistidas, afirma que o Estado pode intervir na família não em função de um interesse superior e abstrato da família, mas para salvaguardar um interesse individual merecedor de tutela: o interesse do nascituro e depois da criança nascida, membro mais frágil e vulnerável da estrutura familiar.

As decisões dos Tribunais norte-americanos e as legislações italiana, francesa e espanhola, todas tendem a proteger o melhor interesse da criança, ainda que esta contratação ocorra antes mesmo da gestação e do nascimento com vida.

Cabe lembrar que a legislação brasileira comporta quatro espécies de estados de filiação, a depender da origem: “a) por consanguinidade; b) por adoção; c) por inseminação artificial heteróloga; d) por força de posse de estado de filiação” (LÔBO, 2015, p. 1752).

Percebe-se que a origem genética não é mais suficiente para configurar, por si, a parentalidade, entretanto é razoável afirmar que não mais remanesce relevância em conhecer a origem genética para esse fim, bem como para ter expectativas de construção de uma relação parental a partir dessa identidade genética. Importa salientar o direito à identidade genética, vez que se trata de um direito fundamental reconhecido, de modo implícito, no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa altura, no entanto, deve ser grifada a discussão que tem ganhado espaço no Brasil sobre a parentalidade corresponsável ou coparentalidade, na medida em que a igualdade de gênero – especialmente nas relações heterossexuais – tem no século XXI composto a agenda de Estados, da academia e da sociedade civil. Trata-se de um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (OMS, 2018, on-line) e, dessa maneira, torna-se igualmente uma pauta obrigatória para o Brasil.

Cumpra esclarecer, ainda, que a coparentalidade passa, necessariamente, pela indicação objetiva e inequívoca de quem exercerá a parentalidade. Evidencia-se como um pressuposto para a compreensão da relação que se formará entre adulto(s) e criança(s). Diante disso, não se pode negar que as incertezas que circundam as mulheres envolvidas em protocolos de gestação de substituição interferem diretamente na vivência da coparentalidade.

Frizzo, ao discutir a coparentalidade no contexto da psicologia e das relações familiares, busca apresentar um significado ao termo, reconhecendo ser ainda um conceito em construção: “A coparentalidade (*coparenting*) tem sido definida na literatura como um conceito que se refere à extensão na qual o pai e a mãe dividem a liderança e se apoiam nos seus papéis de ‘chefes’ da família, ou seja, nos papéis parentais” (FRIZZO et al., 2005, p. 84).

E ainda: “Essencialmente, a coparentalidade envolve apoio e comprometimento mútuo no exercício da parentalidade. É através desta relação que os pais podem negociar seus papéis, responsabilidades e contribuições para a criança” (ibid., p. 86).

Nessa medida, comprova-se que a vivência da parentalidade e a presença cada vez mais comum de uma busca pela coparentalidade são desafios para o direito e para as relações familiares e sociais, sobretudo na medida em que implica a reflexão sobre a viabilidade de se continuar avançando em biotecnologia e protocolos de reprodução assistida, a exemplo da gestação de substituição e da ampliação do rol pela Resolução nº 2.320/2022 do CFM, sem a devida preocupação com a coesão e com a coerência do ordenamento jurídico, em especial no que tange aos cuidados e aos direitos das crianças e adolescentes.

Em um Estado Democrático de Direito vislumbra-se o compromisso com a função social, o intervencionismo como mecanismo de concretizar objetivos e a ordem jurídica legítima, que deve priorizar o respeito à liberdade. Como preleciona Maria Celeste Cordeiro dos Santos,

[...] os princípios, por si só, nunca decidem questões éticas, isto é, podemos aferir a força moral dos princípios somente através do estudo de como eles são aplicados e dentro de situações particulares. A aceitação dos princípios não descarta a possibilidade de que surjam discordâncias radicais quanto ao objeto de sua aplicação. (SANTOS, 1998, p. 15)

O princípio da proporcionalidade, nessa situação específica, é invocado para dirimir a controvérsia da seara privada e da seara pública. A excelência pela honra da pessoa humana se expressa como corolário de todo arcabouço ético de uma sociedade. Como guardião dos direitos fundamentais, o Estado vê-se em situações complexas quanto às acepções próprias de cada indivíduo sobre o planejamento familiar.

Os conflitos em torno de direitos assegurados, suas restrições e efeitos entre as partes, atingindo os direitos da personalidade, o direito de filiação e maternidade e a garantia constitucional ao planejamento familiar, remetem o debate para o campo da teoria do direito, pois o que está em disputa é a assunção de uma orientação filosófica liberal utilitária, em contraste com um ordenamento jurídico pautado pelos valores da solidariedade, da dignidade humana e do solidarismo social.

A paternidade e a maternidade responsável devem ser assumidas e concretizadas de forma consciente, visando, principalmente, ao equilíbrio da estrutura familiar, que se apresenta como a base da sociedade. A autonomia da vontade confronta-se diretamente com a não ingerência estatal no planejamento familiar. Contudo, o direito de gerar está subordinado ao pilar da paternidade responsável. Isso significa que ao Estado, como provedor do bem-estar social, não se permite a inércia sobre tal circunstância.

O Estado, por meio de suas políticas públicas, deve se comprometer com a ética da responsabilidade pública, despindo-se de qualquer forma de indiferença, propondo, por conseguinte, maneiras de efetivar os direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos, como forma de preservar a dignidade da pessoa humana.

A análise do planejamento familiar, como direito fundamental estabelecido sem a interferência do Estado, apresenta uma nova dimensão dos efeitos produzidos pelo exercício da autonomia privada e da autonomia corporal no âmbito das relações familiares. O que está em jogo é a liberdade de ter filhos e a possibilidade de determinar a filiação, com base na autonomia privada, para realizar um projeto parental, que pode afetar os direitos da criança, produto da gestação de substituição e da cedente temporária do útero.

4.3 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER EM PERMANENTE RECONSTRUÇÃO

A questão da igualdade e da autonomia corporal da mulher casada e sua participação na vida familiar e social começou a ser debatida no Brasil na década de 1960, e o Estatuto da Mulher Casada de 1962 (BRASIL, 1962) abriu espaço para propostas que postulavam um tratamento jurídico igualitário entre homens e mulheres, na família e na sociedade.

Nesse período inicial, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher não se apresentavam na cena jurídica brasileira, embora já houvesse um movimento de renovação nas Ciências Sociais com base nas primeiras elaborações das feministas norte-americanas e na leitura de escritos alinhados com o pensamento francês. Tal movimento encontrava, dentre outras fontes, na desafiadora obra de Simone de Beauvoir (1980[1949]) um inquietante questionamento sobre o segundo sexo.

O movimento pela Constituinte, em 1986, ao final da Ditadura Civil-Militar iniciada em 1964, inclui entre outros temas de profunda relevância política e social uma modificação substancial no papel da mulher no âmbito familiar e uma inovação do conceito jurídico de família e do tratamento da filiação.

Partindo da observância de um padrão civilizacional do direito constitucional do pós-guerra, que invoca a dignidade humana como elemento de sustentação da igualdade, da liberdade e da autonomia dos sujeitos, o art. 5º da CF/88 reafirma a igualdade formal, abstrata, entre todos os cidadãos, sem distinção de sexo. No parágrafo 5º do art. 226, a CF/88 reforça esse tratamento igualitário, no interior das estruturas familiares, e coloca a mulher em pé de igualdade ao homem na condução da vida familiar.

Além disso, a Constituição, nesse mesmo artigo, equipara as famílias formadas a partir do casamento com as famílias de fato, atualmente denominadas uniões estáveis. Com o objetivo de ampliar a proteção das mulheres, que não eram casadas, mas que participavam da formação de famílias; essas mulheres sofriam discriminação jurídica ao terem o status jurídico de concubina, sem receber a mesma proteção jurídica patrimonial que a mulher casada.

A Constituição, no parágrafo 7º do seu art. 226, enuncia, pela primeira vez, a questão do planejamento familiar, vinculando essa garantia à liberdade de reprodução, sem qualquer intervenção da esfera estatal

Ressalta-se que essa não-intervenção não obsta à construção de políticas públicas voltadas a disciplinar as técnicas de contracepção e de reprodução assistida. Nesse período, para consolidar essas novas formulações constitucionais em favor da proteção jurídica e da participação social da mulher no Brasil, a civilística nacional, a partir da importante obra de Lamartine e Francisco Muniz, *Direito de Família Patrimonial*, desenvolve argumentos em favor dessas modificações, sempre que possível apoiadas no princípio da dignidade humana, em conexão com a liberdade e a autonomia dos sujeitos, para o livre desenvolvimento da sua personalidade.

Na esteira dessa obra, outros autores do Direito Civil, como Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo, Maria Celina, Tânia da Silva Pereira, irão reforçar os ditames constitucionais e influenciar a proposição de leis e de decisões judiciais sobre esses temas. Note-se que a liberdade sexual sempre fora exercida pelos homens e se apresentava como ônus para as mulheres, sobretudo diante da criminalização da interrupção voluntária da gestação, que permanece sem modificações no direito brasileiro e na interpretação pelos Tribunais Superiores. Aliás, essa questão não é apenas brasileira, mas corresponde a uma visão voltada a valorizar o aspecto reprodutivo da mulher em detrimento da sua autonomia corporal, como descreve de maneira ampla e minudente a jurista norte-americana Carol Sanger (1997).

É fato que, a partir da década de 1980, as teorias feministas se expandiram no debate público brasileiro e, em certa medida, ganharam fôlego diante da necessidade do Direito regular as novas técnicas reprodutivas. As novas normas se localizam para fora da legislação e são produzidas pelas áreas técnicas da medicina e da pesquisa genética (resolução do CFM e portarias do MS), embora estejam condicionadas a determinados parâmetros éticos jurídicos produzidos pela Bioética, que a rigor, não integram a legislação nacional, mas a influenciam.

O professor Natalino Irti em diálogo com o filósofo Emanuele Severino sobre o Direito e Técnica questiona se o Direito é ainda capaz de regular a técnica na sociedade contemporânea, ou se a técnica se autonomizou e passa a ser um lugar que dita as normas da sociedade, a partir de suas próprias necessidades de desenvolvimento permanente e veloz. Nessa mesma linha, Stefano Rodotà (1995), ao discorrer sobre Tecnologia e Direito, identifica as diferenças temporais entre a formulação jurídica e o permanente desenvolvimento da técnica. O autor continua sua análise para chegar à questão de como a técnica investe na esfera privada e física do sujeito (corpo) e na sua dimensão imaterial, de modo a influenciar a subjetividade.

Adverte, de maneira similar a Irti, que a técnica se apresenta de maneira neutra para a sociedade, mas que sua aplicação e desenvolvimento no mercado afeta a vida social. Conclui dizendo que especialmente a técnica aplicada à procriação altera as relações interpessoais.

Ao questionar sobre o desenvolvimento da técnica, o sujeito de direito nos processos de reprodução humana assistida, Bernard Edelman, na sua obra *La Personne en danger* (1999), identifica vários aspectos que promovem mudanças radicais na construção dos direitos e na concepção de sujeito de direito, e adverte que esse conjunto de inovações tecnológicas postas a serviço do humano passam necessariamente pelo mercado, que para operá-las promove modificações de categorias jurídicas localizadas no Direito Privado.

Nesse ambiente profundamente afetado pelas inovações tecnológicas voltadas à saúde e à reprodução humanas, o problema que se coloca é em que medida elas são capazes de garantir nossa liberdade e nossa autonomia, permitindo-nos alterar as limitações fisiológicas e, inclusive, permitindo-nos a definir nosso futuro e o futuro da espécie.

Para analisar a construção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, com seus objetivos de proteção e de regulação da atividade reprodutiva, é indispensável, portanto, avançar e reconhecer a influência que os discursos feministas têm sobre a permanente expansão e utilização das técnicas de RA.

Os discursos feministas contemporâneos têm como ponto de partida o debate sobre a classificação racial da humanidade, construída pelo colonialismo, e a atribuição de gênero às pessoas baseadas nos corpos. Ambas ganham significados na perspectiva dual eurocêntrica, que separa a natureza da razão e o corpo do espírito. Os corpos de fêmeas da espécie humana, assim como os corpos não brancos, são concebidos como mais próximos da natureza e, portanto, destinados à subordinação e sujeição à razão que, por sua vez, é masculina e branca. A condição de inferioridade e superioridade racial e de gênero resulta dos significados culturais que se atribui à aparência ou aos traços fenotípicos (africanos ou indígenas), e ao sexo (feminino ou masculino).

Para Judith Butler, a distinção entre sexo e gênero é concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é destino. Tal distinção atende à tese de que o gênero é culturalmente construído, não sendo o resultado causal do sexo. Afirma, ainda, que as feministas que apoiam esta ideia levam a distinção sexo/gênero

a seu limite lógico, sugerindo uma descontinuidade entre corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos (BUTLER, 2010, p. 24).

A estratégia feminista adotada aponta para a ideia de que o gênero está para a cultura como o sexo está para a “natureza” e tem como objetivo desmontar discursos deterministas biológicos que, numa perspectiva essencialista, naturalizam a masculinidade e a feminidade, biologizando comportamentos e habilidades cognitivas. Tal construção cultural se expande para além dos limites corporais, classificando hábitos, construções mentais, crenças, culturas e todas as relações sociais a partir deste mesmo parâmetro.

Paralelamente aos avanços das teorias feministas, a partir das décadas de 1950 e 1960, houve no Brasil uma intensificação das demandas e mobilizações sociais por novos direitos e por uma política soberana de desenvolvimento nacional. Ao mesmo tempo, o advento da pílula anticoncepcional e outras tecnologias hormonais de controle da fecundidade prometiam às mulheres condições inéditas para o exercício da sexualidade.

Contudo, o golpe militar de 1964, fortemente apoiado pelas forças mais conservadoras da Igreja Católica, interrompeu o processo de desenvolvimento social que se orientava pelo bem-estar e pelo desenvolvimento econômico e que se encaixava no movimento político terceiro-mundista, para afirmar uma maior autonomia em relação ao centro capitalista. Nessa conjuntura, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, a liberdade sexual e a emancipação das mulheres também foram freados.

Às possibilidades de maior liberdade no exercício da sexualidade, abertas pelos contraceptivos, sobrevêm o autoritarismo das políticas de controle da natalidade. O único avanço significativo neste período deu-se com a aprovação, em 1977, da Lei do Divórcio, sancionada contra a vontade da Igreja Católica, que insistia em obrigar toda a sociedade e sobretudo as mulheres a submeter-se às suas exigências quanto à indissolubilidade do casamento, ou resignar-se a viver na marginalidade das relações de fato, sem proteção da lei.

Nesse contexto, os principais prejuízos da indissolubilidade do vínculo matrimonial eram colhidos pelas mulheres que, após a separação judicial, viam seu nível de vida material reduzido, não gozavam do status de mulher casada e não podiam reconstruir sua vida familiar. A constatação dessa situação da mulher “desquitada” é reconhecida pelos juristas recorrentemente.

Durante esse período, também, várias agências de desenvolvimento internacionais começaram a investir recursos no Brasil para as políticas de controle demográfico. Como assinala Murguialday, tais agências não tardaram a identificar as mulheres como as responsáveis por limitar o tamanho de suas famílias e chegaram a propor que se poderia reduzir a pobreza simplesmente reduzindo a fertilidade, mediante a esterilização massiva e a difusão de tecnologias contraceptivas (MURGUIALDAY, 2009. p. 5).

Assim como no período colonial, a estratégia de dominação pela miscigenação se ergueu sobre os corpos e a sexualidade das mulheres, nesse momento, com a “transição demográfica para o desenvolvimento” – eufemismo para nomear o autoritarismo das políticas de controle da natalidade. As mulheres negras, situadas nos estratos mais empobrecidos da população, foram o alvo principal dessas políticas autoritárias de controle da natalidade. No Brasil, a intervenção dessas agências internacionais deu-se à margem, com a omissão do Estado autocrático, e produziu resultados impressionantes em termos de redução da fecundidade³⁵.

As feministas em geral, e os movimentos de mulheres negras em particular, denunciaram com veemência o caráter autoritário desta política. O genocídio, a violação do direito de as mulheres decidirem sobre a sua fecundidade e todo tipo de abusos cometidos por estes organismos internacionais levaram as mulheres a reivindicar a autonomia sobre os seus próprios corpos, seus direitos e os serviços públicos para a regulação da fecundidade, politizando o debate sobre sexualidade e reprodução humana.

O vigor do feminismo na sua movimentação pela saúde da mulher no início dos anos 80 já mostraria seus primeiros frutos, com a proposição do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, criado em 1983. O processo de redemocratização nacional nos anos 80, marcado pelo fim da ditadura militar e a realização da Assembleia Nacional Constituinte, veio acompanhado do agravamento da crise econômica no país, marcado pela inflação galopante.

A vitalidade política do processo Constituinte emanou da capacidade de mobilização e proposição de inúmeros movimentos sociais e sindicais que alargaram a esfera pública e conformaram a sociedade civil brasileira. Os movimentos feministas

³⁵ Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de fecundidade caiu de 5,8 filhos por mulher em 1970, para 2,8, em 1991, chegando ao século XXI a 2,3 filhos.

e de mulheres, assim como o movimento negro, ganharam expressão e relevância e suas demandas por direitos iguais obtiveram as primeiras repercussões no âmbito da estrutura do Estado, que criou organismos próprios no âmbito da administração pública – o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e a Fundação Palmares – para lidar com tal desafio³⁶.

Do ponto de vista da agenda política dos movimentos de mulheres relacionada à sexualidade e reprodução, foi fundamental que os argumentos feministas já tivessem, em meados da década de 80, bastante consistência para explicitar as propostas em relação ao planejamento familiar, à liberdade sexual e para reivindicar o fim da violência contra as mulheres. Foi esta consistência que tornou evidente para os vários movimentos sociais e partidos políticos engajados no processo da Assembleia Nacional Constituinte a centralidade da liberdade sexual e autonomia reprodutiva para a plena realização de nossas bandeiras pela igualdade de direitos e justiça social.

Apesar da bancada feminina ser muito pequena e de não existir uma bancada feminista na Constituinte, as propostas, por serem coerentes com as estratégias emancipatórias sustentadas por várias forças políticas naquele momento, foram vitoriosas. A mobilização permanente do movimento de mulheres em torno dessa agenda, o papel catalisador desempenhado pelo recém-criado Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, e a defesa sistemática desses direitos junto aos Constituintes (o chamado lobby do batom) foram essenciais.

Do lado oposto, as forças conservadoras e religiosas representadas na Constituinte (naquela época, quase que exclusivamente católica), que se opunham frontalmente aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, sofreram inúmeras derrotas. Uma das mais importantes, sem dúvida, foi a tentativa fracassada de incluir no texto constitucional dispositivo que inviabilizaria a realização do aborto, em

³⁶ O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher foi criado em 1985, com a finalidade de promover em âmbito nacional políticas que visem a eliminar a discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e de igualdade de direitos, bem como sua plena participação nas atividades políticas, econômicas e culturais do País, nos termos da lei federal 7353/85. Em 1988, através de Lei Federal, foi criada a Fundação Cultural Palmares, cuja missão corporifica os preceitos constitucionais de reforço à cidadania, à identidade, à ação e à memória dos segmentos étnicos dos grupos formadores da sociedade brasileira, e o direito de acesso à cultura e a indispensável ação do Estado na preservação das manifestações afro-brasileiras. Tal Fundação se constituiu numa instituição vinculada ao Ministério da Cultura.

qualquer circunstância, inclusive naqueles dois casos previstos pelo Código Penal desde 1940 (gravidez resultante de estupro e risco de vida da gestante).

Os termos do novo pacto nacional, consolidado na Constituição de 1988, orientaram o país no sentido de superar as injustiças e reduzir a enorme dívida histórica no que diz respeito às mulheres, negros e povos indígenas. Foram estabelecidos novos e avançados marcos em termos de direitos sociais, direitos civis e de soberania nacional.

A igualdade entre homens e mulheres, a proibição de todo tipo de discriminação, o reconhecimento da união estável (entre homem e mulher, mantendo a negação da formação familiar também por pessoas do mesmo sexo) como entidade familiar, o reconhecimento da função social da maternidade, o direito ao planejamento familiar, o veto a políticas coercitivas de controle populacional, a garantia de que a saúde é direito de todos e dever do Estado e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), os direitos dos trabalhadores, inclusive para as trabalhadoras domésticas (ainda que de forma diferenciada e incompleta), a demarcação das terras indígenas, a garantia da terra às populações remanescentes de quilombos, a criminalização do racismo, a garantia de desapropriação de terras para a reforma agrária, o voto para os analfabetos; tudo isso estava consolidado no novo texto constitucional.

Sob o ponto de vista da afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, os anos 90 foram de avanços, ainda que não tão ousados quanto anunciavam os tempos da Constituinte. Já em 1991, foi criada a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos sexuais e reprodutivos, como uma instância nacional de articulação política que difunde os direitos das mulheres à saúde como um direito humano, promove a atenção integral à saúde das mulheres e a participação das mulheres no controle social da saúde, além de defender a legalização do aborto como decisão que compete às mulheres.

Neste mesmo ano, é criado o primeiro serviço público municipal de atendimento aos casos de aborto legal, na cidade de São Paulo. Começa então uma longa batalha, tanto em âmbito local quanto nacional, no Legislativo, no Executivo e no Judiciário, para garantir a oferta desse mesmo tipo em todo o país. O movimento de mulheres negras, por sua vez, levantou e sustentou o debate da questão dos direitos sexuais e reprodutivos sob a perspectiva racial, com a Campanha Nacional contra a Esterilização em Massa, denunciando a esterilização de mulheres negras como política de controle da natalidade e genocídio do povo negro.

Em 1993, como consequência destas demandas e das demais lutas feministas por direitos sexuais e reprodutivos, foi instalada pelo Congresso Nacional a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para Investigar a Esterilização Massiva de Mulheres no Brasil, presidida pela então deputada Benedita da Silva (PT-RJ). No ano seguinte, foi aprovada a Lei do Planejamento Familiar, com alguns vetos. Também em 1995, um grupo de parlamentares fundamentalistas, católicos e evangélicos, apresentou uma proposta de emenda constitucional para, outra vez, tentar criminalizar o aborto em qualquer circunstância.

Uma ampla campanha do movimento de mulheres em todo o país levou os conservadores a mais uma derrota: o Plenário da Câmara dos Deputados, com 351 votos contra, 33 a favor e 16 abstenções, rejeitou terminantemente, em abril de 1996, a PEC dos fundamentalistas.

Em 1997, esse grupo conservador amargaria nova derrota, junto com os defensores do controle de natalidade, com a derrubada dos 14 vetos presidenciais à Lei do Planejamento Familiar. Vigilância, mobilização e pressão permanente dos movimentos de mulheres possibilitaram que, em 1998, o Ministério da Saúde publicasse a Norma Técnica para Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes – que foi revista posteriormente em 2005. E, mesmo sem trégua dos fundamentalistas, em um período de nove anos (a contar da instalação do primeiro serviço em São Paulo, em 1989), foram implementados 17 serviços de aborto legal em oito cidades brasileiras (DE OLIVEIRA, 1995).

Na década de 90, às demandas dos movimentos de mulheres no plano nacional somaram-se as articulações do feminismo no campo internacional, de modo que a incidência política sobre os acordos no âmbito das Nações Unidas teve resultados positivos tanto no âmbito global quanto interno. A mobilização no país fez avançar a legislação nacional, novas políticas públicas e mecanismos foram desenhados para responder a essas exigências. Foi vitoriosa a disputa dos movimentos de mulheres com os segmentos conservadores das igrejas, que proibiam às mulheres o acesso às informações e aos meios para o controle da sua fecundidade.

Contudo, as decisões dos anos 90 em termos de afirmação de direitos, tanto no âmbito nacional quanto das Nações Unidas, estiveram totalmente divorciadas das decisões macroeconômicas. A adoção do receituário neoliberal afrontou os princípios de direito consagrados pela Assembleia Nacional Constituinte; assim como a

formação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e as decisões do Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (FMI) em nada foram coerentes com os Planos de Ação internacionais firmados nas Nações Unidas no âmbito do Ciclo Social de Conferências.

Como resposta, em 2002, dez instâncias nacionais do movimento somaram esforços e mobilizaram um grande ciclo de debates em todo o país para a construção da Plataforma Política Feminista, que foi aprovada na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras, a partir dos desafios apontados pelas mulheres e feministas que aprovaram a plataforma em relação aos direitos sexuais e reprodutivos (CFEMEA, 2002).

Frente ao novo governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de 2003 a 2006, os movimentos de mulheres e feministas conseguiram alguns avanços importantes ao se mobilizarem e pressionarem o poder legislativo e executivo, exigindo garantias e medidas concretas para proteger e promover os direitos sexuais e reprodutivos. Foi criado, em 2003, pela primeira vez, um organismo governamental no primeiro escalão para promover a igualdade racial, e outro para tratar das políticas públicas para as mulheres. Em seguida, foram convocadas as conferências nacionais para discutir as diretrizes das políticas de promoção da igualdade racial (2005) e para as mulheres (2004).

Destaca-se que, ainda, a discussão e negociação no processo da Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres do que viria a ser o I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres; o debate sobre a Lei Maria da Penha (que visa enfrentar e combater a violência doméstica contra as mulheres); a decisão da Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres para descriminalizar o aborto, a cargo de uma Comissão Tripartite convocada pelo Governo Federal; e a definição de um Plano Nacional de Saúde da População Negra em diálogo com o movimento negro.

Ao contrário do que havia acontecido antes, o II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, lançado em março de 2008, já não incorporou a decisão quase unânime da II Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres em relação à revisão da legislação punitiva sobre o aborto. Na Câmara dos Deputados, foi rejeitado por duas importantes Comissões Técnicas o projeto de lei para descriminalizar o aborto, e intensificou-se a perseguição e criminalização das mulheres que recorreram a essa prática, a partir de uma estratégia articulada por esse grupo anti-direitos: de batidas em clínicas, apreensão de prontuários ou fichas médicas de mulheres que

passaram a ser utilizados como prova para a condenação de uma prática social exercida desde sempre pelas mulheres.

É possível observar que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município. (DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 656).

No momento em que os movimentos de mulheres apresentaram suas reivindicações dentro de um marco de direitos, afirma-se um patamar mínimo sobre o qual devem sustentar-se as relações sociais. Exige-se do Estado e, portanto, das instituições do Poder Público, garantias para que todas e cada uma das pessoas possam exercer livremente seus direitos sexuais e reprodutivos, situados no marco político-conceitual dos direitos humanos.

Esses são alguns marcos para pensarmos os sentidos com os quais as feministas cunharam com a ideia de direitos sexuais e reprodutivos. Se a sexualidade e a reprodução são elementos presentes na nossa Constituição, por que então é tão difícil avançarmos em mecanismos legais que garantam a liberdade do exercício pleno da sexualidade e da reprodução? Em uma tentativa de responder à possibilidade de construção de direitos no âmbito da sexualidade, Betânia Ávila elucida alguns elementos importantes para essa discussão:

O que é muito novo nos direitos sexuais e reprodutivos é o fato de serem inventados, pensados e reivindicados pelas mulheres. As mulheres não são, por tradição, inventoras de direitos; elas são guardiãs de normas. A ideia de direitos no campo da sexualidade é algo importante e muito novo, uma vez que a concepção de direito está ligada à garantia de autonomia, de liberdade e de igualdade. O próprio campo das fantasias sexuais é baseado em desigualdade e em violência, está baseado em pessoas desiguais – inclusive, como lugar de atração, como lugar de realização de fantasias sexuais. Então, pensar direitos é pensar uma mudança profunda, também do ponto de vista da transformação cultural do próprio exercício do erotismo. (...) Dito de outra maneira: é necessário um exercício filosófico que nos possibilite pensar novos símbolos de igualdade neste campo. (ÁVILA, 2001)

Deste processo de proposição e construção de direitos sexuais e reprodutivos das mulheres resta evidente que o objeto das teorias feministas não é exatamente as

mulheres, mas sim instituições, estruturas e relações de poder cotidianas nas quais elas são posicionadas desvantajosamente. Se não falam estritamente de mulheres, são teorias que se definem a partir de suas posições e em diálogo com as lutas de movimentos sociais organizados, o que tem implicações epistemológicas e políticas.

Seu problema de fundo são os sentidos e limites da política, repensada de uma perspectiva que leva em conta a posição das mulheres, isto é, de uma perspectiva de gênero. Para compreendermos o modo como se estabelecem as teorias feministas da política, tem especial importância a noção de que “a política não é algo simples a que nós nos referimos”, mas “um artefato ricamente texturizado de linguagens reflexivas”, o que confere ambiguidade e complexidade à relação entre teoria e prática política. (VINCENT, 2004, p. 9).

As pesquisas feministas têm permitido estabelecer conexões entre quem fala e o mundo de que se fala, entre a produção teórica e as concepções da política que nelas emergem. Esse é um eixo central na conformação dos questionamentos teóricos feministas: a atenção ao ponto de vista, à perspectiva, à posição social relativa e à dimensão de gênero da produção material tanto quanto da do conhecimento. O entendimento de que “as ideias não podem ser separadas dos indivíduos que as criam e compartilham” (COLLINS, 2009 [2000], p. 281) evoca as experiências das mulheres para colocar em xeque dinâmicas excludentes de produção do conhecimento, assim como as realidades parciais que as informam.

A perspectiva feminista recoloca, assim, as conexões entre o “normativo” e o “empírico”. Um dos problemas que se apresentam diz respeito a como se estabelecem recortes da realidade, transformados em “dados” ou em referências para análises teóricas que, sustentados a partir da crítica feminista, são sempre em algum grau situadas e informadas empiricamente. A alegada abstração das abordagens teóricas normativas apresenta, também, caráter seletivo, na medida em que ativa pressupostos sobre “o indivíduo” e as relações sociais.

A crítica feminista vem demonstrando que a suspensão dessas desigualdades como problema e o silenciamento das mulheres na produção teórica (e na produção acadêmica de modo mais amplo) colaboram para a reposição de instituições e práticas políticas excludentes. A análise da dominação masculina como artefato social e político demandou um olhar acurado para dimensões até então pouco discutidas nas teorias políticas, assim como recursos conceituais e metodológicos que

permitissem conceder a elas centralidade em um campo em que foram historicamente legadas à marginalidade.

Com base em contribuições teóricas feministas, entendo que seja possível ultrapassar a dicotomia entre o empírico e o normativo e, assim, potencializar reflexões sobre como diferentes teorias reivindicam o real-empírico ou, em sentido oposto, suspendem sua validade – no caso, a de dimensões do empírico em que emergem experiências e vozes diferentes daquelas que têm povoado a ciência neutra.

A incorporação das experiências e vozes das mulheres tem levado à emergência de novos objetos, novos materiais de pesquisa e novas perspectivas epistemológicas e metodológicas nas teorias feministas. Na teoria política, especialmente, o maior impacto se deve à consideração da vida doméstica como questão de justiça e problema político. O entendimento de que a política ocorre no espaço público – e, em especial, no domínio do Estado – tem sido pressuposto na maior parte das abordagens na teoria política, com exceção do marxismo.

Por outro lado, a regulação das relações de gênero tem conexão direta com o exercício do poder estatal, configurado em um mundo político predominantemente masculino. Os corpos das mulheres são regulados de modo que reduz sua autonomia pelo controle da sexualidade e da reprodução. A partir das lutas feministas, reverte-se a recusa histórica de regular e limitar o exercício do poder masculino/paterno sobre as mulheres, em contextos de redefinição dos padrões e espaços em que a dominação masculina se organiza (WALBY, 1990, p. 33).

A crítica às fronteiras da política emerge, assim, da tematização da exclusão das mulheres, mas também da atribuição de relevância a suas experiências e da análise de como as identidades têm sido engendradas em regimes de poder específicos. Ao jogar luz sobre dimensões do mundo empírico significativas nas experiências das mulheres, as teorias feministas reconfiguram, ao mesmo tempo, as fronteiras da política e a compreensão das identidades dos agentes políticos.

Análises de experiências femininas do corpo e do mundo doméstico-familiar se desdobram em considerações sobre agência e opressão, investidas de sentidos que têm sido silenciados e estigmatizados, reduzindo o valor das vidas das mulheres de acordo com sua localização no mundo (SEGATO, 2016, p. 144) e, numa perspectiva em que a diferenciação entre o feminino e o masculino se estabelece, restringindo a partir de seus corpos a autonomia possível e localizando-as em espaços e práticas repletos de significados (YOUNG, 2005, p. 20).

Mais uma vez, a desvantagem se realiza como apagamento, mas não faz desaparecer experiências e lutas (FALQUET, 2011), que são, entretanto, subincorporadas nas análises dos conflitos e padrões de contestação na contemporaneidade. A crítica aos ideais da universalidade e da imparcialidade corresponde à valorização do conhecimento parcial, incorporando normativamente o entendimento de que posições sociais estruturais, relativas, produzem experiências particularmente localizadas e um conhecimento específico dos processos sociais, dando especial relevância às vozes das mulheres (YOUNG, 2000, p. 136).

As teorias feministas politizam o mundo para além das fronteiras da política institucional e, com isso, intensificam o caráter político da teoria política. Por outro lado, a suspensão da perspectiva de gênero contribui para sua despolitização. O que está em jogo não é a exclusão ou inclusão das mulheres, mas sim uma dimensão estruturante das relações de poder nas diferentes esferas da vida, constitutiva das instituições e dos valores políticos.

Esse conjunto de questões teóricas e sua revisão bibliográfica permite, inclusive, sugerir que é possível pensar em alterações de paradigmas do Direito Civil, partindo da problematização e da tematização da autonomia privada a ser exercida por sujeitos concretos, e seus efeitos sobre a maternidade, a saúde, o corpo e a existência das mulheres cedentes temporárias de útero, aspectos que continuam a serem tratados pelo Direito sob a ótica individual, sexista e patriarcal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A provocadora reflexão de Paul B. Preciado, em seu artigo jornalístico “Greve de úteros”, começa desvendando, de maneira irretorquível, um dos fios condutores da Dissertação ao afirmar que: “Enclausurados na ficção individualista neoliberal, vivemos com ingênua sensação de que o nosso corpo nos pertence, de que é nossa propriedade mais íntima” (PRECIADO, 2020, p. 98).

Em outro texto, intitulado “Reprodução politicamente assistida e heterossexualismo de Estado”, o autor realiza uma crítica das políticas públicas e cunha a expressão *neopatriarcado fármacopornográfico*, para apontar novas conexões entre essas técnicas e a condução neoliberal dos corpos e dos sujeitos:

Entre o corpo – reprodutor – público do estado-nação e o corpo privado da gestão neoliberal é urgente afirmar novas formas de produção de anarcocomunismos somático. Entre a soberania da penetração heteropatriarcal e a regulação neoliberal do banco de esperma, entre a cama como lugar de produção de verdade e a mercantilização dos materiais genéticos, parece necessário inventar novas práticas de reprodução que excedam o quadrilátero tecnoedipiano mamãe-papai-clínica-neném. (PRECIADO, 2020, p. 82)

A força desses textos perpassa todo o debate sobre o sentido e alcance da autonomia corporal como elemento legitimador para disposição do corpo e de elementos corporais, nos processos de gestação de substituição.

O poder normativo dos sujeitos, conceitualmente representado pela autonomia privada, inicialmente formulada para estabelecer relações horizontalizadas entre particulares, com o objetivo de atender às necessidades econômicas do capitalismo, se desenvolveu, sobretudo, no campo da teoria contratual dos negócios onerosos.

O desenvolvimento da pesquisa que embasa a Dissertação indicou, em primeira mão, que a autonomia corporal é um instrumento jurídico desenvolvido, na segunda metade do século XX, com a finalidade de impedir a gestão arbitrária dos corpos pelo poder estatal. Também evidenciou que esse instrumento é essencial para garantir a operacionalidade do mercado da medicina e da farmacologia, nos contextos da democracia liberal, em que os poderes do Estado e dos particulares é conformado por um arcabouço normativo de Constituições e de leis.

A autonomia do sujeito sobre o seu corpo, como autogoverno, se construiu, contraditoriamente, sobre as ruínas do liberalismo jurídico que impulsionaram a elaboração de um conjunto de princípios jurídicos gestados para coibir o poder do arbítrio estatal exercitado no regime nazista.

Desse primeiro bloco de considerações, é possível concluir que a denominada Declaração de Nuremberg, como fonte primeira do arcabouço principiológico dos Direitos da Personalidade sobre a esfera corporal dos sujeitos e, posteriormente, como inspiração para os discursos bioéticos, se inscreve entre os marcos de renovação de um liberalismo agonizante, diante do impacto dos governos autoritários nazifascistas.

A valorização jurídica da expressão livre da vontade dos sujeitos em consentir, ou não, com as intervenções sobre o seu corpo reforça a postura individualista que o Direito acolheu, mas que não foi capaz de protegê-lo diante do colapso das democracias liberais europeias no século XX.

O exame das metamorfoses sofridas pela autonomia privada permite concluir, ainda, que as travas para o seu exercício, aplicadas aos processos de gestação de substituição, decorrem não só dos traumas que fizeram emergir os Direitos da Personalidade, mas também das regras de Direito de Família que, na atualidade, tentam compor a conservação da família como instituição de controle social dos indivíduos e são conformadas pelas demandas de igualdade de sujeitos que compõem o grupo familiar.

Esse segundo bloco de reflexões nos conduz à conclusão de que o Direito se encontra na encruzilhada entre a rigidez normativa – que garante a segurança jurídica, por exemplo, para determinar a maternidade e a filiação – e a necessária observância da autonomia corporal dos sujeitos, sem conseguir dar respostas adequadas aos interesses de todos os envolvidos nesse processo de RA.

As formas jurídicas tradicionais, com destaque para a legislação estatal, procuram escapar dessa contradição e paradoxos por meio de princípios e regras de Direitos Humanos e da Bioética de caráter universal e abstrato, que permitem uma larga interpretação exercitada pela esfera tecnocientífica vinculada ao mercado e legitimada por regras administrativas de cunho burocrático.

As democracias liberais, em especial o Estado Democrático de Direito brasileiro, construído sobre a base Constitucional de 1988, oscila, nessa conjuntura, entre uma intervenção estatal por meio do Direito e o acolhimento principiológico que

modula situações concretas não atingidas pela legislação, como se verifica no exame de complexos e variados casos judicializados de conflitos de interesses e direitos fundamentais, nos processos de gestação de substituição.

Nesse emaranhado de normas com variados fundamentos e efeitos determináveis pela interpretação tecnocientífica, a figura das mulheres envolvidas nos processos de gestação de substituição se sobressai, pois, ocupam posições distintas nas relações jurídicas interpessoais, presididas pelo imperativo social de reprodução familiar e da espécie.

Para avançar no exame dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher é necessário considerá-la como figurante de um dos polos das relações jurídicas estabelecidas, nos processos de gestação de substituição, em que aparece primeiro como figura despersonalizada representada pelo útero. Por outro lado, a personalidade jurídica da mulher é valorizada para dar seu consentimento informado, que permite realizar o desígnio de projetos parentais existenciais de terceiros, requerendo-se desse útero, ainda, o sacrifício da gestação, do parto, do puerpério, da amamentação e da renúncia à filiação, em nome da sacro santa autonomia corporal.

Outras considerações podem ser retiradas a partir do exame do conjunto de normas que regulam essas situações envolvendo as disposições corporais das mulheres com fins gestacionais e que compõem o que se entende por direitos sexuais e reprodutivos da mulher, cujo núcleo é justamente a autonomia corporal, tão bem representada pelo *slogan* “meu corpo, minhas regras”. Desses poderes atribuídos à mulher restam muitas questões que podem motivar a indagação: Direitos Sexuais e Reprodutivos, a quem servem?

Alinhada à reflexão de Paul B. Preciado, a autora portuguesa Ana Teixeira examina a ambiguidade e a natureza sexista das políticas de reprodução assistida em Portugal, sob o aspecto jurídico:

Na sua exposição e reivindicação legal, no contexto português, a esse contrato de gestação de substituição só poderiam recorrer mulheres que não tenham útero ou que apresentem lesões que impossibilitem gerar uma gravidez ou em situações clínicas que o justifiquem.³⁰ Esse procedimento estaria, assim e desde logo, vedado a outros que não mulheres, uma vez que o útero é um órgão feminino e a sua ausência só é traduzível como deficitária em sujeitos mulheres, sujeitos civis mulheres. Ou seja, por um lado, o estatuto civil forja uma superação da linguagem biológica, mas não os termos dessa verdade biológica; dessa realidade que precede a existência. Por outro lado, face à hipótese de extensão do benefício desse ‘tratamento’ a homens (enquanto pessoas sem útero), são recorrentemente invocados o argumento do patriarcado (exploração do corpo feminino numa cultura masculino-extrativista) e (não de forma irônica) o argumento do contranatura. O acesso a esse método assenta, portanto, na subsidiariedade de uma disposição biológica (ter um útero produtivo) e de uma predestinação social (engravidar). (TEIXEIRA, 2020, p. 10)

Um exercício teórico sobre esses tópicos, sob a ótica puramente jurídica, indica que a maior fatia de interesses a ser contemplada por essas decisões, formalmente autônomas, atende aos interesses dos sujeitos autores do projeto parental, que por não estarem aptos à reprodução se utilizam do corpo da cedente temporária do útero.

Um outro olhar recai sobre a relação entre os autores do projeto parental e as clínicas especializadas em reprodução humana, que irão promover a aplicação da técnica desenvolvida no mercado e para o mercado. A autonomia privada negocial, ou contratual, também é indispensável para realizar a gestação de substituição, por meio de negócio jurídico de natureza onerosa, que conflitam com as normas imperativas de Direito de Família, às quais os autores do projeto parental e a cedente temporária do útero devem necessariamente obedecer.

Se é bem verdade que o ato ou negócio jurídico realizado entre os autores do projeto parental e a cedente temporária do útero tem natureza gratuita e é baseado na solidariedade, conforme propagam os escritos jurídicos e bioéticos, também é verdade que o termo de compromisso firmado entre a cedente temporária do útero e a clínica constitui-se em renúncia antecipada de direitos sobre a filiação, e compõe a cadeia negocial estabelecida entre os autores do projeto parental e as clínicas de reprodução humana assistida, de caráter oneroso.

Uma conclusão mais ampliada e que escapa aos objetivos centrais da Dissertação aponta o mercado como o grande sujeito invisível das operações realizadas por meio de atos, negócios jurídicos e contratos, de natureza gratuita ou onerosa, na aplicação da técnica. O quadrilátero tecnoedipiano: “mamãe-papai-

clínica-neném” referido por Preciado torna, assim, visível nos instrumentos jurídicos fundados na autonomia privada dos sujeitos e normas de caráter imperativo.

Nesse mesmo espectro de conclusões que desbordam da análise puramente jurídica, ao lado das práticas e da normatividade científica voltadas ao mercado, sobressai a figura do Estado e na regulação jurídica não só da esfera individual, mas também da esfera coletiva, por meio de políticas públicas de saúde, em nome da proteção e da melhoria das condições de vida dos sujeitos.

A reprodução humana, nessa perspectiva de análise, é vista como um problema estatístico populacional, com reflexos no mercado de trabalho, e objeto de políticas do Estado de Bem-Estar Social. Os discursos científicos orientam as políticas públicas e, conseqüentemente, o Direito.

No caso específico da gestação de substituição, os sujeitos envolvidos são capturados por estratégias jurídicas e políticas e são levados a renunciar, voluntariamente, a direitos antes considerados irrenunciáveis:

Ocorre assim, com a presença do sujeito de interesse tal como os economistas o fazem funcionar uma mecânica inteiramente diversa da dialética do sujeito de direitos, porque é uma mecânica egoísta, imediatamente multiplicadora, sem transcendência. É uma mecânica na qual a vontade de cada um vai se pôr de acordo, espontaneamente, e como que, involuntariamente, à vontade e aos interesses dos outros. Aqui estamos longe da dialética da renúncia, da transcendência e do vínculo voluntário que encontramos na teoria do contrato. Mercado e contrato funcionam exatamente em sentido oposto um do outro e temos de fato duas estruturas heterogêneas uma à outra. (FOUCAULT, 2004, p. 279)

A renúncia antecipada de direitos realizada pela cedente temporária do útero é indispensável para que os autores do projeto parental possam realizar a função política de reprodução no âmbito familiar, e os efeitos dessa renúncia antecipada se estendem ao produto da gestação, “o neném”, que figura em um dos vértices do quadrilátero imaginado por Preciado. Esses efeitos podem atingir, inclusive, as gerações futuras inclusive pelo encobrimento da origem genética desse produto a partir do apagamento registral da figura da parturiente (cedente temporária do útero).

Uma última conclusão diz respeito à fragilidade da autonomia corporal e a artificialidade do consentimento informado, nos atos de disposição corporal praticados nos processos de gestação de substituição. A vontade jurídica dos sujeitos expressa por meio do consentimento escapa ao controle desses sujeitos e do interesse social representado pelas normas de caráter imperativo que, em tese, não podem ter seus

limites afastados pela autonomia privada. Abrem-se pela chave da autonomia as portas do corpo e do patrimônio genético do sujeito para as técnicas e intervenções médicas, no mercado.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida nº 26.862, de 25 de junho de 2013**. Dispõe sobre o acesso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>>. Acesso em 16/09/2022.

ARNAUT, Danilo. **Os humanos dos direitos**: fenomenologia da pessoa concreta. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2019. Disponível em <<https://repositorio.unicamp.br/Busca/Download?codigoArquivo=498771>>. Acesso em 12/12/2022

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo** – a experiência vivida. Tradução de Sérgio Millet. 4 ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1980.

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

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina– CFM. **Resolução nº 2.013, de 16 de abril de 2013**. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em 29/01/2023.

_____. **Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022**, publicada no D.O.U. de 20 de setembro de 2022, Seção I, pg. 107. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf>. Acesso em 05/10/2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Provimento nº 63**, de 14 de novembro de 2017. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf>. Acesso em 12/11/2021

BRASIL, Conselho Nacional de Saúde – CNS. **Resolução nº 340, de 8 de julho de 2004**. Disponível em <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html>. Acesso em 29/01/2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República [2016]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20/09/2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 10/11/2021.

BRASIL. **Estatuto da Mulher Casada**. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>.

BRASIL. **Lei dos Registros Públicos**. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015consolidado.htm>. Acesso em 12/11/2021.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em 20/01/2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 20/09/2021.

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/l11105.htm>. Acesso em 25/07/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF**. Relator Min. Ayres Britto. DJE, Brasília, 13 out. 2011a. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 17/11/2022.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator Min. Ayres Britto. DJE, Brasília, 13 out. 2011b. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 17/11/2022.

CONFERENCIA NACIONAL DE MULHERES BRASILEIRAS – CFEMEA, 1., 2002, Brasília. **Plataforma política Feminista**. Brasília: [s.n.], jun 2002. Disponível em <www.articulacaodemulheres.org.br>.

CÓDIGO DE NUREMBERG. Tribunal Internacional de Nuremberg – 1947. **Julgamento de criminosos de guerra perante os Tribunais Militares de**

Nuremberg. Control Council Law 1949;10(2):181-182. Disponível em <<https://www.ghc.com.br/files/CODIGO%20DE%20NEURENBERG.pdf>>. Acesso em 11/11/2021.

Código Civil Francês. Traduzido por ROUHETTE, Georges; ROUHETTE-BERTON, Anne. 2006. Disponível em <<https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf>>. Acesso em 28/01/2023.

COLLINS, Patricia H. Black women and motherhood. In: HELD, Virginia. (ed.). **Justice and care: essential readings in feminist ethics.** Boulder: Westview, 1995, pp. 117-138.

CONVENÇÃO DE OVIEDO. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina,** 1997. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>>. Acesso em 29/01/2023.

CORRÊA, Adriana E. O corpo digitalizado: um novo objeto para o direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR,** Curitiba, jun. 2006. ISSN 2236-7284. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9416/6508>>. Acesso em 28/12/2022.

_____. **Consentimento livre e esclarecido:** o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação e democracia:** ensaios de história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 28 de novembro de 2012 no caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica.** Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em 04/04/2022.

DE OLIVEIRA, Guacira Cesar. **Direito ao Aborto em Debate no Parlamento.** Brasília: Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos e Centro Feminista de Estudos e Assessoria, 1995.

DIAS, Maria H. M.; PITERI, Sônia H. O. R. (Org.). **A literatura do Outro e os Outros da literatura.** São Paulo: Editora UNESP, 2010.

DIAS, Rebeca F. **Pensamento jurídico moderno e seus desencontros com a biotecnologia.** Curitiba: Editora UFPR, 2012.

DINIZ, Débora; MADEIRO, Alberto; MEDEIROS, Marcelo. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016.** Cien Saude Colet [periódico na internet], nov. 2016. Disponível em <<http://cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/pesquisa-nacional-de-aborto-2016/15912?id=15912>>

EDELMAN, Bernard. **La personne en danger.** Paris: PUF, 1999.

ESPAÑA. **Lei nº 14 de 26 de maio de 2006**. Dispõe sobre regras de reprodução humana assistida. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>. Acesso em 21/09/2022.

FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova Teoria Geral do Direito Civil**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, dec. 1992a. ISSN 2236-7284. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8978>>.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992b.

FALQUET, Jules. **Por las buenas o por las malas**: las mujeres en la globalización. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2011.

FERRANDO, Gilda. Libertà della persona, autonomia della famiglia e intervento pubblico nella disciplina della procreazione artificiale, In: **Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana: atti del convegno di Verona**. Cedam, Padova, 1987.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: Curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRIZZO, Giana B. et al. O conceito de coparentalidade e suas implicações para a pesquisa e para a clínica: implication for research and clinical practice. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 84-93, dez. 2005. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822005000300010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 26/12/2022.

GEDIEL, José A. P. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, L. E. et al. **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000a.

_____. Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos: revisão crítica dos instrumentos jurídicos. In: CARNEIRO, F.; EMERICK, M. C. (Org.) **A ética e o debate sobre acesso e uso do genoma humano**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000b.

_____. Autonomia e biopoder. In: RAMOS, Carmem L. S. et al (orgs). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. Autonomia privada. In: FRANÇA, R. L. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. v. 9. São Paulo: Saraiva, 1978.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2ª ed., 2007.

IAGULLI, Paolo. **Diritti Riproduttivi e Riproduzioni artificiale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135 p.

LÔBO, Paulo. **A repersonalização das relações de família**. Revista Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 307, 10 mai. 2004. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/5201>>. Acesso em 17/01/2023.

_____. Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileiro. **Revista Jurídica LusoBrasileira**, Lisboa, ano 1, n.1, p. 1743-1759, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEGON, Vera M. Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 20, n. 3, p. 845-854, mai./jun. 2004.

MONTEIRO, Washington B. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MORAES, Maria C. B. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria C. B. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria C. B.; CASTRO, Thamís D. V. **A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo**. Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, set./dez. 2014, pp. 779-818.

OLIVEIRA, José L. C.; MUNIZ, Francisco J. F. **Direito de Família – Direito Matrimonial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 20/01/2023.

_____. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**, 1959. Disponível em <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>>. Acesso em 01/11/2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. Guia de implantação dos critérios médicos de elegibilidade e das recomendações da OMS para o uso de contracepção. Genebra: OMS, 2018. Disponível em <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272758/9789247513573-por.pdf?ua=1>>. Acesso em 26/12/2022.

PEREIRA, Dora I. F.; ALARCÃO, Madalena. Parentalidade minimamente adequada: contributos para a operacionalização do conceito. **Análise Psicológica**, Lisboa, v.

32, n. 2, p. 157- 171, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312014000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29/11/2022.

PEREIRA, Tânia S. A Família. In: PEREIRA, Rodrigo C. (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Manuale di diritto civile**. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, S. (Org.). **Reprodução e sexualidade**: Uma questão de Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: MAX LIMONAD, 1947.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000.

PORTUGAL. **Lei n.º 25 de 22 de agosto de 2016**. Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Diário da República, 1.ª série — N.º 160. Disponível em <<https://dre.pt/application/conteudo/75177806>>. Acesso em 29 abr. 2022.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018**, Processo n.º 95/17. Diário da República, 1.ª série — N.º 87 — 7 de maio de 2018. Disponível em <<https://files.dre.pt/1s/2018/05/08700/0188501979.pdf>>. Acesso em 22/11/2021

PRANAV, Raina; AGARWAL, Devansh. **Surrogacy**: Removing the Cross National Borders. International Journal of Recent Research Aspects, abr. 2018, pp. 1053-1056. ISSN: 2349-7688.

PRECIADO, Paul. B. **Um apartamento em Urano**: Crônicas da travessia. 1ª ed. São Paulo: Zahar, 2020.

REALE, Miguel. **O Novo Código Civil Brasileiro**. Revista da Academia Paulista de Magistrados, a. 1, v. 1, 2001.

RODOTÁ, Stefano. Diritti della Persona, Strumenti di Controllo sociale e nuove Tecnologie Riproduttive. In: Ferrando, Gilda (a cura di). **La procreazione artificiale tra etica e diritto**. Padova: Cedam, 1989.

_____. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il mulino, 1995.

_____. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 19, jul./set., 2004.

RODRÍGUEZ, Luis P. **Dimensión consular de la gestación por sustitución en derecho internacional privado**. CDT, v. 10, n. 2. Madri: 2018. Disponível em <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4391>>. Acesso em 19/01/2023.

SANGER, Carol. **About abortion**: terminating pregnancy in Twenty-First-Century America. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

SANTOS, Maria C. C. **O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei**: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12° ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SAVATIER, René. **Lês métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. v. 1. Paris: Dalloz, 1964.

SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní. Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights. **International Journal of Law, Policy and the Family**, v. 33, n. 1, abr. 2019, pp. 104-122.

SCHWENZER, Ingeborg. **Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage**. Antwerpen: Intersentia, 2007.

SEGATO, Rita L. **La guerra contra las mujeres**. Madrid: Tranficantes de Sueños, 2016.

TEIXEIRA, Ana. Ficções porno-políticas do corpo (a partir) de Preciado. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 28, n. 3, e61544, 2020. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/ref/a/JrYdyqp8FhwVbfWv7mjbXGJ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 05/01/2023.

TEPEDINO, Gustavo et al (coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Estudos na perspectiva Civil – Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**. 1997. Disponível em <<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/manuais/qualidade/Genomdir.pdf>>. Acesso em 29/01/2023.

_____. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. 2004. Disponível em

<https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>. Acesso em 29/01/2023.

_____. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2005.

Disponível em

<https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em 25/10/2021.

VINCENT, Andrew. **The nature of political theory**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALBY, Sylvia. **Theorizing patriarchy**. Oxford: Basil Blackwell, 1990.

WARNOCK, Mary. **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**. London: Her Majesty's Stationery Office, 1988. Disponível em

<<https://embryo.asu.edu/pages/report-committee-inquiry-human-fertilisation-and-embryology-1984-mary-warnock-and-committee>>. Acesso em 16/09/2021.

YOUNG, Iris M. **On female body experience**. Oxford: Oxford University Press, 2005.