

UNIVERSIDADE TIRADENTES
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS

RAISSA NACER OLIVEIRA DE ANDRADE

**MATERNIDADE DESNATURADA: UMA ANÁLISE
JURÍDICA DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO
BRASIL, FRENTE AO PRINCÍPIO DO LIVRE
PLANEJAMENTO FAMILIAR**

Autora: Raissa Nacer Oliveira de Andrade.
Orientador: Dr. Diogo De Calasans Melo Andrade.

ARACAJU/SERGIPE
AGOSTO DE 2022

MATERNIDADE DESNATURADA: UMA ANÁLISE
JURÍDICA DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO
BRASIL, FRENTE AO PRINCÍPIO DO LIVRE
PLANEJAMENTO FAMILIAR

RAISSA NACER OLIVEIRA DE ANDRADE

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA AO
PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE TIRADENTES
COMO PARTE DOS REQUISITOS
NECESSÁRIOS PARA A
OBTENÇÃO DO GRAU DE
MESTRE EM DIREITOS
HUMANOS.

Prof. Dr. Diogo de Calasans Melo.
Andrade. (Orientador)

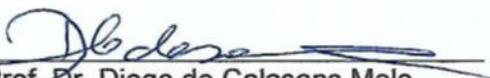
ARACAJU/SERGIPE
AGOSTO DE 2022

**MATERNIDADE DESNATURADA: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA
GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL, FRENTE AO PRINCÍPIO DO
LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR**

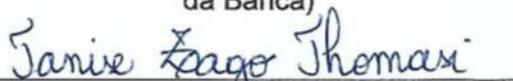
RAISSA NACER OLIVEIRA DE ANDRADE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO SUBMETIDA À BANCA EXAMINADORA
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITOS HUMANOS

Aprovada por:


Prof. Dr. Diogo de Calasans Melo.
Andrade. (Orientador)


Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso.
(Membro Interno
da Banca)


Prof.^a. Dr.^a. Tanise Zago Thomasi
(Membro Externo
da Banca –UFS)

ARACAJU/SERGIPE

AGOSTO DE 2022

A553g Andrade, Raissa Nacer Oliveira de
Gestação desnaturada: uma análise jurídica da gestação por substituição no Brasil, frente ao Princípio do Livre Planejamento Familiar / Raissa Nacer Oliveira de Andrade; orientação [de] Prof. Dr. Diogo de Calasans Melo Andrade - Aracaju: UNIT, 2022.

99 f; il. 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Tiradentes 2022

1. Gestação 2. Maternidade. 3. Liberdade 4. Autonomia 5. Planejamento familiar I. Andrade, Raissa Nacer Oliveira de. II. Andrade, Diogo de Calasans Melo (orient.). III. Universidade Tiradentes. IV. Título.

CDU: 347.61

À minha mãe, Leila Nacer, meu exemplo de ser humano e profissional e por ser a razão de todos os esforços da minha vida. À minha irmã, Iasmin Nacer, por ser grande incentivadora e melhor amiga. À minha cachorrinha, Meg Nacer, por me ensinar a sentir o amor mais puro.

AGRADECIMENTOS

A docência sempre foi uma certeza e para que eu pudesse realizar este sonho, sabia que teria que estudar e sempre procurar me aperfeiçoar. Diante disto, surgiu a pretensão de cursar um Mestrado.

Durante o curso do Mestrado, passei por inúmeros problemas pessoais e conheci as dificuldades trazidas pela depressão e pela ansiedade. Confesso que não foi fácil prosseguir tendo que lutar contra as dores da alma, mas a determinação, o amor pela docência e o apoio da minha família foram fundamentais para que eu pudesse concluir mais essa etapa da minha trajetória profissional.

Primeiramente agradeço a Deus, por sempre guiar meus caminhos e pensamentos, proteger-me, fortalecer-me e nunca me abandonar nas horas mais difíceis.

À minha mãe, Leila Nacer, maior amor, porto seguro, exemplo de mulher e profissional. Mãe, você é a razão de todos os meus esforços e essa vitória é nossa. Obrigada por nunca ter desistido de mim, por sempre amparar, acolher e dar carinho e amor, por ter me ensinado valores e princípios humanos. Minha mãe me encorajou a realizar esse sonho, como fez a vida inteira. Te amo tanto, que é impossível traduzir em palavras o tamanho desse sentimento.

À minha irmã, Iasmin Nacer, melhor amiga, parceira, confidente e ombro amigo. Com você aprendi a sentir um amor maternal. Obrigada pelo incentivo, pelas longas conversas, conselhos e pelos inúmeros momentos de cumplicidade. Eu te amo demais.

À minha cachorrinha, Meg Nacer, por ter-me ensinado a sentir um amor puro e incondicional. Seus olhinhos e sua companhia foram imprescindíveis para a superação da depressão.

À minha prima e madrinha, Roberta Felizola, por todo carinho, cuidado e amor que sempre dedicou a mim.

Aos meus alunos, por tornarem os meus dias mais felizes. O meu trabalho na docência é um contentamento diário.

Ao meu orientador, professor Doutor Diogo Calasans, por todos os ensinamentos, correções, sugestões e por todo o apoio que dedicou a mim durante o mestrado.

À professora dra. Tanise Thomasi, exemplo de garra, determinação e amor pela docência. Obrigada pelo apoio incondicional, pelas inúmeras dicas, sugestões, ensinamentos e apoio nas dificuldades e incertezas durante a realização deste trabalho.

Ao professor e amigo Alcides Araújo, pelas palavras de força, pelas dicas e sugestões e por me ouvir e me aconselhar nas horas de aflição.

Aos meus amigos, de diferentes cantos, que me ajudaram, às vezes sem saber, com um simples gesto em forma de mensagem, ligação, visita, energias, conselhos, passeios e orações.

Algumas pessoas passam por nossa vida e deixam marcas positivas. Fui agraciada pela vida por encontrar pessoas assim e que, por mais que já não estejam presentes no meu cotidiano, foram imprescindíveis para que eu pudesse concluir essa etapa. Apoiaram-me, torceram e ajudaram-me a ter dias mais felizes e completos.

OBRIGADA!

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina” (Cora Coralina)

RESUMO

O trabalho versa sobre a situação jurídica acerca da gestação em útero alheio no âmbito jurídico brasileiro. Com o desenvolvimento e o maior acesso às tecnologias de reprodução humana assistida fizeram emergir o debate sobre a gestação de substituição. No Brasil, a gravidez substituta é permitida apenas em sua modalidade “solidária”, sem compensação financeira, e deve ser realizada prioritariamente por cedentes de útero ligadas aos pais requerentes em parentesco consanguíneo até o quarto grau. No presente trabalho foram tratados os seguintes temas: a evolução dos direitos das mulheres no ordenamento brasileiro; o instituto familiar no Direito brasileiro; a análise acerca do assunto filiação; a conceituação de inseminação artificial e fertilização *in vitro*; a definição de gestação de substituição e uma comparação entre a disposição sobre barriga de aluguel e a barriga solidária. Também foram explicadas as regras para que esse procedimento seja realizado e a problemática a respeito da determinação da filiação da gestação por substituição. Este trabalho tem como objetivo uma reflexão sobre a liberdade do livre planejamento familiar, aplicando-se nos casos de cessão temporária do útero, para uma gestação sem nenhum fim lucrativo. Para o desenvolvimento desta pesquisa foi utilizado o método hipotético dedutivo, sendo utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e legal.

Palavras chaves: Gestação. Maternidade. Liberdade. Autonomia. Planejamento Familiar.

ABSTRACT

The work deals with the legal situation about pregnancy in someone else's uterus in the Brazilian legal context. With the development and greater access to assisted human reproduction technologies, the debate on surrogacy has emerged. In Brazil, surrogate pregnancy is only allowed in its "solidarity" modality, without financial compensation, and must be carried out primarily by uterus transferors linked to the applicant parents in consanguineous kinship up to the fourth degree. In the present work, the following themes were addressed: the evolution of women's rights in the Brazilian legal system; the family institute in Brazilian law; the analysis on the subject of affiliation; the conceptualization of artificial insemination and in vitro fertilization; the definition of surrogacy and a comparison between the surrogacy provision and the supportive motherhood. The rules for this procedure to be carried out and the problem regarding the determination of the parentage of surrogacy were also explained. This work aims to reflect on the freedom of free family planning, applying in cases of temporary cession of the uterus, for a non-profit gestation. For the development of this research, the hypothetical deductive method was used, using the techniques of bibliographic, documentary and legal research.

Keywords: Pregnancy. Maternity. Freedom. Autonomy. Family planning.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12.
CAPÍTULO 1 - A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO PROBLEMA JURÍDICO.....	21.
1.1- A Evolução dos Direitos das Mulheres No Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	21.
1.2- A imprecisa definição de família no tempo e no espaço.....	29.
1.3- A filiação enquanto pressuposto jurídico no reconhecimento do parentesco.....	38
1.4- A juridicização no conceito de Maternidade Desnaturada ou também chamada de Maternidade por Substituição.....	41.
CAPÍTULO 2- O EXERCÍCIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR ATRAVÉS DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO.....	48.
2.1- O Planejamento Familiar como Princípio e como Direito Fundamental...48.	
2.2- Das Técnicas de Reprodução Assistida.....	53.
2.3- Do Contrato de Cessão Temporária de útero e da Vedação Legal à Barriga de Aluguel.....	57.
2.4- A Maternidade por substituição como um Direito Humano.....	62.
CAPÍTULO 3- A JURIDICIZAÇÃO DA MATERNIDADE DESNATURADA BRASILEIRA.....	69.
3.1- A Configuração Nacional da Maternidade Desnaturada.....	69.
3.2 – Impactos jurídicos da Maternidade Desnaturada no Brasil e o Provimento nº 52, de 2016, e 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça.....	80.
3.3- A Família enquanto instrumento do Direito de Felicidade.....	81.
CONCLUSÃO.....	88.
BIBLIOGRAFIA.....	93.

INTRODUÇÃO

O tema da paternidade e maternidade vêm experimentando notável evolução nos últimos anos, em razão dos avanços científicos surgidos e das múltiplas oportunidades para as pessoas terem filhos.

Os avanços no tocante aos costumes da sociedade, vem buscando afastar tabus em relação à origem dos filhos, fazendo com que o Ordenamento Jurídico Brasileiro iguale os direitos e os deveres, independentemente da origem da filiação, seja ela biológica, por adoção ou socioafetiva. O Direito vem buscando adaptar-se a essa nova realidade, passando a tutelar relações antes ignoradas.

Na atual sociedade, a chamada “família” expõe significados diferentes que são moldados conforme as mudanças sociais vão se apresentando. É difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar tudo o que, nos dias de hoje, se insere neste conceito. Sempre vem à mente a imagem da família patriarcal, porém esta visão hierarquizada sofreu enormes transformações, principalmente em virtude da emancipação feminina e dos avanços científicos e sociais. O afrouxamento dos laços entre Estado e a Igreja também acarretou profunda evolução social e jurídica. É necessária uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, permitindo alcançar todos os elos de afetividade, independentemente de sua origem.

A Constituição Federal de 1988, explicita de forma exemplificativa como entidades familiares os seguintes modelos: matrimonial (art. 226 § 1º e § 2º, CF), união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF), porém deixa margem para o reconhecimento em igualdade de direitos e obrigações para novos arranjos familiares. Com isso, ampliou-se o conceito de paternidade e maternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que

¹ Art. 226 da CF/88 :A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade e maternidade derivam da filiação, sem levar em conta a origem que pode ser biológica, civil ou afetiva.

As ciências médicas avançaram bastante nos últimos anos o que levou à acessibilidade de diversos métodos reprodutivos, permitindo a um maior número de pessoas realizarem o sonho de ter filhos.

A reprodução assistida oferece técnicas modernas que apresentam resultados bons e seguros para a gestação. Para tanto, não precisa ser casado, ter um par ou praticar ato sexual com alguém. Atualmente existem técnicas de reprodução assistida com a doação de espermatozoides, óvulos e cessão de útero.

No tocante à filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre, conforme o mandamento do artigo 226², parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988, não podendo nem o Estado e nem a sociedade estabelecer limites ou condições.

O Planejamento familiar é um direito fundamental que visa a garantir a efetividade e o exercício à filiação, seja natural ou através da reprodução assistida, bem como a promoção da prevenção da gravidez indesejada ou não planejada. Esta prevenção é feita por meio da divulgação de informativos e programas de educação sexual e distribuição de preservativos e anticoncepcionais pelo Sistema Único de Saúde e disponibilização de técnicas de esterilização definitivas

O exercício da paternidade é livre, porém deve ser exercido com responsabilidade, vez que os pais são os titulares do poder familiar dos filhos até que estes atinjam a maioridade civil. Entre os deveres que os pais possuem para com os filhos, enquanto estes são menores, há o de sustento, dirigir a criação e a educação, exercer a guarda compartilhada ou unilateral, representa-los judicial ou extrajudicialmente, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir que

² Art. 226 CF/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

lhes prestem obediência, respeito e os serviços de sua idade e condição, conforme disposição do artigo 1.634³ do Código Civil de 2002.

O acesso aos modernos métodos de reprodução assistida é igualmente garantido em sede constitucional e na infraconstitucional - no Código Civil de 2002 e da lei nº 9.263/1996, pois o planejamento familiar também significa o sonho da filiação. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, devendo o Estado garantir acesso a tratamentos de esterilidade e reprodução.

Até o século passado, a paternidade e a maternidade eram lineares, naturais, tinham origem em um ato sexual, seguido de concepção e posterior nascimento. Já nos dias atuais, com o avanço das ciências médicas, tal conceito evoluiu diante do surgimento e aprimoramento das técnicas de reprodução assistida. (DIAS, 2017)

Jussara Maria Leal de Meirelles traz uma importante explicação acerca da reprodução assistida:

A reprodução assistida são técnicas utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou ambos gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural. Permite a geração da vida, independente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. Chama-se concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação in vitro, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na

³ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu a prática, será ele o pai, por presunção legal. (2002, p. 393)

No que concerne à técnica da doação de óvulos, desde setembro de 2017, o Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu que qualquer mulher entre 18 e 35 anos, com saúde em bom estado e nenhuma alteração genética, pode doar seus óvulos a outras mulheres. No entanto, esta doação só pode ser realizada de forma voluntária e sem fins lucrativos. Ou seja, no Brasil, a mulher não pode vender seus óvulos e ser remunerada por isto. Antes disso, apenas mulheres que já estavam em processo de congelamento de óvulos para tratamento de fertilização *in vitro* (FIV) é que poderiam fazer as doações de parte de seus óvulos obtidos durante o procedimento. (BARBOSA, 2021)

Atualmente, há no Brasil dois tipos de doação: a de óvulos compartilhada e a voluntária. Na doação de óvulos compartilhada, a paciente que decide pela doação tem desconto no valor da realização de seu tratamento de fertilização *in vitro*. A ideia é beneficiar tanto quem doa quanto quem recebe, estimulando o aumento de estoque nos bancos de óvulos. (CFM,2021).

A gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida “barriga de aluguel”, mas, que no Brasil, trata-se da denominada “Barriga Solidária”, porque a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 199⁴, parágrafo 4º, veda a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância do corpo humano. Diante disso, fica proibido gestar o filho alheio mediante pagamento e qualquer avença nesse sentido, seria nula por ilicitude do objeto, conforme o artigo 104, II, Código Civil de 2002⁵. Também poder-se-ia ver configurado o ilícito penal, que

⁴ Art. 199 CF/88. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

⁵ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

pode dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem, conforme o art. 242 do Código Penal⁶. (DONATI, 2008)

A técnica da cessão de útero, também chamada pela doutrina de maternidade por substituição, maternidade desnaturada, barriga solidária ou barriga de aluguel, consiste em um acordo no qual uma mulher aceita gerar filho de outrem.

A gestação por substituição é uma técnica de reprodução humana artificial na qual há uma participação de uma terceira pessoa, denominada de mãe substituta ou mãe de aluguel, que tem a finalidade de consumir a gestação, tendo em vista que existe uma impossibilidade absoluta da gravidez pelas vias naturais.

Diante de todas essas técnicas, surge a pergunta: a ausência de regulamentação específica impede a maternidade por substituição no Brasil?

Apesar do arsenal de vedações, nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim, presta um serviço a outrem. Um serviço por longos nove meses, que acarreta limitações de várias origens.

No Brasil, há a permissão da Barriga Solidária e está diferencia-se da Barriga de Aluguel. O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2294/2021, admite a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até o 4º grau da mãe genética. Ou seja, a cedente do útero pode ser ascendente, descendente, irmã, tia, prima ou sobrinha da mãe genética.

Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica e não há presentes os direitos e as obrigações resultantes da maternidade.

No que diz respeito às pessoas que podem utilizar a técnica de reprodução humana assistida, salienta a Resolução 2.291/2021, que a mulher

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁶ “Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

somente poderá se beneficiar da gestação de substituição se for comprovada alguma anormalidade que a impeça de engravidar.

A Resolução 2.294/2021 enfatizou que deve ser constituído um contrato entre as partes envolvidas, esclarecendo regras a respeito da filiação. De acordo com a resolução, há regras a serem cumpridas: a cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau bem como a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo. Além do mais, para que não ocorra problema algum referente à maternidade e à paternidade deve ser realizado um termo de compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança e, para que não ocorra problema algum referente à maternidade e paternidade, é necessário que durante a gestação o registro civil da criança já seja providenciado. (CFM, 2021)

Desta feita, é possível alegar que no âmbito, médico social, as dúvidas existentes acerca da maternidade da criança gerada através de gravidez sub-rogação de útero estão resolvidas, sendo a criança efetivamente filha da mãe socioafetiva. Entretanto, no âmbito jurídico, ainda é questão que não está devidamente esclarecida.

Sabe-se que a resolução é uma norma jurídica infralegal que disciplina interesses internos, o que significa dizer que é uma norma jurídica secundária, pois fica sujeita à norma infraconstitucional e à constitucional, ou seja, é inferior a ambas.

Independentemente de se tratar de problemas negativos ou positivos na determinação da maternidade jurídica envolvendo uma criança gerada através de gravidez de substituição, o processo é muito delicado e complexo, pois de um lado está a mulher que desejou e programou toda a “gestação” (podendo ela ser a mãe biológica e/ou a socioafetiva) e do outro está a mulher que gerou por nove meses desempenhando o papel de mãe, dando proteção ao novo ser, (podendo ser a mãe biológica ou a portadora.) (MALUF, 2010)

Cabe lembrar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina é desprovida de coerção, para as pessoas não praticantes da Medicina e não tendo poder de coibir o uso incorreto das reproduções humanas assistidas.

Diante disto, é de extrema urgência uma lei específica que trate do assunto de forma clara e coerciva.

Diante da falta de legislação brasileira específica sobre a temática, é possível discutir judicialmente a maternidade, pois a Resolução do Conselho Federal de Medicina é inferior e não determinante, optando-se sempre pelo princípio do melhor interesse às crianças e aos adolescentes.

A partir deste ponto, é de extrema urgência uma lei específica que trate a respeito do assunto de forma clara e coerciva, em especial, no tocante ao reconhecimento da maternidade e da paternidade e as suas implicações jurídicas.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método hipotético dedutivo, sendo utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e legal, através da pesquisa em livros, artigos científicos, dissertações de mestrado e teses de doutorado. Foi realizada uma revisão de literatura sobre o tema, após isso foi feita a formulação da problemática da pesquisa e posteriormente hipóteses foram levantadas para o objetivo geral e os específicos fossem especificados e o trabalho fosse escrito.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo tem como título “A gestação de substituição como problema jurídico” e tratou da evolução dos direitos das mulheres no Brasil, da imprecisa definição de família, dos contornos jurídicos da filiação e do conceito da maternidade por substituição.

O segundo capítulo foi intitulado de “O exercício do planejamento familiar através da maternidade por substituição”. Nesse, foi explicado o planejamento familiar como princípio e como direito familiar, foi realizada uma explanação acerca das técnicas de reprodução assistida e também acerca do contrato de cessão de útero e os motivos concernentes à vedação legal à barriga de aluguel e por fim, foi discutido como a barriga solidária frente ao livre planejamento familiar pode ser considerada um direito humano.

Já terceiro recebeu o título de “A juridicização da maternidade desnaturada brasileira”. Nele foi discutida a configuração nacional da maternidade por substituição, sendo explanadas as regras brasileiras para a gestação em útero alheio, bem como foi apresentada a Resolução 2294/ 2021 do CFM e explicado o quanto a intervenção estatal acaba cerceando o direito

das pessoas de constituírem família e terem prole. Por último, foi realizada uma análise de como a família pode ser um instrumento do Direito à felicidade.

Diante da carência legislativa, portanto, o objetivo geral da pesquisa é analisar os critérios atuais a serem observados para a atribuição da maternidade resultantes da gestação de substituição.

O trabalho teve como objetivos específicos: compreender como se dá a gestação por substituição no Brasil; entender os motivos provocadores de litígios, estudar as dificuldades para a determinação da maternidade jurídica quando a criança é gerada através de sub-rogação de útero, tendo em vista que no Brasil o único marco regulamentário são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, onde dispõe a respeito da gestação de substituição, e estabelece as restrições e liberdades para o uso desta técnica. No entanto, as Resoluções mostram-se problemáticas, por serem estas inseridas em uma norma infralegal, com poder de coerção apenas para os médicos.

O objetivo específico foi trazer uma análise sobre como está sendo tratada a gestação por substituição no Brasil, principalmente por conta da ausência de lei disciplinando diretamente o assunto e do surgimento de grandes dúvidas perante um caso concreto. Muitas vezes, os casos ficam sem solução ou são solucionados de forma arbitrária, injusta, sem respeitar os direitos fundamentais. Importa observar, sempre que, nessa relação, todas as partes envolvidas assumem obrigações, possuindo direitos e deveres que devem ser cumpridos.

Como não há nenhuma legislação específica, apesar de já existirem projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, a jurisprudência vem-se baseando na Constituição Federal com foco especial nos Direitos Fundamentais e na Resolução do Conselho Federal de Medicina, que determina a forma exata de como deve um médico proceder. O que vem a jurisprudência e a doutrina buscando na discussão a respeito desse assunto é fazer com que prevaleçam na sociedade os preceitos morais e os direitos humanos.

O intuito da pesquisa foi superar discussões, expor fatos, analisar o tema e encontrar soluções plausíveis. Para tal, foi feita também a análise das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, da legislação pátria vigente, dos projetos de lei que tramitam sobre o tema e do posicionamento de doutrinadores.

O que se busca é adaptar, da forma mais adequada, o direito a essa nova realidade.

O tema foi escolhido diante dos conflitos sociais que vêm surgindo a respeito da matéria, principalmente pelo fato de não haver lei que a discipline. Além disso, é necessário que o Direito Brasileiro conceda uma maior importância às questões relacionadas ao desenvolvimento da Biotecnologia no tocante à reprodução humana, pois, diante do avanço da Medicina, a prática dos procedimentos alternativos, quais sejam os que não representam a forma natural de gestação, estão cada vez mais sendo procurados e aplicados para as pessoas com problemas de infertilidade e/ou casais homoafetivos.

Do ponto de vista jurídico, o tema tem alta relevância, haja vista a necessidade de disciplina jurídica específica. Até mesmo porque a omissão legislativa acaba por gerar enorme discricionariedade na solução dos conflitos e afeta a segurança jurídica que a sociedade busca no Direito. Do ponto de vista social, percebe-se a necessidade de maior informação sobre o tema, tanto por parte de quem se envolve e seja parte na situação da gestação por substituição, possibilitando a ciência com relação aos direitos e deveres que adquirem ao firmar esse “contrato”, quanto pela questão do conhecimento sobre o assunto, o que pode auxiliar na diminuição do preconceito social em diversos pontos ainda existentes com relação aos métodos alternativos de reprodução humana.

1. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO PROBLEMA JURÍDICO

As técnicas de reprodução humana assistida representam alguns dos grandes avanços da biotecnologia no século XX e, através da fecundação humana, passou a representar esperança para aqueles que não podem gerar um bebê pelas vias naturais, seja por infertilidade ou por existir algum impedimento de outra ordem, como é o caso das pessoas solteiras e dos casais formados por pessoas do mesmo gênero.

Sabe-se que a trajetória das mulheres é marcada por um longo período de discriminação, abusos e ausência de direitos. Devido aos grandes avanços que ocorreram nos últimos tempos em relação ao papel das mulheres na sociedade e tendo em vista o reconhecimento da igualdade de direitos, muitas têm que postergar o sonho da maternidade por necessidade de adentrar e permanecer no mercado de trabalho. No entanto, muitas vezes, quando a mulher está preparada, psicológica e financeiramente, para a concretização deste projeto, depara-se com problemas de cunho reprodutivo que as impedem de gerar um filho de forma natural. Somado a isso, muitas mulheres enfrentam doenças que não eram muito frequentes no passado e que, hoje, aumentaram significativamente, como a endometriose, ovário policístico, entre outras.

1.1 A Evolução dos Direitos das Mulheres No Ordenamento Jurídico Brasileiro

A história das mulheres na sociedade é marcada por uma gritante ausência de direitos que tiveram desde os primórdios da humanidade e, diante disso, buscam através de suas lutas e conquistas, sair da obscuridade e do anonimato.

Por muitos anos, até o início do século XX, as mulheres eram submetidas ao poder patriarcal e, posteriormente, ao marital. Estavam submetidas às vontades e aos desmandos masculinos, tendo suas vontades suprimidas.

Maria Berenice Dias (2017) discorre sobre a situação jurídica da mulher, abordando toda a trajetória dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro. A autora

faz uma importante análise acerca das desigualdades jurídicas sofridas pelas mulheres:

A presença da mulher é uma história de ausência. Sua voz nunca foi ouvida e seu pensamento não era convidado a participar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. A ela era imposta a submissão, e aos filhos a obediência. As mulheres nem sabiam bem quem eram, em um mundo isento de direitos civis e cheios de deveres servis. Mas a busca da igualdade acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares.

Embora de modo acanhado e vagarosamente, os textos legais retrataram a trajetória da mulher. Hoje, na plenitude de sua condição feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para a sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família. Sua emancipação jurídica forçou o declínio da sociedade conjugal patriarcal. A partir do momento em que ela assumiu a condição de “sujeito de desejo”, o princípio da indissolubilidade do casamento ruiu, uma vez que a histórica resignação feminina é o que sustentava os casamentos.

Sempre que se fala em mulher, impositivo render homenagens ao movimento feminista. Apesar de tão ridicularizado, enfim conseguiu o que todas as mulheres sempre ansiaram: liberdade e igualdade. O estudo das questões de gênero recebe o nome de feminismo jurídico, como um novo ramo da filosofia do direito, porque institutos tradicionais – entre eles o direito das famílias – foram construídos sob uma perspectiva predominantemente masculina, e já nasceram tendenciosos, garantindo ao homem privilégios que as mulheres não teriam. (2017, p. 104)

As mulheres passaram por um longo período de calvário, até conseguirem alcançar a tão esperada igualdade. Uma igualdade muito mais jurídica do que cultural.

Durante a 1ª Grande Guerra Mundial, muitas mulheres tiveram que sair da proteção patriarcal e/ou marital e passaram a ter autonomia em seus lares e a ocupar os lugares no mercado de trabalho deixados pelos homens. Deste modo, mostraram força e capacidade e passaram a lutar por sua emancipação. (Lima, 2016).

Até 1879, as mulheres não podiam ingressar no ensino superior. Este ingresso das mulheres nas universidades, só foi possível com a promulgação do Decreto Lei 7.247 em 19 de abril de 1879. Porém, ele estava associado à necessidade de autorização dos pais ou maridos para a matrícula. (BRASIL, 1879)

No já revogado Código Civil de 1916, as mulheres tinham um papel de submissão. Eram consideradas relativamente incapazes e todas as decisões

eram tomadas pelo marido, que, inclusive, deveria autorizar a mulher a trabalhar fora do lar. Destaca-se que a falta de virgindade da mulher era uma causa que autorizava a anulação do casamento. A única formação familiar reconhecida era a matrimonial e o casamento era indissolúvel. (BRASIL, 1916)

Nesse diapasão, Maria Berenice Dias (2017) faz importantes reflexões:

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo em 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade. Detinha o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal. Por isso é que a mulher, ao casar, perdia a sua capacidade, tornando-se relativamente capaz, tal como são considerados os índios, os pródigos e os menores entre 16 e 18 anos. Para trabalhar ela precisava de autorização do marido. A família identificava-se pelo nome do varão, sendo a esposa obrigada a adotar o sobrenome dele. O casamento era indissolúvel. O desquite rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal.

Somente o casamento constituía a família legítima. Os vínculos extramatrimoniais, além de não reconhecidos, eram punidos. Com o nome de concubinato, foram condenados à clandestinidade e à exclusão não só social, mas também jurídica. Não geravam qualquer direito. Em face da posição inferiorizada da mulher, ela era a grande prejudicada. Como o patrimônio normalmente estava no nome do homem, quando do fim do relacionamento – quer pela separação, quer pela morte do companheiro – ela nada recebia. (2017, p. 106)

Por muitos anos, as mulheres não foram consideradas cidadãs e nem tinha direito a votar e ser votada. Este direito somente lhes foi reconhecido em 1932, através do Decreto nº21.076, sendo o voto feminino ainda era facultativo. Somente com a promulgação da Carta Magna de 1934 o direito feminino de se alistar foi transformado em dever. Com o direito ao voto feminino, adveio o direito de se candidatar e ser eleita para cargos públicos.

A Constituição de 1934 consagrou, pela primeira vez, o princípio da igualdade entre os sexos, ao proibir diferenças salariais para um mesmo trabalho tendo o gênero da pessoa como motivo.

O Código de Processo Civil de 1939 possuía grandes positizações discriminatórias, como por exemplo, a mulher casada, salvo algumas exceções, não podia comparecer em júízo sem autorização do marido e também, ser nomeada inventariante se, ao tempo da morte de seu cônjuge, não estivesse, “por culpa sua”, convivendo com o mesmo.

Com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, foi assegurada a proteção à maternidade com o direito à estabilidade no emprego por determinado período e à licença maternidade.

A Constituição Federal de 1946, representou um retrocesso para as mulheres quando eliminou a expressão "sem distinção de sexo" ao se referir que todos são iguais perante a Lei.

A lei nº 4121/62, denominada de Estatuto da Mulher Casada, eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, prevendo expressamente a colaboração da mulher na "chefia" da sociedade conjugal e não mais a subordinava à necessidade de autorização marital para o exercício de atividades laborativas. Também, através do respectivo estatuto foi reconhecido à mulher-mãe o direito de ficar com a guarda dos filhos menores no caso de serem ambos os cônjuges culpados pela separação. Porém, sua posição ainda era subalterna, pois persistia o elenco diferenciado de direitos e deveres, sempre em desfavor da mulher.

Em 1977, foi editada a Lei do Divórcio (Lei 28 de junho de 1977) que trouxe importantes avanços. Com esta lei, o casamento válido podia ser dissolvido além da causa morte e também por vontade das partes. Até então, somente era permitido o desquite, que se assemelhava a uma separação judicial, não colocando fim ao vínculo matrimonial. O divórcio coloca fim tanto à sociedade conjugal, como também ao vínculo matrimonial, habilitando os ex-cônjuges para novas núpcias. Assim, as mulheres podiam desfazer os vínculos matrimoniais e construir novos vínculos.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, diante da persistente discriminação contra as mulheres. No Brasil, foi assinada em 31 de março de 1981, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 93, de 14 de novembro de 1983, e ratificada em 1º de fevereiro de 1984. A Convenção entrou em vigor no Brasil em 2 de março de 1984. Nesta, ressalta-se a importância de se modificar o papel tradicional do homem e da mulher na sociedade e na família para que se possa alcançar a igualdade plena para ambos. (RAMOS, 2020)

A Constituição Federal de 1988 foi de grande importância para a igualdade de gênero, pois positivou a equiparação entre homens e mulheres e também positivou a igualdade jurídica entre os cônjuges, ao conceder que direitos e deveres referentes à sociedade conjugal passam a ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e que a família pode ser formada por qualquer dos pais e seus filhos, reconhecendo assim a família monoparental e quebrando a hegemonia da família matrimonial. Referendou a proibição de diferença de salário, admissão e função, por motivo de sexo; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

A Constituição Federal de 1988, já no preâmbulo assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (CF 3º IV). Além da igualdade de todos perante a lei (CF 5º), pela primeira vez é enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (CF 5º I). De forma até repetitiva, afirma que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente por ambos. (CF 226 §5º).

A Lei nº 9.504/1997, trouxe a cota mínima de trinta por cento e máximo de setenta por cento para cada sexo, fazendo com que cada partido ou coligação fosse obrigado a apresentar candidatas femininas nas eleições. Esta foi uma das medidas encontradas para coibir a discriminação de gênero nas eleições do país.

O Código Civil de 2002, positivou no seu art. 5º, que qualquer pessoa ao completar 18 anos, torna-se plenamente capaz. Recepcionou, no artigo 1511, a igualdade jurídica entre os cônjuges e positivou e referendou no seu artigo 1634, que o poder familiar é de titularidade de ambos os pais. O CC/02, também trouxe o livre planejamento familiar e o direito de qualquer dos cônjuges acrescentar o sobrenome do outro.

O artigo 1638 do Código Civil de 2002⁷, assevera que o feminicídio é uma das causas de perda do poder familiar.

⁷ Art. 1.638 CC/02. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) é um importante instrumento de proteção à mulher, pois cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando a assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher. (BRASIL, 2006)

Em 2015, entra em vigor a Lei nº 13.104 que classifica o feminicídio como crime hediondo.

O Código de Processo Civil de 2015, dá o direito tanto ao homem, quanto à mulher de pleitear alimentos, por eventual divórcio ou pela dissolução da união estável.

A Lei nº 13.363/2016 alterou o Estatuto da Advocacia, trazendo benefícios para a advogada gestante e lactante para o seu pleno exercício da profissão em harmonia com a maternidade.

Mesmo diante de inúmeras evoluções legislativas no país, ainda são visíveis grandes discriminações de gênero e ainda se fazem necessárias mais leis e políticas públicas, bem como conscientização cultural no sentido de coibir e sensibilizar toda a sociedade.

Na mesma linha de pensamento, Flávia Piovesan (2013), afirma que:

Há, portanto, a urgente necessidade de saneamento da ordem jurídica brasileira, com a imediata eliminação das normas discriminatórias que esvaziam e restringem o alcance de dispositivos normativos avançados. A prevalência da Constituição brasileira e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher impõe a revogação de toda normatividade ordinária com ela incompatível, eliminando-se, assim, obstáculos decorrentes de uma mentalidade discriminatória, hierarquizada com relação aos gêneros, que constrói um papel socialmente definido para os homens e mulheres. (2013, p. 351)

É imperioso consagrar uma ordem democrática e igualitária em relação aos gêneros, incorporar a igualdade de gênero na doutrina e no Ordenamento

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

Jurídico Brasileiro, assim como, globalmente, impõe-se um desafio que é a mudança de paradigmas. Transformar paradigmas não é fácil, exige persistência, envolvimento, lutas, compromisso, capacidade de indignação e vontade política. (PIOVESAN, 2013)

Por muitas décadas, o cenário social feminino foi marcado por um imenso déficit de oportunidades e espaços, tanto no campo político, como no cultural, jurídico e quaisquer outros. Destarte, as mulheres buscam reconhecimento, igualdade e liberdade.

Liberdade é ter acesso a oportunidades. A liberdade individual deve ser um comprometimento social. Ela é o principal meio do desenvolvimento e, através do desenvolvimento, busca-se o fim das privações individuais, que limita as escolhas e as oportunidades. (SEN, 1999)

As mulheres são agentes ativos de mudanças. É urgente modificar as desigualdades que arruinam o bem-estar das mulheres e as sujeitam a um tratamento desigual. Emancipação social e independência econômica são essenciais para a voz ativa das mulheres. Infelizmente, ainda, em muitos lugares, a mulher é tão negligenciada e privada de direitos que sequer possui condições de avaliar o tamanho das suas privações (SEN, 1999)

O Ordenamento Jurídico Brasileiro possui um aparato de leis que objetivam proteger e efetivar a igualdade de gêneros no país, com a finalidade de reprimir discriminações, restrições de direitos e inferiorização da mulher. Possui também leis que penalizam aqueles que discriminam e praticam violência baseada no gênero.

O Brasil, com a Constituição Federal de 1988, reconhece a igualdade entre os gêneros, atribuindo os mesmos direitos, obrigações e oportunidades. Também há, inúmeras leis infra constitucionais: Código Civil (reconhecendo a igualdade jurídica entre os cônjuges, liberdade de planejamento familiar, capacidade civil plena a todos os maiores de 18 anos, poder familiar de titularidade de ambos os pais e etc.) ; Lei 90504/97, que estabelece normas para as eleições, trazendo reserva mínima para as mulheres; Consolidação das Leis do Trabalho (veda discriminações no ambiente de trabalho, resguarda os direitos inerentes à maternidade, proíbe de diferença salarial em virtude do exercício das mesmas funções e mesmo cargo e etc.) ; Lei Maria da Penha (coíbe a violência

doméstica e penaliza o agressor); a Lei do Feminicídio - Lei 13.104/15 (esta lei considera feminicídio quando o assassinato envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima e o torna crime hediondo), entre outras.

Houve uma mudança positiva, inovadora e, finalmente, de cunho igualitário. Os méritos são vários, porém nenhuma lei é perfeita, a abrangência não é completa.

O combate à desigualdade de gênero é urgente para o alcance do desenvolvimento. Entretanto, medidas legislativas, por si só, são insuficientes. É necessário combinar leis com políticas públicas que eduquem, informem e conscientizem homens e mulheres. Atualmente no Brasil, a transformação mais eficaz e abrangente deve ser mais cultural do que propriamente jurídica.

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2013, p. 295) pontua:

Se o combate à discriminação é medido emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Vale dizer, para garantir e assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

Ainda seguindo a mesma linha de raciocínio, Flávia Piovesan (2013), reitera que:

As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é assegurar a diversidade e a pluralidade social. Constituem medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar pelo respeito à diferença e à diversidade. Por meio delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva. Tais medidas devem ser apreendidas não apenas pelo prisma retrospectivo, no sentido de significarem uma compensação a um passado discriminatório, mas também pelo prisma prospectivo, no sentido de apresentarem alto grau de potencialidades para uma transformação social incluyente. No plano jurídico internacional, a adoção das ações afirmativas está prevista pelas convenções Internacionais sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ambas ratificadas pelo Brasil. (2013, p. 296)

A igualdade é essencial para qualquer processo democrático e para a busca do crescimento observando o desenvolvimento sustentável. A emancipação social da mulher acelera o crescimento econômico, diminui as taxas de natalidade, amplia as rendas familiares, diminui as fomes coletivas e é um fator crucial para o desenvolvimento como liberdade. (SEN, 1999)

A mulher tem papel importantíssimo no núcleo formador da sociedade, onde pode construir todos os outros laços afetivos, havendo assim a propagação de tradições, cultura, aprimoramento da linguagem, por exemplo, cobrindo-se de uma significativa importância jurídica, social e psicológica.

A mulher evoluiu, de pessoa submissa ao poder patriarcal e/ou marital, passou a ser figura extremamente relevante na sociedade atual, onde ela exerce cada vez mais um papel de protagonista e está cada vez mais independente, embora ainda sofra com as heranças históricas. Os desafios ainda são grandes.

1.2- A imprecisa definição de família no tempo e no espaço

Com a reconfiguração da mulher na sociedade, a definição de família é impactada. O conceito de família, aceito pela sociedade, vem se modificando com o passar dos anos e com a evolução dos costumes. Hoje, entretanto, nota-se que o conceito de família é outro, bem mais amplo, integrando outras formas de construção familiar, além da formada unicamente pelo casamento.

É possível constatarem-se as grandes mudanças que ocorreram com o passar do tempo, no tocante à maior liberdade de se constituir família e isto se deve à grande e decisiva importância da mulher nas famílias brasileiras.

No Brasil, atualmente, o conceito de família ampliou-se, com o advento da Constituição de 1988, bem como com o Código Civil de 2002.

A Constituição Federal de 1988 trata da família no artigo 226⁸, reconhecendo expressamente o instituto familiar oriundo do matrimônio, da

⁸**Art. 226 CF/88.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

união estável e a monoparental. Porém traz um rol exemplificativo, o qual não exclui a possibilidade de outros modelos de entidade familiar.

Assim, a família deve ser compreendida como o núcleo no qual o ser humano é capaz de desenvolver todas as suas potencialidades individuais, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, além dos princípios próprios do Direito de Família.

O conceito de família modifica-se, ao longo dos anos, face a legislação vigente de cada época.

A noção de família altera-se, ao longo dos anos, sendo atribuída a mudança a diferentes fatores, podendo ser considerada um elemento cultural e produto social. Essas alterações são fáceis de se perceber ao se visualizar a construção da família desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais.

No supracitado código, a família era originada do casamento, a única forma de entidade familiar, que por influência religiosa, não poderia ser desfeito. Ademais, era essencialmente patrimonializada, pois o Estado preocupava-se com a formação do patrimônio, bem como a sua manutenção e perpetuação dentro da própria família. Era também a família considerada essencialmente patriarcal, havendo a presença do “Pátrio Poder”, ou seja, o pai/marido era o chefe da família, onde o mesmo possuía poder para mandar em tudo e em todos, cenário em que a mulher era submissa e tinha o papel único de “dona de casa”. Essas ideias são sustentadas por Maria Berenice Dias, ao narrar que:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

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

§ 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. (CF, 1988)

amplo incentivo à procriação. Era uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2015, p. 30)

Outros arranjos familiares não eram aceitos no âmbito legal e social. Frente a isso, havia uma clara discriminação entre os filhos que eram decorrentes do casamento e aqueles que eram frutos de relações externas, havendo uma diferenciação entre os filhos legítimos, legitimados e ilegítimos.

Os primeiros passos para uma mudança mais brusca se deram com a inserção da mulher no mercado de trabalho, em um contexto de revolução industrial, ao mesmo tempo em que a família se transferiu para os centros urbanos, incorporando diferentes relações com os seus membros. Outros marcos foram: o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), emancipando a mulher em diversos atos da vida civil que eram feridos pelo Código Civil de 1916 e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que ia de encontro à indissolubilidade do matrimônio.

Entretanto, foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ocorreu após o período de Ditadura Militar no país, quando houve forte opressão aos Direitos Humanos, que se elevou a Dignidade da Pessoa Humana a princípio basilar de todo o Ordenamento Jurídico, através do seu artigo 1º, inciso III⁹, e se instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçando o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Diante disso, aconteceu um fenômeno, chamado de constitucionalização do Direito de Família, cenário que passou a ser balizado pela ótica exclusiva dos valores maiores da dignidade e da realização da pessoa humana.

Assim, atualmente, tem-se um conceito de família tão vasto que é quase impossível defini-la de uma maneira única. Mas, ainda assim é possível depreender algumas características comuns como, por exemplo, a ideia que para formar uma família basta a vontade entre indivíduos de constitui-la e que ali

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...
III- A dignidade da pessoa humana;

haja uma relação de afeto, não mais existindo qualquer formalismo rigoroso para que ela se constitua.

Pierpaolo Donati tece uma importante reflexão acerca do conceito de família:

O fato é que este termo designa uma ampla gama de formas sociais primárias que apresentam estruturas relacionais bastante diversificadas e com limites variáveis de cultura a cultura. Mas isto não quer dizer que a família não possa ser conceituada. Aliás, em geral cada cultura tem sua própria representação de família. Mais ainda: o fato de que hoje esta representação parece esvaecer indica não tanto que a família desaparece, mas antes que estamos diante de um processo sociocultural de nova diferenciação da família. Para compreender esta perspectiva é necessário sair das abordagens que tentam definir a família como uma “coisa”; tal definição está equivocada. É necessário adotar uma visão propriamente relacional da família, a qual pode ser definida: como lugar- espaço (a casa), a célula da sociedade (por analogia orgânica com o organismo biológico), modelo (padrão simbólico), relação social (isto é, como ação recíproca que implica intersubjetividade e conexões estruturais entre sujeitos). Nas diferentes teorias, pode-se identificar o prevalecer de uma destas abordagens ou mescla delas. Mas, de qualquer forma, é possível dizer que, à medida que a sociedade se articula, torna-se complexa e diferencia, devemos nos afastar de analogias e biológicas para assumir um ponto de vista relacional. (DONATI, 2008, p. 49)

Como reflexo de toda essa transformação cultural e jurídica e também diante da evolução da Medicina é que o conceito de família vem se alargando juntamente com o conceito de filiação, sendo possível, hoje, falar-se em filiação socioafetiva, baseada nos laços de afeto e na liberdade de constituir família e não na consanguinidade, bem como nas técnicas de reprodução assistida e também na multiparentalidade.

O Direito de Família tem evoluído tanto por necessidade quanto pela transformação sofrida pela sociedade, onde as pessoas estão buscando realização pessoal e, assim, criam novas constituições familiares, tais como as famílias homoafetivas, paralelas, monoparentais e etc.

A Família está sempre em constante evolução, de modo que a norma jurídica não consegue acompanhar todas as evoluções vivenciadas pelo Direito de Família. O caráter plural do conceito de família, recebe diversos modelos familiares, sem discriminá-los e em igualdade de direitos e deveres na Ordem Jurídica, conforme prega a CF/88.

Sobre os modelos familiares, esclarece Francisco Amaral:

Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para as quais os tradicionais modelos jurídicos já se mostraram insuficientes, impondo-lhes à ciência do direito a construção de novas e adequadas “estruturas jurídicas de respostas” capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança, em uma sociedade em rápido processo de mudança. (AMARAL, 2003, p. 63 e 64)

Em vista dessas considerações, pode-se perceber a liberdade de se constituir família, presente no Ordenamento Jurídico Brasileiro que, ao passo das construções culturais, vem adequando as noções de estrutura familiar com base no afeto. Assim, é necessária uma visão muito mais ampla perante o que seria a família, não havendo mais um conceito rígido.

O Direito de Família é uma área que visa tratar das relações familiares, prezando os direitos e deveres dos indivíduos inseridos na entidade familiar. Como anteriormente elencado, a família é um fenômeno cultural, estando sujeita às peculiaridades dos seres humanos. Dessa forma, o aplicador do Direito está exposto a diversas situações complexas, onde é necessário haver uma “medida” para manter a justiça perante a sociedade.

Nesse íterim, os princípios executam um papel essencial para nortear o operador do Direito. Ou seja, eles são basilares para o fundamento do Ordenamento Jurídico.

No Direito de Família, existem inúmeros princípios a serem elencados, sendo que cada doutrinador traz um apanhado acerca do tema. Salienta-se que não existe um rol taxativo e nem hierarquia entre eles, inclusive há princípios que não estão escritos de forma expressa. Entretanto, o fator comum entre eles é a interpretação conforme a Constituição Federal de 1988.

Com a constitucionalização do Direito Civil, consolidou-se a interpretação sempre pela Lei Maior, dessa maneira todo o sistema legal deve garantir a dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas. Os princípios gerais de Direito integram a maioria dos sistemas jurídicos e no Brasil sua reafirmação tem sido constantemente observada diante da tendência de constitucionalização do Direito Civil e, notadamente, do Direito de Família.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. Presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, trata-se de um alicerce para o Direito Brasileiro, colocando a pessoa humana

como foco de proteção do direito, devendo o Estado garantir o mínimo existencial para os cidadãos. No contexto familiar, devem ser dignas todas as entidades familiares e a proteção dessas, haja vista o respeito aos seus membros.

Previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal¹⁰, o Princípio da Liberdade garante o direito aos indivíduos de formarem a entidade familiar que lhes aprouver, podendo a mesma viver dentro da opção desejada. Ademais, no artigo 226¹¹, § 7º do mesmo dispositivo, narra-se que com base na dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, deve ser livre o planejamento familiar. Ainda nesse mesmo artigo, nos §§ 3º e 4º, discorre-se sobre o reconhecimento da união estável e a possibilidade da entidade familiar à convivência formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, respectivamente. Vê-se o pluralismo das entidades familiares, demonstrando, assim, o Princípio da Liberdade de Constituir Família, que decorre daquele já citado.

Em relação ao Princípio da Igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, tem-se a igualdade entre as pessoas, devendo estas receberem tratamento isonômico pela lei, vedando qualquer discriminação. A Constituição afirma esse princípio em seu preâmbulo, reafirmando-o no *caput* do artigo 5º ao preconizar que “todos são iguais perante a lei”, enfatiza a igualdade entre homens e mulheres no inciso I do referido artigo, retrata a igualdade de

¹⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

...

¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

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

deveres entes cônjuges no artigo 226, § 5º e a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, no artigo 227, § 6º.

Para mais, o artigo 1.511 do Código Civil¹², também sustenta a igualdade entre cônjuges, alegando que o casamento é o estabelecimento da comunhão plena e deve se basear na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Em relação à igualdade entre os filhos, pode-se citar ainda o artigo 1.596 também do mesmo Código, que afirma não poder haver discriminação entre os filhos, tendo esses os mesmos direitos e qualificações.

Com previsão nos artigos 226, § 7º e 227 da Constituição Federal, o Princípio da Paternidade Responsável surge como um pilar para o Direito de Família, pois assevera a noção de responsabilidade na formação familiar e em sua manutenção, de modo que essa entidade se desenvolva de maneira saudável, na qual os pais são detentores de várias obrigações para com o filho, dentre os quais o artigo 227 cita de maneira coerente, como o direito à saúde, à educação e alimentação, por exemplo.

Já o Princípio do Afeto não possui previsão expressa, mas decorre diretamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, possuindo hoje grande valor para nortear as relações do Direito de Família, tendo em vista que as relações de afeto possuem igual – ou maior – valor que as relações biológicas.

Madaleno (2018) narra que o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco.

Diante de todo o exposto, nota-se que a elevação dos princípios pautados na Dignidade da Pessoa Humana deu margem à aceitação de diversas formações familiares, prezando-se pela afetividade, pela proteção dos indivíduos que constituem a entidade familiar, bem como o pluralismo e a liberdade, ideais que atendem o elemento final de proteção: o indivíduo.

Assim, pensar a família com uma visão exclusivamente biológica, matrimonial e patrimonial é ir de encontro a um espaço de integração social. Dessa forma, pode-se ver a abertura de espaço para aceitar novos arranjos

¹² Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

familiares que já existiam e careciam de proteção do Estado. Essa concepção relaciona-se com a ideia já exposta do conceito atual de família, uma entidade dotada de vontade e de afeto, em que o Direito deve estar preparado para atender sua natureza plural, tendo em vista que a família é base social e, através dela, o indivíduo nasce, cresce e se desenvolve, tendo as primeiras lições como os costumes, a moral e a ética, justamente como preconiza o artigo 226 da Carta Magna.

Hoje, conforme os mandamentos constitucionais e os desdobramentos da jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros, as famílias estão pluralizadas e o Direito das Famílias tem a responsabilidade de fornecer reconhecimento e proteção para todos os modelos familiares, sem discriminação, tenha a formação que tiver.

Para mais, atualmente, existem vários arranjos familiares que recebem proteção da lei, doutrina e jurisprudência, com o objetivo de que nenhum ser humano pereça alheio à proteção legal. Dessa maneira, é válido elencar alguns exemplos dessas formações: a matrimonial, a união estável, a homoafetiva, a monoparental, a anaparental e a multiparental.

A primeira é a família mais tradicional, a matrimonial, aquela que se constitui através do casamento formal, caracterizando-se pela formação de laços monogâmicos e tendo a fidelidade como base.

[...] são enormes as exigências à celebração do casamento, de pouco ou quase nada valendo a vontade dos nubentes. Cláusulas, condições, regras e até algumas posturas são prévia e unilateralmente estabelecidas por lei. Os direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio e até pela morte. Até se poderia chamar o casamento de verdadeiro contrato de adesão. (DIAS, 2017, p. 135-136)

Com previsão no artigo 226, §3º da Constituição Federal e no artigo 1.723 do Código Civil,¹³ a união estável é hoje equiparada à família matrimonial e é

¹³ 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

tida como a união pública, contínua e duradoura e com o objetivo de constituir família. A união estável consolidou-se graças à evolução dos costumes sociais.

Já a união homoafetiva, aquela que é formada por duas pessoas do mesmo sexo, possui reconhecimento como união estável desde 2011 por meio de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF), extraídas da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132. Outro avanço ocorreu em 2013, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 195, possibilitou a conversão em casamento homoafetivo. Entretanto, apesar desses apontamentos, é cabível uma crítica à redação presente no Código Civil e na Constituição Federal que ainda prevê a união estável e o casamento somente entre homem e mulher.

Para além, existe a presença da família monoparental, em que há somente um genitor e a sua prole, podendo esta se constituir de diversas maneiras, sendo usualmente constituída por um dos genitores que convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos, seja solteiro, viúvo ou divorciado. Esta modalidade de família está exposta no artigo 226, §4º¹⁴ da Constituição Federal.

A família anaparental é aquela formada sem a presença dos pais, geralmente composta apenas pelos irmãos, mas também, pela convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, fatos que impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família parental ou anaparental.

Em relação à família multiparental, observa-se o registro de mais de um pai e/ou uma mãe, onde um é o biológico e o outro, o afetivo.

É válido elencar ainda que não existe um rol taxativo no Ordenamento Jurídico Brasileiro narrando como que se formam as famílias. Não obstante, diante de toda evolução histórica é possível ver um espaço mais democrático que preza pela liberdade dos indivíduos em constituírem família.

¹⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

A família não tem padrão. Cada pessoa é única, pois carrega consigo uma formação, educação, valores e pensamentos diferente dos outros, além de ter sua própria personalidade. Sendo assim, cada grupo de pessoas diferentes não remetem aos mesmos formatos ou padrões, ou seja, nenhuma família terá a obrigação de ser igual a outra.

O Ordenamento brasileiro vigente assegura o respeito e a igualdade de direitos e obrigações em relação a todas as formações familiares. Ademais, o Direito Brasileiro não engessa a formação familiar, reconhece diversos modelos com base na liberdade de constituir família e na dignidade da pessoa humana.

1.3- A filiação enquanto pressuposto jurídico no reconhecimento do parentesco:

De acordo com as explicações de Gonçalves (2018), o Código Civil de 1916 limitou a noção de família ao casamento e ligadas pelo vínculo da consanguinidade. Por conseguinte, a filiação na organização do parentesco brasileiro era exclusivamente aquela que descendia de duas linhas na representação genealógica: uma perante o pai e outra perante a mãe. Era legítima a filiação havida dentro do casamento e era considerada ilegítima a filiação havida fora do casamento. Além da filiação consanguínea, somente havia o reconhecimento da filiação através da adoção

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil, somente havia o reconhecimento do modelo da família matrimonial, patrimonial, patriarcal e nuclear, composta por marido, esposa e filhos. O marido ficava em posição de superioridade em relação à esposa; no plano da filiação, os pais em posição de superioridade em relação aos filhos. Diversos foram os fatores que alteraram a construção das famílias nos anos que se sucederam: maior inserção das mulheres no mercado de trabalho, possibilidade de controle da fecundidade, ampliação das técnicas de auxílio médico para reprodução, ampliação das possibilidades e das formas de adoção, lei do divórcio, reconhecimento das uniões estáveis, reconhecimento das famílias monoparentais e homoafetivas, entre outros formatos possíveis. A ampliação das formações familiares gera

consequências jurídicas e, juntamente a isso, houve também a ampliação das formas de filiação, com as devidas consequências jurídicas.

Hoje, as pessoas buscam formar suas famílias, baseadas na liberdade e no afeto. Porém, toda formação familiar, principalmente no tocante à filiação, cria consequências jurídicas, tais como: herança, dever de sustento, poder familiar e etc.

É por meio das relações de parentesco que o Direito organiza a relação interna dos membros de uma família e institui direitos e deveres recíprocos. O vínculo jurídico da filiação liga uma pessoa a seus pais, através da consanguinidade e do parentesco civil que é o vínculo obtido mediante adoção e socioafetividade, baseados no princípio da igualdade jurídica entre todos os filhos, presente no art. 227, §6º da CF/88¹⁵ e no art. 1596 do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002, em seu artigo. 1596¹⁶, estabelece que: “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.” Com isso, recepcionou o Princípio da Igualdade Jurídica entre os filhos, independentemente da origem da filiação, seja esta consanguínea ou por adoção ou socioafetividade.

A filiação biológica, também chamada de filiação natural, tem sua origem na consanguinidade, ou seja, a relação de parentesco é em linha reta de primeiro grau, entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, abrangendo não somente filhos provindos da relação sexual, mas também quando provêm de inseminação artificial homóloga ou fertilização *in vitro*.

¹⁵Art. 227 da CF/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 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)

¹⁶ Art. 1.596 Do CC/02. 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.

O vínculo civil, trata da relação entre o adotante e o adotado e o vínculo socioafetivo, tem como base o afeto.

Carlos Roberto Gonçalves faz uma importante análise acerca da filiação socioafetiva:

O aludido artigo 1593 do Código Civil de 2002, ao utilizar a expressão “outra origem”, também abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo. (Gonçalves, 2018, p. 302)

O vínculo socioafetivo decorre da relação afetiva entre pais e filhos, no caso, estes pais não forneceram o material genético, contudo esta filiação caracteriza-se pelo afeto, pela convivência. O reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva representa um avanço no direito familiar brasileiro.

O Ministro do STF, Luiz Edson Fachin, traz uma importante análise acerca da filiação socioafetiva:

Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que a paternidade se constrói; não é apenas um dado: ela se faz. (...) Ao dizer que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade socioafetiva que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho. (FACHIN, 2015, p. 23).

Ainda sobre a filiação socioafetiva, Romualdo Baptista Santos, ressalta numa importante explanação:

A socioafetividade é algo que se constrói nas relações cotidianas, dentro dos núcleos familiares, por vezes recompostos. É o exercício dessa autoridade de quem faz as vezes de pai ou mãe, imbuído de laços de afeto, que origina a paternidade socioafetiva. O que realmente determina a paternidade ou a maternidade é o exercício fático, a conduta imbuída de responsabilidades e deveres do poder parental. (SANTOS, 2009, p. 147)

Diante disso, a controvérsia sobre o reconhecimento da paternidade socioafetiva foi dirimida através do julgamento do RE nº 898.060/SC, no Supremo Tribunal Federal (STF), decidido com repercussão geral e designado como Tema 622: “Prevalência da Paternidade Socioafetiva em Detrimento da Paternidade Biológica”. O STF ao julgá-lo, em 2016, fixou a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

Ainda em seu art. 1597, o Código Civil de 2002¹⁷ elenca as presunções de paternidade oriundas do casamento e já nesse artigo reconhece a procriação assistida, através da fecundação homóloga e heteróloga.

As presunções constantes no art. 1597 do CC/02, são relativas. Ou seja, admitem prova em contrário e a paternidade pode ser desconstituída através de Ação Negatória de Paternidade, desde que não esteja presente o vínculo da afetividade e que o reconhecimento não tenha sido voluntário. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, de fraude ou de simulação. Exceção cabe em relação ao inciso V, no tocante à inseminação heteróloga, pois em relação a esta não cabe desconstituição. O Enunciado 570 da V Jornada de Direito Civil¹⁸, também dá a mesma presunção para quem vive em União Estável.

1.4- A juridicização no conceito de Maternidade Desnaturada ou também chamada de Maternidade por Substituição:

As regras de Direito de Família têm sido confrontadas com uma nova realidade, determinada pelos avanços das técnicas médicas que obrigam a repensar conceitos antes preestabelecidos e considerados imutáveis. O tema da paternidade e maternidade experimenta notável evolução, nos últimos anos, em razão dos avanços científicos, que trazem múltiplas oportunidades aos casais de terem filhos e também em razão dos avanços no tocante aos costumes da sociedade que tenta afastar tabus em relação à origem dos filhos, fazendo com

¹⁷Art. 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.
(BRASIL, 2002)

¹⁸ Enunciado 570 CJF: O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga "a patre" consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

que o Direito Brasileiro iguale os direitos e deveres, qualquer que seja a origem da filiação, seja ela biológica, por adoção ou socioafetiva.

O Direito busca adaptar-se a essa nova realidade, passando a tutelar relações antes ignoradas. Na atual sociedade, a chamada “família” expõe significados diferentes que são moldados conforme as mudanças sociais vão se apresentando.

É difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, nos dias de hoje, se insere nesse conceito. Sempre vem à mente a imagem da família patriarcal, porém essa visão hierarquizada sofreu enormes transformações, principalmente em virtude da emancipação feminina e dos avanços científicos e sociais. O afrouxamento dos laços entre Estado e Igreja também acarretou profunda evolução social e jurídica. É necessária uma visão pluralista da família, que abrigue os mais diversos arranjos familiares, permitindo alcançar todos os elos de afetividade, independentemente de sua origem. A Constituição Federal de 1988, explicita de forma exemplificativa como entidades familiares os seguintes modelos: matrimonial (art. 226 § 1º e § 2º, CF), união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF), porém deixa margem para o reconhecimento em igualdade de direitos e obrigações para novos arranjos familiares. Com isso, ampliou-se o conceito de paternidade e de maternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e sobre a realidade legal. A paternidade e maternidade derivam da filiação, o que independente da sua origem ser biológica, civil ou afetiva.

As ciências médicas avançaram bastante nos últimos anos, o que tornou possível a acessibilidade de diversos métodos reprodutivos, permitindo a muito mais pessoas a realizarem o sonho de ter filhos. Para tal, não é necessário ser casado, ter um par ou praticar ato sexual com alguém. Atualmente existem técnicas de reprodução assistida com a doação de espermatozoides, óvulos e cessão de útero.

A reprodução assistida representa uma esperança para as pessoas que não podem gerar um filho pelas vias naturais, seja pela infertilidade ou por outro impedimento, a exemplo da pessoa solteira ou dos casais formados por pessoas

do mesmo sexo. É uma maneira de garantir a filiação e o livre planejamento familiar.

Tratando-se de filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre, conforme o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988¹⁹, não podendo nem o Estado e nem a sociedade estabelecer limites ou condições. O acesso aos modernos métodos de reprodução assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois o planejamento familiar também significa o sonho da filiação. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e à reprodutiva, devendo o Estado garantir acesso a tratamentos de esterilidade que objetivem a reprodução.

Meirelles (2002) lembra que, até o século passado, a paternidade e a maternidade eram lineares, naturais, tinham origem em um ato sexual, seguido de concepção e do posterior nascimento. Já nos dias atuais, com o avanço das ciências médicas, tal conceito evoluiu diante do surgimento e do aprimoramento das técnicas de reprodução assistida. De acordo com o enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” nada mais são do que técnicas de reprodução assistida.

A escritora Jussara Maria Leal de Meirelles, assim reflete sobre a reprodução assistida:

A reprodução assistida são técnicas utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou ambos gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural. Permite a geração da vida, independente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. Chama-se concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação in vitro, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Na inseminação heteróloga, a concepção é levada a efeito com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu a prática, será ele o pai, por presunção legal. (2002, p. 393)

¹⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

De acordo com Castilho, no Brasil, sob a visão da Constituição vigente, a reprodução humana assistida está inserida na classe dos direitos fundamentais, mais especificadamente no direito fundamental à vida:

Analisando a situação pelo âmbito jurídico, tem-se entendido que há um direito a procriar com base nos seguintes fundamentos: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se disciplina o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, prevendo ainda o direito de fundar uma família, nos arts. III, VII e XVI; b) a Constituição Brasileira de 1988, donde extrai-se o direito à procriação das normas de inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º), do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218), da liberdade de consciência e de crença (inc. VI do art. 5º) e ainda da previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (§7º do art. 226) (CASTILHO, 2005, p. 319).

A evolução da Medicina é responsável por uma atuação cada vez mais intensificada no campo reprodutivo. A ciência médica, em específico na área que abrange as técnicas de reprodução humana assistida (RA) tem avançado em um ritmo acelerado, oportunizando pessoas inférteis ou simplesmente aquelas que almejam ter um filho a realizarem tal desejo.

A maternidade por substituição surge no âmbito científico das técnicas de procriação medicamente assistida e de uma enorme vontade do ser humano de ter um filho. O desejo humano ultrapassa, na maior parte das vezes, as leis vigentes. A concepção de um filho para entregar a outrem é algo que num passado mais remoto, seria impensável ou severamente criticável à luz de determinados princípios e crenças instaladas na cultura dominante e ainda hoje ainda existem pessoas que criticam tal atitude. Existem países em que a prática é legalizada e outros em que a prática é proibida.

Não se pode considerar ilícito ou imoral o fato de uma mulher, não podendo fecundar, ter seu óvulo fertilizado em laboratório com espermatozoide do esposo, sendo depois o ovo implantado em seu próprio útero. Aliás, este procedimento não espanta a sociedade atual e é cada vez mais comum, sendo denominado de auto implantação ovular.

Algumas mulheres se valem desta técnica não porque querem, mas por situações impeditivas da maternidade, ou seja, por problemas de esterilidade. Outras, aptas à gestação, procuram uma “mãe-hospedeira” unicamente para evitar o desconforto da gravidez ou do pós-parto.

O problema surge quando o ovo fecundado *in vitro* é implantado numa “mãe-suporte” ou também chamada de “mãe hospedeira” e aí surgem algumas indagações que nem sempre têm respostas fáceis. O processo de fertilização *in vitro* e a subsequente implantação do ovo nas chamadas “mães de aluguel” têm criado e vão criar, entre juristas, teólogos e moralistas, profundas controvérsias e muitas discussões, mesmo que essa técnica seja reconhecida como um avanço da biotecnologia moderna.

Raquel Veggi Moreira, explica em seu artigo intitulado de “Gestação de substituição: Implicações filosóficas e redefinição da noção de maternidade”, publicado em 2019, no periódico da UFRJ, o conceito de maternidade desnaturada à luz da Ciência Jurídica:

A gestação desnaturada ou também chamada de gestação por substituição, que é um acordo estabelecido entre duas partes: o(s) solicitante(s) – um casal hetero/homoafetivo ou uma mulher impossibilitada de gerar filhos – e a mulher portadora, que cede o próprio útero pactuando a concretização do projeto familiar. O emprego desta prática desestabiliza a noção de maternidade, tendo em vista que separa gestação de maternidade, natureza de desejo, uma vez que é possível que uma pessoa ou um casal infértil tenha filhos sem material genético de nenhum dos dois, sendo denominados como idealizadores do projeto parental. (MOREIRA, 2019, p. 05)

Ainda de acordo com as explicações de Raquel Veggi Moreira (2019), basicamente existiam duas formas de maternidade reconhecidas pela sociedade ocidental, antes do advento das técnicas de reprodução assistida, que era a mãe biológica, ou seja, a mulher que suportava a gravidez e dava à luz ao filho, e a mãe social - a mulher que o criava e o educava. Atualmente, com o uso e avanço das técnicas de reprodução humana assistida, a maternidade pode ser oriunda de três formas (genética, uterina e social) e a paternidade de duas formas (genética e social).

Já nas palavras de Vera Lúcia Raposo, a maternidade por substituição pode ser assim conceituada:

Compreende-se por maternidade de substituição “o acordo mediante o qual uma mulher que se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente entregá-lo a outra mulher (ou em casos mais complexos a um homem), renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança, inclusivamente a qualificação jurídica de “Mãe”. (RAPOSO, 2005, p. 13)

A gestação por substituição é conhecida popularmente como “barriga solidária”. No Brasil é vedada a “barriga de aluguel”, técnica de reprodução

humana artificial, em que há a participação de um terceiro (mãe substituta), que cede o útero, para que um casal que possui impossibilidade biológica de conceber um filho possa vir a tê-lo, de forma diferente da convencional

Dias, quanto à gestação por substituição, assim aduz:

A gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel. Porém, apesar do nome, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão tecido ou substância (CF 199 § 4º). Também é proibido gestar o filho alheio mediante pagamento. A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer e não fazer, consistente na entrega do filho. (DIAS, 2017, p. 399)

A maternidade de substituição, consiste na gestação de um ser humano por parte de uma mulher que não idealizou o projeto parental/ maternal e que não cedeu material genético para a concepção, mas que irá contribuir com o projeto parental alheio cedendo temporariamente seu útero para que o ser concebido em laboratório, venha a ser gerado e se desenvolva até o nascimento. (BARBOSA, 2021)

(a) O procedimento da gestação por substituição, também chamada de gestação em útero alheio, maternidade desnaturada, barriga de aluguel ou barriga solidária, é realizado com a transferência de embriões ao útero de uma mulher que o alugue ou o empreste, ou através de uma inseminação artificial ou FIV em que a mulher ponha seu óvulo, além do útero” (BADALOTTI, PETRACCO, ARENT, 2004).

Para Gama (2008, p. 374), a gestação por substituição poderá ocorrer em três possibilidades:

(b) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; (b) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental; (c) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante.

O procedimento de gestação por substituição compõe o avanço da Biotecnologia, e tem a finalidade de possibilitar aos indivíduos a consecução de um filho por meio de uma técnica de reprodução humana assistida. Porém a evolução das ciências está muito acima comparada a do Direito Pátrio. Este, infelizmente, não tem conseguido acompanhar a evolução da Medicina e os anseios da sociedade moderna e assim, ainda não há previsão legal para o método de gestação por substituição.

Sem dúvida nenhuma, a gestação de substituição está assentada na manifestação de vontade de uma mulher que aceita gestar o filho de outra.

No momento, o Brasil não possui legislação específica sobre gestação por substituição, pois não é um tema regulado no Código Civil atual. O que existe atualmente é apenas Resolução do Conselho Federal de Medicina. O Conselho é uma autarquia federal com atribuição conferida pela lei para regulamentar a deontologia da profissão médica em todo o território nacional, o que torna obrigatórias suas resoluções.

Diante da falta de legislação específica sobre as formas de reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina, no ano de 2010, publicou uma resolução nº 1.957/2010, com o intuito de orientar os médicos em relação às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas nestes casos. Posteriormente, veio a Resolução nº 2.013/2013, que revogou a Resolução nº 1957/2010. Em 24 de setembro de 2015, foi publicada nova Resolução, nº 2.121, revogando a de 2013. Na sequência veio a resolução nº 2.168 de 2017 e agora mais recentemente a Resolução nº 2294 de 2021.

O Conselho Federal de Medicina admite a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até o quarto grau, ou seja, prima da mãe genética. A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção de maternidade, determinada pelo parto e, em consequência, também decai a presunção de paternidade do art. 1597 do CC/02, no qual se presume que o pai é o marido da mãe.

A maternidade ou paternidade exercida através da cessão de útero, deve ser feita com respeito ao livre planejamento familiar e com a observância das regras relativas à paternidade responsável.

2.0 EXERCÍCIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR ATRAVÉS DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

O direito à paternidade e à maternidade é garantido constitucionalmente, através do livre planejamento familiar, porém deverá ser exercido com a observância das regras da paternidade responsável.

2.1 – O Planejamento Familiar como Princípio e como Direito Fundamental

Os princípios são alicerces normativos, são a base de todo o Ordenamento Jurídico. Os princípios do Direito de Família não são taxativos, destacando - se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da liberdade, o princípio do pluralismo familiar, o princípio da igualdade e direito à diferença, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade/maternidade responsável e o princípio da solidariedade.

Conforme esclarece o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 2002, procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais. As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (GONÇALVES, 2018, p. 21 e 22)

Conforme disposição do artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988, o Planejamento Familiar é de livre decisão do casal e isso é baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

Acerca da conceituação do planejamento familiar, Chagas e Lemos (2013, p.10) analisam:

Antes de tudo, cabe delimitar o que se entende por planejamento familiar. Este termo encerra mais do que a ideia de limitação do número de filhos, aliás, vai além até mesmo dos aspectos procriativos. Deveria abranger todo o planejamento necessário ao pleno desenvolvimento e amparo da família. Ou seja: moradia, alimentação, lazer, educação, vestuário etc. Mas a tradição emoldurou tal expressão às questões relativas à reprodução. Da forma como foi introduzido no ordenamento

jurídico brasileiro, porém, está limitado a essas últimas noções, bem entendido: às ações de controle de fecundidade (contracepção) e de estímulo a ela (possibilidade de conceber).

O planejamento familiar pode ser entendido como sendo um direito fundamental que objetiva a efetividade e o exercício à filiação seja natural ou através da reprodução assistida, bem como a promoção da prevenção da gravidez indesejada ou não planejada realizada pela divulgação de informativos e programas de educação, distribuição de preservativos e anticoncepcionais pelo Sistema único de Saúde, a além da disponibilização de técnicas de esterilização definitivas.

O exercício da paternidade é livre, porém deve ser exercido com responsabilidade, vez que os pais são os titulares do poder familiar dos filhos até que estes atinjam a maioridade civil. Entre os deveres que os pais possuem para com os filhos, enquanto estes são menores, há de sustento, dirigir a criação e a educação, entre outros, conforme disposição do artigo 1.634 do Código Civil de 2002.

O artigo. 1565, §2º²⁰ do Código Civil de 2002, também recepcionou o Princípio do Livre Planejamento Familiar e relatou que a decisão do casal de ter filhos é livre, mas o Estado deve propiciar recursos para o exercício desse direito e nenhuma coerção é permitida.

Em uma simples análise dos artigos 226, §7º da Constituição Federal de 1988 e do artigo 1565, §2º do CC/02, é possível entender-se que os textos determinam que o Estado disponibilize para o exercício deste direito os recursos educacionais e científicos cabíveis, além de vedar qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas que porventura interfiram no livre planejamento familiar. Cabe ressaltar que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, não mais contemplando como destinatário unicamente as pessoas casadas ou em união estável e está ligado à decisão de ter ou não filhos

²⁰Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

...
§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2002)

e ao direito de ter acesso aos meios contraceptivos e às técnicas de reprodução assistidas.

A lei nº 9253/96 regulamentou o assunto e estabeleceu formas de orientação, por meio de políticas públicas, para orientação e prevenção do planejamento familiar. Ainda de acordo com a referida lei, o planejamento familiar consiste em ações que regulam a fecundidade e garantem direitos de constituir, limitar ou aumentar a prole.

Nesse Contexto, Victor Almeida esclarece que:

No Brasil, a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamentou o art. 226, parágrafo 7º da Constituição de 1988, reconheceu como direito de todo cidadão, em conjugalidade ou não, o direito ao planejamento familiar, não permitindo, portanto, fazer ressalvas acerca das pessoas elegíveis às técnicas de reprodução assistida, mesmo que individualmente consideradas e com finalidade de formação da família monoparental, de forma planejada e consciente. Ademais, ao incluir “a assistência à concepção e contracepção”, devendo, para tanto, serem oferecidos “todos os métodos e técnicas [...] cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, nos respectivos artigos 3º, parágrafo único, I e 9º, permitiu que se incluíssem as novas tecnologias reprodutivas como possíveis recursos à concepção. Desse modo, a afirmação da autonomia reprodutiva dentro do ordenamento jurídico nacional, mesmo que por via oblíqua, e o reconhecimento do aspecto conceptivo (ou positivo) do direito ao planejamento familiar embasam a existência de um direito à procriação, que embora ainda questionável seu status jurídico dentro do ordenamento pátrio, se mera faculdade, direito individual ou direito fundamental, tendenciosa tem sido a doutrina em acatar o último enquadramento. O que, em princípio, poderia aparentar um *locus* normativo condizente com a tutela da reprodução humana pretendida, e, conseqüentemente, traduzir-se em proteção adequada, não tem alterado substancialmente os limites jurídicos do exercício desse direito, eis que o colocam dentre os direitos humanos fundamentais mais relativizados frente à colisão com os demais, restando-lhe posição desprivilegiada na ponderação destes, em que pese a sua consideração como uma das manifestações dos direitos fundamentais. (ALMEIDA, 2018, p. 19 e 20)

Ainda no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente²¹, é possível constatar que é livre o planejamento pela pessoa ou pelo casal, a respeito da decisão sobre ter ou não filhos e se esses filhos serão concebidos naturalmente ou por meio de adoção. Entretanto, ao passo que decidem assumir a

²¹ Art. 8º ECA É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

responsabilidade da paternidade e da maternidade, assumem também dever de assistir, criar e educar os filhos.

Aos pais cabe o dever de zelar pela vida dos filhos, ajudando no seu sustento, educação e demais responsabilidades pertinentes ao poder familiar.

O direito ao livre planejamento familiar é garantido pelo Ordenamento Pátrio vigente, a infertilidade é considerada um problema de Saúde Pública. Sabe-se que juntos são condições ideais para o desenvolvimento de novas tecnologias reprodutivas. No Brasil, todos os procedimentos referentes à reprodução assistida (RA) são regulados por diretrizes propostas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e reunidas no texto CFM nº 2.294/ 2021. As diretrizes guiam os procedimentos a serem adotados pelos médicos, desde a queixa de infertilidade aos procedimentos em laboratório, buscando a melhor conciliação entre os princípios éticos da Medicina, da jurisdição brasileira e das oportunidades que o mercado de novas tecnologias reprodutivas oferece.

Partindo da ideia de que todas as pessoas são livres à medida que podem definir suas ações e que tal liberdade se traduz em um dos desdobramentos da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso por atos da autonomia privada dos indivíduos. Torna-se possível afirmar que planejar e constituir família é direito fundamental. Tudo isso assim se dá porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, protege expressamente a família e não engessa a sua formação e nem tampouco o seu conceito, pois dá margem à pessoa de escolher livremente seus componentes, independentemente de o modelo não refletir o modelo mais tradicional, que é o formado através do matrimônio e por homem e mulher.

É no seio da família que a pessoa nasce e desenvolve as aptidões sociais e psíquicas necessárias para traçar sua trajetória de vida. Cabe ao Estado acompanhar a evolução da família na sociedade e o surgimento de novos direitos que a regulam. Mas há limites para a intervenção do Estado. Nessa toada, se para se construir a família for imprescindível o uso das técnicas de reprodução assistida, a decisão será pessoal, isto é, não pode o Estado ditar o que deve ser um núcleo familiar e nem mesmo pode a sociedade referendar tal ou qual entendimento deve-se adotar a esse respeito.

Os Direitos Fundamentais são um dos temas mais relevantes de toda a ciência jurídica, colocando-se como base de todo o sistema jurídico brasileiro. Consagram o respeito à dignidade da pessoa humana, garantem a limitação do poder e visam ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Seguindo esse raciocínio, Alexandre de Moraes, quanto aos direitos humanos fundamentais, assim se manifesta:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2016, p. 20)

Atualmente, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos é considerada mais uma etapa no processo de inserção de valores morais na construção de uma ordem jurídica, pois estabelece princípios bioéticos e normas de Biodireito que servirão como fundamento ético e jurídico da pesquisa e da biologia contemporânea.

A Ciência avança rapidamente e o Direito deve acompanhar esse desenvolvimento. Para isso, A Constituição Federal de 1988, incluiu diversos direitos fundamentais de grande relevância para o avanço do Biodireito em cumprimento à Dignidade da Pessoa Humana: não submissão a tratamento desumano ou degradante, direito à saúde e preservação do patrimônio genético.

Os progressos médicos e científicos ocorrem adiante do Direito e essa desproporção causa uma lacuna no sistema, havendo conseqüentemente a necessidade de ajustes no Ordenamento Jurídico.

A Constituição Federal, no que se refere à saúde, pode ser considerada uma constituição social pragmática. O Direito à saúde aparece em vários artigos, porém, merece destaque especial os artigos. 196, 197 e 199²².

²² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

O artigo 196, impõe ao Estado o dever de garantir a saúde da população, assegurando ao cidadão o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde para a promoção, recuperação e proteção desta. Já o artigo 197, leciona que a saúde é de relevância pública e sua execução deve ser feita diretamente pelo poder público. Por sua vez, o artigo 199, trata da remoção e doação de órgãos.

A saúde é uma condição essencial à dignidade da pessoa humana, cabendo assim, ao Estado, por meio de políticas públicas e de seus órgãos, assegurá-la como direito de todos os cidadãos. Entende-se que a principal garantia Constitucional do direito a saúde é o Sistema Único de Saúde (SUS), responsável pela saúde pública no Brasil. O direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia em prol da população. É preciso inserir a saúde na ideia dos direitos humanos de terceira geração, ligada à solidariedade e à qualidade de vida. (CATÃO, 2003)

O acesso à reprodução assistida é uma via de cumprimento à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde.

2.2- Das Técnicas de Reprodução Assistida

A decisão de ter filhos nem sempre se concretiza de forma natural. Num relacionamento estável, a caminhada do casal, geralmente, desemboca na decisão de aumentar a família. Naturalmente, o casal decide vivenciar a experiência da gravidez, mas muitas vezes se depara com o diagnóstico de infertilidade de um de seus membros ou o casal é homoafetivo.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

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

A infertilidade é entendida como a ausência de concepção, após um período de 12 (doze) meses com atividade sexual regular e sem usar nenhum método contraceptivo. O termo esterilidade é a incapacidade absoluta de engravidar. Isto pode gerar um grande impacto na vida a dois. Sentimentos como frustração, redução da autoestima, depressão, ansiedade, irritabilidade, perda da libido, além de desentendimentos, discussões, acusações mútuas, são algumas consequências decorrentes do diagnóstico de infertilidade. (AVELAR, 2008)

A reprodução assistida é o conjunto de técnicas que possibilitam a reprodução humana, através da inseminação artificial ou da fertilização in vitro, realizada por médicos capacitados em casais com dificuldades de engravidar de maneira natural. É um método que se utiliza de meios extra corpóreos para que seja realizada a fecundação, dependendo da necessidade de cada paciente e do caso em concreto, ou seja, é o conjunto de procedimentos que contribui para a resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando, desse modo, o processo de procriação, quando outras técnicas ou condutas tenham sido ineficazes para a obtenção da gravidez desejada.

Em termos mais básicos, a inseminação artificial é um método considerado simples em comparação com os demais, pois representa a manipulação e o armazenamento do sêmen dentro do útero da mulher.

Genival Veloso de França (2013) explana que a reprodução humana assistida se trata de um conjunto de ações médicas que vai desde a introdução de gametas masculinos no aparelho genital feminino por meios diferentes da cópula carnal até as técnicas mais sofisticadas de fertilização in vitro. É o processo biológico da união do espermatozoide com o óvulo, dando origem ao ser humano, porém realizado artificialmente, ou seja, através de técnicas médicas e em laboratório.

Mariangela Badalotti faz uma importante explicação acerca da reprodução assistida:

A reprodução assistida é o conjunto de técnicas laboratoriais que visa substituir ou facilitar uma etapa deficiente do processo reprodutivo. Existem duas técnicas principais: fertilização in vitro e a inseminação artificial. A fertilização in vitro (FIV) consiste na obtenção de gametas femininos e masculinos que serão fertilizados em laboratório, seguindo-se a transferência dos embriões para a cavidade uterina. A Inseminação artificial é a deposição de espermatozoides no aparelho genital feminino, sem coito. Em geral, depositam-se os

espermatozoides previamente preparados em laboratório na cavidade uterina. Essa modalidade chama-se inseminação artificial intrauterina. (BADALOTTI, 2009, p. 273)

O surgimento de técnicas de reprodução assistida permitiu a um número cada vez maior de pessoas conseguirem reverter a infertilidade e ter filhos com seu próprio material genético.

De acordo com o anexo, item I, tópico 3.1, da Resolução 2294/2021 do Conselho Federal de Medicina, a mulher pode-se submeter às técnicas de reprodução assistida até a idade limite de 50 anos.

Diante de um quadro patológico que torne impossível o processo de fecundação pelo ato sexual, entre um casal, os avanços científicos apresentam alternativas de reprodução assistida, a exemplo da inseminação artificial que pode ser homóloga ou heteróloga. Na primeira, o material genético é proveniente do casal fértil, interessado em gestar a criança, porém incapaz de fecundar através de atos sexuais. Na heteróloga, a doação do material genético advém de outra pessoa. Por nem sempre ser eficaz esse método de reprodução assistida, os interessados buscam outros, surgindo assim a Gestação em Útero Alheio ou Gravidez de Substituição ou também barriga de aluguel ou barriga solidária.

Conflitos éticos e religiosos eclodiram ao longo de décadas, com inúmeras discussões a respeito, visto que as inquietações bioéticas não foram ainda totalmente aplacadas. Há muitas questões a serem consideradas a respeito do assunto. O debate continua ao longo do tempo.

A barriga solidária, tema em pauta, consiste em uma mulher gerar um bebê em seu útero, mas para outra mulher. O embrião é gerado por meio de técnica de reprodução assistida, de modo a ter a genética dos pais biológicos. A gestante apenas cede o útero para gestar o bebê, não sendo considerada mãe. Por isto mesmo, os termos usados para se referir à gestante são: barriga solidária, gestação de substituição, doação temporária do útero ou cessão temporária do útero.

No caso do procedimento de reprodução assistida que consiste no uso da barriga solidária, o pai e a mãe genéticos fornecem o material genético necessário (espermatozoides e óvulos), que serão fertilizados in vitro e,

posteriormente, implantados no útero da mulher que cederá temporariamente o útero para que aconteça gestação.

No caso de casais homoafetivos, pela inexistência de um dos dois materiais necessários para a fertilização, o procedimento é diferente. Se o casal for composto por duas mulheres, será necessário recorrer a um banco de sêmen para a fertilização in vitro. No caso de casais do gênero masculino, haverá a necessidade de se recorrer a um banco de óvulos. Nesta situação, a doadora deverá, obrigatoriamente, ser anônima, não podendo ser parente e, ao mesmo tempo, sendo voluntária.

No Brasil, por falta de leis para regulamentar a gestação por barriga solidária, todos os procedimentos relacionados se baseiam nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que vêm sendo lançadas desde 1992, sendo que a última atualização foi feita pelo CFM através da Resolução CFM – nº 2.294/21.

Não é preciso estar casado ou em uma união estável para recorrer à gestação de substituição. Portanto, pessoas solteiras podem entrar com a solicitação junto ao Conselho Regional de Medicina, conforme item VII da Resolução nº 2294/2021.

Os riscos do procedimento são os mesmos de uma gravidez comum: malformações, aborto espontâneo, e outros. O que para muitos representa um obstáculo moral e religioso, para outras pessoas vem representando uma alternativa para a formação de famílias e para o planejamento familiar que, no mundo moderno, ganharam novos conceitos e concepções e, apesar dos obstáculos, principalmente morais e religiosos, houve um salto tecnológico no desenvolvimento e aplicação das técnicas de Reprodução Assistida (RA) nas três últimas décadas. (AVELAR, 2008).

Se por um lado esses métodos têm-se tornado mais acessíveis, tanto no preço, quanto na oferta de clínicas, por outro, cada vez mais existem regras que regulamentam os procedimentos e, infelizmente, acabam intervindo na liberdade de acesso das pessoas.

É de extrema importância que seja realizado um contrato entre as partes para que se regule a barriga solidária.

2.3- Do Contrato de Cessão Temporária de útero e da Vedação Legal à Barriga de Aluguel

Historicamente o Direito Civil rege todas as relações jurídicas entre os sujeitos privados, com o intuito de reger o desenvolvimento da sociedade. Ao longo dos séculos, com toda a evolução social, aumentaram as necessidades específicas de certos setores, assim como nas exigências das relações pessoais e, com isso, o Direito deve igualmente adaptar-se a todas as inovações para continuar regulamentando e organizando toda a comunidade. Ocorre que as influências do Estado nas relações contratuais refletem diretamente na autonomia privada, limitando-a. (SANTIAGO, 2018)

Como regra geral, contrato é um negócio jurídico realizado entre pelo menos duas partes e decorre da manifestação de vontade livre. É a mais importante fonte das obrigações e tem por finalidade adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona prelecionam:

Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelo princípio da função social e da boa fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades. (GAGLIANO E PAMPLONA, p.426, 2019)

É através dos contratos que os contraentes irão definir os meios para alcançar os fins acordados, fazendo uso de cláusulas e artigos baseados na legislação do país. O contrato define os direitos e as obrigações que vincularão as partes e penaliza a parte infratora, em observância ao princípio da “pacta sunt servanda”.

O atual Código Civil contém 23 (vinte e três) espécies de contratos nominados, porém libera as pessoas para realizarem contratos inominados, desde que observem as regras de validade dos negócios jurídicos e as regras da Teoria Geral dos Contratos, para que estes possam ter força de lei entre as partes ali contratantes.

Como contrato é uma espécie de negócio jurídico, para que produza efeito deve preencher os requisitos de validade prescritos no art. 104 do Código

Civil/02²³, que são: partes capazes, objeto lícito possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

As partes devem ser plenamente capazes. A capacidade civil plena, ou seja, a possibilidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil é atingida aos 18 (dezoito anos), conforme o artigo 5º do Código Civil de 2002²⁴ ou antes dessa idade e aos 16 (dezesesseis anos), nos casos de emancipação, também em conformidade com o mesmo artigo. Absolutamente incapazes podem ser partes do contrato, pois possuem personalidade civil, porém, por não possuírem capacidade civil, devem ser devidamente representadas por seus pais ou tutores, sob pena de nulidade do negócio a ser realizado, tal como preconiza o artigo 166, I do Código Civil de 2002²⁵.

Por sua vez, objeto a ser pactuado deve estar em conformidade com o Ordenamento Jurídico Vigente, assim como ele deve ser possível fisicamente e juridicamente.

Acerca da possibilidade física e jurídica, Carlos Roberto Gonçalves assegura que:

A impossibilidade física do objeto é a que emana das leis físicas ou naturais. Deve ser absoluta, isto é, alcançar a todos, indistintamente, como a lei que impede o cumprimento da obrigação de colocar toda a água do oceano em um copo d'água. A relativa atinge o devedor, mas não outras pessoas, não constitui obstáculo ao negócio jurídico. A impossibilidade jurídica ocorre quando o ordenamento jurídico proíbe expressamente negócios a respeito de determinado bem, como herança de pessoa viva (CC, art. 426). (Gonçalves, 2018, p. 305)

O contrato deve ser determinado, logo, o objeto deve ser de coisa certa a ser determinada pelo gênero, quantidade ou qualidade ou determinável, que é a coisa incerta, aquela onde falta a característica da qualidade, conforme o artigo 243 do Código Civil de 2002²⁶

No tocante à forma, prevalece o princípio do Consensualismo e este prega que a forma de contratar é livre. Ou seja, os negócios podem ser celebrados por

²³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁴ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

²⁵ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

²⁶ Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.

instrumento público ou particular, porém se a lei trouxer forma prescrita em lei, esta deve ser observada sob pena de nulidade do negócio realizado.

O contrato é fruto da autonomia da vontade. Devido a isto, o legislador não conseguiu prever, antecipadamente, todos os tipos de contrato. Dessa forma, o Código Civil possibilita a realização de contratos atípicos, inominados, ou seja, que não possuem previsão legal, desde que cumpram as regras do Ordenamento Vigente, conforme estipula os artigos. 421, 422 e 425 do Código Civil de 2002.²⁷

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona conceituam o contrato atípico:

Por contratos típicos entendam-se aqueles que têm previsão legal, ou seja, que são regulados pelo Direito Positivo, como a compra e venda, a doação, a locação, o depósito, o seguro, o comodato, o mútuo e etc. São figuras com o assento na legislação em vigor. Já os contratos atípicos, por sua vez, são aqueles não regulados em lei, como por exemplo, os contratos de hospedagem, *factoring*, dentre outros. Decorrem da autonomia privada e da livre iniciativa. (STOLZE E PAMPLONA, 2019, p. 536)

No Direito Brasileiro, não há regulamentação existente a respeito da cessão temporária do útero, o que se caracteriza como uma espécie de contrato atípico, embora haja vários projetos de lei quanto ao assunto. Atualmente, a única disposição que trata da reprodução assistida é a Resolução nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina.

²⁷Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019) (BRASIL, 2002)

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002)

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código. (Brasil, 2002)

A reprodução humana assistida é uma importante realidade trazida pelo progresso da Biotecnologia e da Medicina, servindo de mecanismo para aquelas pessoas que são impossibilitadas, por problemas físicos, de gerar o próprio filho. Entre os métodos trazidos pela ciência está a cessão temporária de útero alheio para a gestação. A participação de um terceiro alheio ao projeto de paternidade e/ou maternidade desatualiza todo o sistema jurídico positivado de presunções de filiação, elencados no art. 1597 do Código Civil Brasileiro de 2002.²⁸

A Cessão Temporária de Útero, consiste basicamente na utilização do útero de uma mulher estranha ao casal, e nele ocorrerá o desenvolvimento do embrião de forma absolutamente natural, tendo sido ali implantado através de inseminação artificial.

A Cessão Temporária de Útero também é conhecida por outros termos: maternidade substitutiva, gestação de substituição ou substitutiva, barriga de aluguel, maternidade sub-rogada, útero de empréstimo, entre outros.

Não há legislação brasileira específica sobre a cessão temporária de útero. O Conselho Federal de Medicina (CFM) vem editando normas que regulamentam a conduta dos médicos e estabelecem os requisitos a serem observados nos procedimentos de reprodução humana assistida.

Atualmente vige a Resolução nº 2.291/21. Na exposição de motivos dessa Resolução, o Conselho de Medicina menciona a lacuna legislativa:

“No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo”. (BRASIL, 2021)

Erroneamente, a mídia chama esse procedimento de “barriga de aluguel”. A Resolução 2294/21 do Conselho Federal de Medicina proíbe que essa cessão seja onerosa, ou seja, que haja uma contraprestação. É proibida

²⁸ 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.

a cobrança pela realização deste método, devendo a dita cessão ser de cunho altruístico daquela que cede o útero para o casal durante o tempo para formação de um novo indivíduo, de acordo com o item VII, tópico 3.

A regulamentação da maternidade por substituição no Brasil, não deriva de previsão estritamente legal, mas encontra no texto constitucional fundamentação suficiente para sua existência. Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece garantias ao exercício dos direitos reprodutivos em seu artigo 226, §7º, expressando os princípios basilares desses direitos.

É recomendado pelo Conselho Federal de Medicina que seja formalizado contrato para dirimir possíveis conflitos entre os pais contratantes e a receptora, com ou sem participação da clínica de reprodução assistida. Embora não seja obrigatório, o contrato é meio idôneo para assegurar os direitos e obrigações das partes, estipular restrições e eventual direito de indenização.

De acordo com as Regras estabelecidas pelo CFM, na Resolução 2294/2021, na cessão de útero, a cedente deve já ter tido ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, ou seja, deve ser até prima de uma das partes e tal cessão não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente, como declara o item VII, tópico 1. (CFM, 2021)

A proibição da cobrança pela cessão de útero deriva da disposição no art. 199, § 4º da Constituição Federal de 1988. De acordo com a CF/88,²⁹ a compra e venda de órgãos e tecidos humanos ou a obtenção de qualquer vantagem em troca da doação dos mesmos, é proibida.

A vedação constitucional à comercialização de órgãos e tecidos, descrita no art. 199, §4º, CF, é fundamento, inclusive, da Lei de transplantes, que a ratifica em seu primeiro artigo, impondo que todas as disposições de órgãos, para serem legalmente realizadas, devem ter natureza gratuita, ou seja, sem

²⁹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

...

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

contraprestação, além da observância de todos seus preceitos legais. (BRASIL, 1988)

Tais vedações limitam o direito à paternidade e à maternidade, que é tido como um direito humano.

2.4- A Maternidade por substituição como um Direito Humano:

Os direitos humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todas as pessoas em nível mundial. São inerentes a todas as pessoas, qualquer que seja a cor, religião, sexo, etnia e etc. Incluem o direito à vida, à liberdade de ir e vir, de opinião e expressão, o direito ao trabalho e à educação, à habitação, à saúde, ao livre planejamento familiar, entre outros. Todos os seres humanos têm estes direitos, sem discriminação.

Os direitos humanos são essenciais, indispensáveis e garantem as liberdades e garantias básicas para uma vida digna em sociedade. Não há um rol taxativo desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna, porque as necessidades humanas variam e, de acordo com a época, pois novas demandas sociais são traduzidas à realidade social. Representam normas essenciais, que são explicita ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos Tratados Internacionais. O seu objetivo é a luta contra a opressão, falta de liberdade e discriminação e vai em busca do bem-estar do indivíduo, da dignidade e respeito; conseqüentemente, representam a ideia de justiça, igualdade e liberdade. (RAMOS, 2020)

Os Direitos Humanos estão presentes na sociedade desde antes de Cristo, conforme explica André Ramos:

Do ponto de vista normativo, há tenuamente o reconhecimento de direitos de indivíduos na codificação de Menes (3100-2850 a.C.), no Antigo Egito. Na Suméria antiga, o Rei Hammurabi da Babilônia editou o Código de Hammurabi, que é considerado o primeiro código de normas de condutas, preceituando esboços de direitos dos indivíduos (1792-1750 a.C.), em especial o direito à vida, propriedade, honra, consolidando os costumes e estendendo a lei a todos os súditos do Império. Chama a atenção nesse Código a Lei do Talião, que impunha a reciprocidade no trato de ofensas (o ofensor deveria receber a mesma ofensa proferida). Ainda na região da Suméria e Pérsia, Ciro II editou, no século VI a.C., uma declaração de boa governança, hoje exibida no Museu Britânico (o "Cilindro de Ciro"), que seguia uma tradição mesopotâmica de autoelogio dos governantes ao seu modo de reger a vida social. Na China, nos séculos VI e V a.C., Confúcio

lançou as bases para sua filosofia, com ênfase na defesa do amor aos indivíduos. Já o budismo introduziu um código de conduta pelo qual se prega o bem comum e uma sociedade pacífica, sem prejuízo a qualquer ser humano.

A herança grega na consolidação dos direitos humanos é expressiva. A começar pelos direitos políticos, a democracia ateniense adotou a participação política dos cidadãos (com diversas exclusões, é claro) que seria, após, aprofundada pela proteção de direitos humanos. O chamado “Século de Péricles” (século V a.C.) testou a democracia direta em Atenas, com a participação dos cidadãos homens da pólis grega nas principais escolhas da comunidade. Platão, em sua obra *A República* (400 a.C.), defendeu a igualdade e a noção do bem comum. Aristóteles, na *Ética a Nicômaco* V, salientou a importância do agir com justiça, para o bem de todos da pólis, mesmo em face de leis injustas (RAMOS, 2020, p. 28)

Os Direitos Humanos contam com ampla diversidade de termos: direitos fundamentais, naturais, do homem e etc. A terminologia varia tanto na doutrina quanto nos diplomas nacionais e internacionais. A doutrina esclarece que a terminologia “direitos humanos” serve para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico.

André Ramos também explica a presença dos Direitos Humanos nos Ordenamentos atuais:

A Constituição de 1988 acompanha o uso variado de termos envolvendo “direitos humanos”. Inicialmente, o art. 4º, II, menciona “direitos humanos”. Em seguida, o Título II intitula-se “direitos e garantias fundamentais”. Nesse título, o art. 5º, XLI, usa a expressão “direitos e liberdades fundamentais” e o inciso LXXI adota a locução “direitos e liberdades constitucionais”. Por sua vez, o art. 5º, § 1º, menciona “direitos e garantias fundamentais”. Já o art. 17 adota a dicção “direitos fundamentais da pessoa humana”. O art. 34, ao disciplinar a intervenção federal, insere uma nova terminologia: “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b). Quando trata das cláusulas pétreas, a Constituição ainda faz menção à expressão “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º). No art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há o uso, novamente, da expressão “direitos humanos”. No Direito Internacional, há também uma utilização livre de várias expressões. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 adota, já no preâmbulo, as locuções “direitos do homem” e “direitos essenciais do homem”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por seu turno, estabelece em seu preâmbulo a necessidade de respeito aos “direitos do homem” e logo após a “fé nos direitos fundamentais do homem” e ainda o respeito “aos direitos e liberdades fundamentais do homem”. A Carta da Organização das Nações Unidas emprega a expressão “direitos humanos” (preâmbulo e art. 56), bem como “liberdades fundamentais” (art. 56, alínea c). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (revisada em 2007) lança mão da expressão “direitos fundamentais” e a Convenção Europeia de Direitos do Homem e

Liberdades Fundamentais de 1950 adotou a locução “liberdade fundamental”. Essa imprecisão terminológica é resultado da evolução da proteção de certos direitos essenciais do indivíduo, pela qual a denominação de tais direitos foi sendo alterada, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamento. (RAMOS, 2020, p. 39)

Na atual Constituição Brasileira de 1988, são conhecidos também como sendo os direitos do “rol do art. 5º”, no qual constam os direitos à vida, liberdade, segurança individual, integridade física, igualdade perante a lei, intimidade, entre outros.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este documento é um dos mais importantes na base dos direitos humanos e contém os princípios básicos relacionados à garantia desses direitos.

A vida, desde a concepção até a morte, e a dignidade da pessoa humana são direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Devem ser garantidos a fim de preservar a sobrevivência do ser humano. Este reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro é imprescindível, haja vista que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos faz menção a estes direitos.

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, como consequência do processo supramencionado, nos seu artigo 5º, §1º e § 2º, reconhece os princípios dos tratados internacionais de direitos humanos. Após elencar tais direitos fundamentais, a Carta Magna confere hierarquia de norma constitucional aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, com aplicação imediata à ratificação pelo Brasil (BRASIL, 1988)

A dignidade da pessoa humana é um pressuposto, basta existir para que ela se torne inerente, independentemente de qualquer condição ou circunstância. Este princípio assume papel relevante perante a sociedade atual e entra em questão geralmente quando situações polêmicas são trazidas à baila pelos tribunais, a exemplo do tema em discussão. A constitucionalização da dignidade, assegura direitos e garantias fundamentais, evitando abusos e cerceamentos de direito.

A ideia de dignidade humana consiste na proteção contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência

O direito à vida é reconhecido como o mais fundamental de todos, sem o qual os demais não existiriam, tais como propriedade, honra, dignidade, igualdade, liberdade e etc. Os Direitos fundamentais estão exemplificados no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A ciência tem andado a passos largos no que tange às técnicas de reprodução humana, mas o Direito não tem ido pelo mesmo caminho. O desejo de ter filhos é uma aspiração legítima da pessoa, seja de maneira natural e biológica, seja através da adoção, através das técnicas de reprodução assistida ou através da gestação por substituição. As pessoas possuem o direito de decidir livremente sobre sua vida sexual e reprodutiva.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura em seu artigo 12º que “homens e mulheres em idade adequada ao casamento têm direito a casar e constituir família”. Desta forma, a reprodução é um direito fundamental, entendido ainda, como direito de personalidade e humano, sendo indisponível e inalienável.

Alguns indivíduos encontram dificuldades ao tentar realizar tal desejo, pois certas pessoas são biologicamente impossibilitadas de se reproduzirem da maneira convencional. Há também a situação das pessoas solteiras, dos casais homoafetivos e também das mulheres que desejam ter filhos com o seu próprio material genético, porém por situações profissionais ou estéticas, a gravidez é um problema. Diante disto, entra em cena a Biotecnologia, com seus inúmeros avanços nas técnicas de Reprodução Humana Assistida, trazendo a possibilidade de superação dos obstáculos referentes a questões de esterilidade ou infertilidade e também dos demais outros problemas, alimentando a esperança de terem o tão almejado bebê.

A gestação por substituição, conhecida popularmente como “barriga de aluguel”, é uma técnica de reprodução humana artificial, em que há a participação de um terceiro (mãe substituta ou mãe de aluguel ou cedente de útero), que o cede para que um casal, que possui impossibilidade biológica de conceber um filho e que possa vir a tê-lo de forma diferente da convencional. Apesar da discussão acerca do tema ter sido recentemente incorporada no contexto social, a prática da cessão do útero por uma terceira a um casal, é bastante antiga, encontrando registros até mesmo na Bíblia Sagrada.

Conti, a esse respeito, reflete:

Convém ter presente que a mãe de aluguel loca seu útero para gestação de crianças. Importa observar que antes do desenvolvimento das modernas técnicas de reprodução era comum recorrer ao adultério consentido, à caridade ou ao útero escravo, como está no Gêneses. Conta o livro sagrado que Raquel, não tendo filhos, oferece sua escrava e até mesmo sua irmã Lia para coabitar com Jacó, procurando assim resolver problemas de infertilidade (CONTI, 2004, p. 167).

Os direitos sexuais e reprodutivos foram, por sua vez, primeiramente assegurados no âmbito internacional pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e, posteriormente, definidos e declarados expressamente na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo, em 1994, e na IV Conferência sobre a Mulher, na China em 1995. Nesta conferência, a Plataforma de Ação definiu os direitos das mulheres como parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, comprometeu-se com ações específicas para garantir o respeito a esses direitos e enfatizou a importância de garantir os direitos de autodeterminação, igualdade e segurança sexual e reprodutiva das mulheres, como determinantes para a afirmação dos direitos reprodutivos. (RAMOS, 2020)

A Constituição de 1988 estabelece que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). Além disso, a Carta Magna afirma que toda a ação do poder público tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170). Por sua vez, no art. 226, § 7º, ficou determinado que o planejamento familiar é fruto de livre decisão do casal, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, a previsão do artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988 é considerada a definição normativa dos direitos sexuais e reprodutivos e afirma a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar.

O planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. A Lei n. 9.263/96 regulamenta a regra constitucional mencionada e fixa as diretrizes para o planejamento familiar no Brasil, estabelecendo, no art. 2º, o

conceito de planejamento familiar como sendo o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. A mencionada norma contém dispositivos que consistem em verdadeiro retrocesso no que pertine à autonomia do ser humano sobre o seu próprio corpo, tais como regras para o procedimento cirúrgico de laqueadura.

Assim como as pessoas devem ter total liberdade sobre a decisão de evitar filhos, também devem ter liberdade na hora de decidir se querem ter prole e como vão ter a tal prole, já que a CF/88 veda qualquer discriminação no tocante ao tipo de filiação.

A maternidade é um direito social, mas a enorme interferência estatal viola o direito individual de escolha sobre a reprodução. Os direitos reprodutivos consistem no conjunto de direitos relacionados ao exercício da capacidade reprodutiva do ser humano e abrangem o direito de escolha, de forma livre e informada, sobre ter ou não ter filhos, bem como também o direito de exercer a reprodução, sem sofrer discriminação, temor ou violência.

No Brasil atual, a vida em sociedade tem assumido contornos cada vez mais distintos, o que coloca o Direito sempre em situação de descompasso quando comparado com à realidade. A família não é mais somente a patriarcal e heterossexual. Hoje, a família é caracterizada pela afetividade, sendo vedada qualquer forma de discriminação. Há famílias de homem com mulher, de mulher com mulher, de homem com homem; de um dos pais com filho, biológicos, socioafetivos ou adotivos. Diante desta análise, é importante a discussão acerca do direito constitucional a constituir família e, simultaneamente, os deveres do Estado de proteger a família como núcleo essencial da sociedade.

Deve ser resguardada a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada de decidir o próprio destino. As pessoas possuem o direito fundamental à autonomia privada. Por isso, os seres humanos são capazes de decidir o que é bom e o que é ruim para si próprios e devem ter liberdade para guiarem-se de acordo com suas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de outrem. Nesse sentido, não cabe ao Estado, ou a qualquer outra entidade estabelecer os fins ou limitar que caminho cada indivíduo deve trilhar, os valores que deve crer, as atitudes que deve tomar. (PELLEGRINELLO e BACK, 2014)

Partindo-se do pressuposto de que as pessoas são livres e possuem autonomia privada à proporção que forem plenamente capazes, conforme as regras do artigo 5º, do Código Civil de 2002, e que, com isso, podem determinar suas ações e constituir família, o que é direito humano e fundamental.

Reforce-se, que a família é a base da sociedade e que é nela que a pessoa nasce e desenvolve as aptidões sociais necessárias a traçar sua trajetória. Em assim sendo, cabe ao Estado proteger, reconhecer e acompanhar a evolução da família, que se encontra suscetível às modificações da sociedade e à irrupção de novos direitos. A intervenção estatal deve ter limites, pois os interesses da família e de seus membros não podem sofrer intervenções ostensivas e diretas do Estado.

Pellegrinello e Back fazem uma importante análise sobre a intervenção estatal em discussão:

A intervenção do Estado deve limitar-se, portanto, à tutela da família em sua constituição e desenvolvimento, oferecendo garantias e respaldo, possibilitando a manutenção do núcleo afetivo mediante a possibilidade de autodeterminação de cada um de seus membros. Nessa toada, se para se construir a família for imprescindível o uso das técnicas de reprodução assistida, a decisão será pessoal – de cada indivíduo ou de (pelo menos) dois deles – de modo que o papel de Estado não poderá ir além de orientar e tutelar as relações individuais, interferindo apenas quando sua atuação for indispensável para salvaguarda de direitos ameaçados. (PELLEGRINELLO e BACK, 2014, p. 175)

Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas nas mais diversas formas de manifestação de família, inclusive por aquelas pessoas que não tenham como concretizar seu projeto parental senão socorridas pelo material genético de outrem ou pela cessão de útero de outra mulher.

Assim, a vontade privada a ser externada para a realização de reprodução humana assistida há de ser pessoal e de ninguém mais. Ao Estado compete apenas proteger a família entendida como núcleo de afeto e desenvolvimento do ser humano, que é a razão de ser do ordenamento vigente.

CAPÍTULO 3. A JURIDICIZAÇÃO DA MATERNIDADE DESNATURADA BRASILEIRA:

No Brasil, vêm aumentando o número de mulheres que postergam a maternidade. Esse fenômeno acontece devido ao maior acesso delas à educação e à entrada no mercado de trabalho.

A maternidade planejada é cada vez mais uma realidade no Brasil, porém, muitas vezes, quando uma mulher decide que chegou o momento de viver a maternidade, a idade já se torna um fator físico impeditivo para sua consecução natural. A gestação em útero alheio passa a ser uma opção para a realização da tão sonhada e planejada maternidade.

A legislação brasileira traz inúmeras barreiras para essa possibilidade, principalmente por impedir que haja a gestação em útero alheio de forma onerosa.

3.1- A Configuração Nacional da Maternidade Desnaturada:

No Brasil, a maternidade por substituição não é regulamentada por norma legal que a permita, tampouco que a proíba, não sendo claramente definida tanto pelos seus tribunais, como por seus legisladores, o que se tem, na realidade, são resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tratam das técnicas de reprodução assistida.

Há uma variedade de terminologia para reconhecer o procedimento. É conhecido como barriga de aluguel, barriga solidária, gestação por sub-rogação, gestação por substituição ou gestação desnaturada.

O tema foi abordado, pela primeira vez 1992, através da Resolução nº 1.358/1992 e essa previa que as doadoras temporárias deviam pertencer à família da doadora genética e que esta cessão temporária não podia ocorrer de forma onerosa. De acordo com a resolução citada, as doadoras temporárias do útero deveriam pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. (MOREIRA, 2019)

No sistema jurídico brasileiro, apesar de haver o direito fundamental a procriar, decorrente dos direitos constitucionais à liberdade, à saúde, à intimidade e ao livre planejamento familiar, é possível afirmar que, no que tange à reprodução assistida, há uma grande lacuna jurídica.

A legislação referente à utilização das técnicas de reprodução assistida adveio, pela primeira vez, da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que vigorou durante 18 (dezoito) anos e tratou sobre normas éticas para utilização da mesma. (CFM, 1992)

Mais adiante, diante da falta de legislação específica sobre as formas de reprodução assistida, foi editada pelo Conselho Federal de Medicina, a Resolução nº 1.957/2010, que teve a finalidade de orientar os médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas nestes casos. Posteriormente, veio a Resolução CFM nº 2.013/2013, trazendo as seguintes regras no tocante à gestação por substituição, que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, dentre outras regras. (CFM, 2013)

Em 24 de setembro de 2015 foi publicada nova Resolução, a de número 2.121, revogando a de 2013. Esta prevê a inserção de uma série de documentos no prontuário, entre os quais um contrato entre os pais genéticos e a doadora do útero determinando a filiação da criança, a documentação para a garantia do registro civil da criança pelos detentores do projeto parental, e o consentimento informado das partes. (CFM, 2015)

Em 01 de agosto de 2017, entrou em vigor a regulamentação da Lei n.º 25/2016, que permite o acesso e regula as condições em que é possível recorrer à gestação de substituição, apenas concebida para “situações absolutamente excepcionais” e com requisitos de admissibilidade estritos. A lei regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez. (CFM, 2017)

E por último, veio a resolução 2294/2021 que revogou a Resolução CFM nº 2.168 de 10 de novembro de 2017.

A Resolução também permite a utilização da técnica para pessoa solteiras e para casais homoafetivos, por força das decisões do Superior Tribunal Federal na ADI 4.277 e na ADPF 132, que reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva.

De acordo com as regras atuais, as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco consanguíneo até o quarto grau, ou seja, pode ser mãe, irmã, tia ou prima. A cedente deve ter pelo menos um filho vivo.

Deverá ser providenciado um termo de consentimento livre e esclarecido, informando as condições do processo e assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero. Também deverá ser realizado um relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos, além de termo de compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança, na tentativa de evitar possíveis e futuros litígios. (CFM, 2021)

Deve haver aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. A gratuidade exigida está relacionada com o previsto no parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal. A Constituição Federal de 1988 veda, de forma expressa, o pagamento de contraprestação pecuniária por comercialização do corpo. (CFM, 2021)

A gestação por substituição é uma possibilidade para mulheres com problemas de saúde que impeçam ou contraindiquem a gravidez, para pessoas solteiras ou conviventes de uniões homoafetivas. A cedente do útero tem o direito de receber acompanhamento médico até o puerpério.

Não há ainda uma lei brasileira que regule a situação da gestação em útero alheio. Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles tornou-se lei. Diante da falta de legislação específica, o Conselho Federal de Medicina editou, ao longo dos anos, resoluções com a finalidade de orientar os médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas nestes casos.

Um grande problema em torno do assunto é o que diz respeito do valor das resoluções editadas pelo CFM (Conselho Federal de Medicina). O Ordenamento Jurídico Brasileiro tem como modelo o *Civil Law*, ou seja, é baseada na lei como principal fonte de direito, conforme disposição do art. 5º³⁰ da Constituição Federal de 1988.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro está estruturado no art. 59³¹ da Constituição Federal de 1988 e, nesta estrutura, consta a possibilidade de publicação de resoluções.

Uma das primeiras lições que se estuda no curso de Direito é a hierarquia das normas, aprendendo-se que algumas prevalecem sobre outras. Nenhuma delas pode contrariar o que está disposto na Constituição Federal.

Hely Lopes Meirelles (2020) explica que resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas autoridades do Executivo, bem como por colegiados administrativos no que concerne à matéria de sua competência específica e são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, em que não é possível invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los.

Alexandre de Moraes (2018) explica que resolução é ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, ou órgãos e conselhos tomados por procedimento diferente do previsto para a elaboração das leis, destinado a regular matéria específica, mas em regra com efeitos internos.

E, na medicina, não é diferente. Para que as informações sejam passadas, de maneira correta e ética, são criadas as resoluções do CFM- Conselho Regional de Medicina. Com o advento da Lei nº 3.268/57, os Conselhos de Medicina adquiriram autonomia administrativa e financeira, constituindo-se em autarquia. Suas resoluções passaram a ter *status* de normas de conduta médica.

³⁰ Art. 5º CF/88: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

³¹ Art. 59 CF/88. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;
- VII – resoluções

O Conselho Federal de Medicina (CFM) fiscaliza e normatiza a prática da medicina no Brasil e, para tanto, são criadas as resoluções. Os conselhos profissionais no Brasil constituem autarquias e, portanto, são órgãos da Administração indireta. Não sendo titulares do poder de legislar, sua ação, entretanto, reveste-se da agilidade própria da competência normativa da Administração.

A seguir, importante explanação sobre as resoluções editadas pelo CFM:

Embora auto-administráveis, as autarquias não são autônomas, ou seja, não se constituem em pessoas públicas jurídicas e, portanto, não têm o poder de legislar. Não obstante, por serem agentes da descentralização do Estado, têm a outorga real e efetiva de poderes¹⁾, possuindo vontade própria e certa independência com relação à vontade do centro (11). Desses enunciados, exsurge claro o conceito de que, embora ínsita à sua natureza a impossibilidade de legislar, as autarquias exercem, na qualidade de entidades da Administração, o poder normativo do Estado, com as características gerais a ele atribuídas: estabelecer normas de alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor, desde que não contrariem a lei nem imponham obrigações, proibições e penalidades que nela não estejam previstas(13). As Resoluções Normativas do Conselho Federal de Medicina são manifestação deste poder normativo afeto às autarquias. (PITELLI, 2002, p. 3)

Portanto, as resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina possuem a única finalidade de regular a atividade dos médicos e não definir o que é proibido ou permitido no país. Não se nega a boa intenção do conselho, porém a resolução é tímida e cerceia os direitos principalmente das mulheres, vez que limita bastante a realização da gestação em útero alheio.

As Resolução do Conselho Federal de Medicina, apesar de não serem dotadas de força cogente, possui força deontológica e administrativa e vem sendo considerada modelos para os projetos de lei que tratam da matéria e com isso, cerceiam a autonomia privada no tocante à procriação assistida.

Há indiferença do poder público brasileiro no sentido de regulamentar essa matéria, muitas das vezes, ocasionada por preconceitos enraizados na sociedade acerca da reprodução humana e da liberdade sexual da mulher. Essa indiferença fez com que o Conselho Federal de Medicina regulamentasse uma matéria que não compete a ele. Direitos fundamentais somente podem ser regulamentados pelo poder legislativo brasileiro.

A Resolução nº 2.294 / 2021 do Conselho Federal de Medicina não pode ser entendida como uma lei que vede à prática da “barriga de aluguel” no Brasil. De acordo com as regras do Direito Nacional Vigente, resolução, é direcionada aos médicos no exercício de sua profissão. A gestação por substituição é algo que inclui despesas e custos à gestante. Dessa forma, é justa a contraprestação financeira. Muitos casais desejam ter filhos, sejam adotivos ou biológicos, e para que a última opção surja, o procedimento em muitas situações se dará mediante pagamento (OLIVEIRA, 2015).

Toda essa omissão do Congresso Nacional fez com que apenas o Conselho Federal de Medicina buscasse garantir direitos para as pessoas que buscam uma reprodução humana assistida e a respeito da barriga de aluguel.

As pessoas possuem autonomia de vontade e nesta autonomia está inserida a liberdade de poder gestar em útero alheio sem tanta intervenção estatal. Quando menor for a intervenção estatal, melhor. O tamanho da participação do Estado nos assuntos da sociedade, principalmente no que se refere aos assuntos do Direito de Família, é um tema que desperta há muito tempo diversas discussões, tanto a favor, quanto contra. Decidir se o Estado deve intervir mais ou menos em um assunto do país é uma tarefa complicada que envolve as crenças e fundamentos daqueles que o fazem.

São enormes as mudanças que a sociedade vem enfrentando, principalmente no que diz respeito ao conceito de família. Atualmente, o afeto é o principal pilar da relação familiar, responsável pelas diferentes formas de família existentes e acaba com o conceito único de família matrimonial. Diante disso, cabe ao Direito, como ciência reguladora das relações sociais, normatizar, reconhecer e proteger tais comportamentos, observando os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da liberdade de constituir família.

A intervenção estatal, através da publicação de normas, deve se limitar ao fornecimento de meios adequados para que a família se desenvolva por si só, fundada em suas crenças e ideologias próprias, sob pena de se invadir a esfera da autonomia privada. Deve ser observado o Princípio da Mínima Intervenção Estatal do Direito de Família, que apesar de não estar expresso no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro, encontra-se implícito no entendimento

do artigo 1513 do Código Civil de 2002³², onde diz que é proibido a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

É cada vez mais comum o Estado intervir no âmbito das relações familiares de uma maneira um tanto quanto invasiva, o que, infelizmente, retira a autonomia privada conferida aos entes familiares no sentido de autodeterminarem o próprio modo de vida.

À mulher deve ser concedida a autonomia sobre sua fertilidade e isto é garantir a dignidade da pessoa humana. Os direitos reprodutivos envolvem, portanto, a liberdade de escolha, não podendo haver intervenção estatal nesta autonomia. É necessário, então, enxergar o sujeito de direitos, neste caso a mulher, e a efetiva implementação dos direitos sexuais e reprodutivos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais e humanos que assegure sua liberdade reprodutiva com autonomia e dignidade.

A mulher deve ter liberdade total sobre a decisão de ter filhos através da própria gravidez, ou através da gestação em útero alheio. As determinações vigentes editadas pelo CFM – Conselho Federal de Medicina, cerceiam esse direito, principalmente ao limitar quem seja a cedente de útero. O CFM limita que a cedente tenha um parentesco, no máximo, até a linha colateral de 4º grau com a mãe e proíbe o pagamento pela cessão do útero.

Tais limitações estão embasadas no direito ao corpo, que é um Direito da Personalidade. É, portanto, insuscetível de apropriação e de alienação e, por analogia, em conformidade com a Lei dos Transplantes, que permite apenas a doação de órgãos duplos, ou regeneráveis, para fins terapêuticos. Por outro aspecto a questão deve ser analisada: a dos requisitos da validade do negócio jurídico. Segundo o inciso II do art. 145 do CC, o ato jurídico é nulo quando ilícito ou impossível seu objeto. Como o contrato de maternidade por substituição tem por objeto gestar pessoa, sustenta-se que seu objeto é ilícito, uma vez que a pessoa não pode ser objeto de contrato.

No âmbito do Direito Penal, a proibição em relação à barriga de aluguel, fundamenta-se na Lei nº 9.434/97, estabelecendo em seu art.15³³, que comprar

³² Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

³³ Art. 15 da Lei 9434/97: Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano é crime, punido com a pena de reclusão de três a oito anos, e multa de 200 a 360 dias, e, ainda incorre na mesma pena quem promove, intermedia, facilita ou auferir qualquer vantagem na transação.

A vedação da barriga de aluguel no Brasil, também está fundamentada no artigo 199, parágrafo 4º da Constituição Federal³⁴. A Carta Magna veda expressamente qualquer tipo de comercialização de órgãos no território nacional.

Portanto, não há vedação legal ou constitucional, sobre a gestação por substituição, mas sua comercialização é vedada, em contraprestação financeira, de modo que deve ser gratuita.

Ocorre que, a Constituição Federal vigente consagrou a igualdade entre homens e mulheres, entre os filhos, independentemente da origem, seja biológico, adotivo ou socioafetivo e concebidos no casamento e fora dele, bem como introduziu a valorização do afeto como fator preponderante na conformação das novas entidades familiares. Nesse contexto, as famílias homo e heteroafetivas, seja por impossibilidade fática ou por casos de esterilidade, têm-se utilizado do avanço tecnológico, para buscar meios alternativos para materializar o sonho da maternidade e/ou paternidade, recorrendo até mesmo à prática ilícita de contratar um útero de aluguel, para gerar o seu genitor.

É notório que o Direito não tem acompanhado a evolução da Biotecnologia, deixando diversas lacunas que atualmente estão sendo preenchidas por Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A “barriga solidária”, que é a permitida no Brasil, se diferencia da “barriga de aluguel”, pois, enquanto a primeira não exige pagamento para que uma mulher ceda o seu útero para gerar o filho de outra, a segunda hipótese visa a receber um determinado valor para executar o mesmo ato.

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

³⁴ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

A legalização da gestação por substituição, na modalidade realizada através de contraprestação, ou seja, a barriga de aluguel, pode se fundamentar no exercício da autonomia privada da mulher, gerando com isso, segurança jurídica nas relações dessa natureza.

A remuneração em relação a gestação por substituição poderá ser concedida como alimentos gravídicos, que está disciplinado na lei 11.804/2008.

Alimentos gravídicos é um pagamento válido e disciplinado pelo Ordenamento Vigente.

Conforme disposição do artigo 2º da lei 11.804/2008³⁵, são pagos pelo futuro pai e são conceituados como sendo os valores suficientes para cobrir as despesas do período gestacional, desde a concepção ao parto, inclusive alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Ainda, de acordo com a lei de alimentos gravídicos, não precisa ser declarado o vínculo de parentesco para pleitear os alimentos gravídicos, bastando apenas que existam indícios de paternidade.

Os valor pago à título de alimentos gravídicos poderia ser realizado em uma quantia maior, com o intuito de indenizar a mulher cedente de útero, além das despesas com a gravidez, mas também suas despesas pessoais e isso retiraria o caráter comercial do procedimento e ao mesmo tempo, faz justiça no tocante à indenização.

O Código Civil de 2002 regulamenta a questão sobre a paternidade ou maternidade, em caso de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, na constância do casamento ou da união estável. Todavia, tal legislação é lacunosa no tocante à de utilização da “barriga de aluguel”. Em pleno século

³⁵ Art. 2º :Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

XXI, tem-se por incabível pensar que a cedente de útero, pessoa detentora de discernimento e capacidade, mediante contraprestação, não possa firmar um contrato cedendo o seu útero para gerar uma criança alheia, a fim de atender os seus interesses e ou necessidades financeiras. Principalmente, considerando que tal conduta, definitivamente, não se enquadra no tipo penal de venda de órgãos ou tecidos. No procedimento da barriga de aluguel não há venda de órgãos, mas sim a geração de um filho para outra pessoa impossibilitada de fazê-lo, por livre e espontânea vontade, mediante remuneração.

Constata-se, portanto, que o tipo penal não se configura e a norma penal não é passível de interpretação extensiva.

A legalização da barriga de aluguel acabaria com a insegurança jurídica atual. Para tanto, o ideal seria a criação de uma legislação própria, tornando-se lícito o procedimento da cessão temporária do útero mediante contraprestação e regulamentando o procedimento. O legislador deve regulamentar a matéria, dispondo de forma explícita sobre os direitos da cedente, assim como da futura mãe biológica ou socioafetiva. Dessa forma, as relações jurídicas se estabilizariam, levando a efeito sempre o melhor interesse da criança e da mulher.

A materialização do procedimento jurídico seria através de um acordo, um contrato, no qual se deve obrigatoriamente conter especificações sobre as relações parentais; os métodos de pagamento para a cedente; as garantias médicas; os direitos e deveres entre as partes e os valores e forma de pagamento.

A procriação não denota apenas a constituição de uma família, relaciona-se, igualmente, a uma forma de sucesso ou realização pessoal. Quando o projeto parental é frustrado pela impossibilidade de gerar filhos, isso afeta física e psicologicamente os envolvidos, causando sentimentos, como a culpa, a tensão e a angústia. Portanto, cabe ao Estado cumprir o livre planejamento familiar, até a efetivação da igualdade material da mulher frente ao exercício dos seus direitos, por meio de medidas concretas capazes de viabilizar a maternidade, através da intervenção mínima e da possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida.

O artigo 15 da lei que regula o transplante de órgãos (Lei 9.434/97) e as resoluções do CFM – Conselho Federal de Medicina não podem ser usados como argumentos que impedem a gestação em útero alheio.

O artigo 15 da lei que regulamenta os transplantes no Brasil, proíbe a venda de órgãos ou tecidos humanos. Cabe ressaltar que o na gestação por substituição não ocorre a venda do órgão humano, ou seja, do útero. Nesse procedimento, a mulher cedente apenas vai gestar o filho de outrem e, jamais, vai vender o seu útero, pois não se trata de um transplante com fins onerosos. (BRASIL, 1997)

O CFM não tem competência para legislar sobre a matéria e suas resoluções servem apenas para a categoria médica.

Impedir que as pessoas possam utilizar a gestação por substituição, de maneira onerosa, é impedir a liberdade de constituir família e a liberdade da mulher em relação ao próprio corpo.

Não é fácil existirem pessoas dentro da família dos “pais genéticos” que queiram oferecer o útero gratuitamente.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, o procedimento de alugar o útero para a gestação de um bebê é permitido em países como Estados Unidos, Índia, Tailândia, Ucrânia, México etc. No caso dos Estados Unidos da América, diversas personalidades já utilizaram o método. Entre elas estão a socialite Kim Kardashian e o rapper Kanye West, que optaram pela barriga de aluguel para a gestação de seu terceiro filho e com tais permissões internacionais, nada impede que um brasileiro vá até um desses países para realizar procedimento semelhante, como fizeram Paulo Gustavo e Thales Bretas, para driblar as restrições de dispositivos que suprem a inexistência de uma lei sobre barriga de aluguel no Brasil.

No ano de 2018, Marcos da Costa, que na época era o presidente da OAB-SP (Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Estado de São Paulo), ao conceder uma entrevista ao telejornal Jornal da Cultura, explicou os empecilhos legislativos para viabilizar a gestação por substituição no Brasil, de maneira onerosa:

O Brasil tem uma dificuldade gigantesca de legislar temas sensíveis à população. Há uma cultura nos parlamentos brasileiros de não enfrentar situações que levem a um debate maior, a não ser aqueles que tem uma filosofia própria para isso, por exemplo àqueles que tem

uma cultura religiosa e são eleitos com base nessa cultura religiosa têm uma predisposição para o debate sobre sua opção religiosa; isso faz com que o Supremo Tribunal Federal e a própria justiça acabem intervindo em relações que não lhes pertencem, pertenceriam ao legislativo, por conta, exatamente, da dificuldade cultural dos nossos parlamentares assumirem posições. Até o período eleitoral, muito pouco se discute, os discursos são vazios e normalmente dirigidos por marqueteiros. (COSTA, 2018)

É imprescindível que o processo legislativo acerca da temática, aconteça. Com legislação específica sobre o tema, as partes envolvidas na gestação por substituição teriam mais segurança jurídica, justiça e respeito às liberdades.

3.2 – Impactos jurídicos da Maternidade Desnaturada no Brasil e o Provimento nº 52, de 2016, e 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça:

O provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017 institui modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetivas e, também, sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos através da reprodução assistida.

Uma das finalidades desse provimento é a de dar maior segurança para a realização da maternidade por substituição no Brasil, pois deixa claro, através de suas disposições que a mulher cedente de útero não possui quaisquer direitos referente à maternidade.

O caput do artigo 17 do referido provimento ³⁶trata dos documentos exigidos no caso de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição

³⁶ Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

O parágrafo 1º³⁷ do artigo 17, aponta que 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.

Isso tem a finalidade de deixar claro e registrado que a mulher que cede o útero para a implantação do material genético não vai ter quaisquer direitos sobre a criança. Assim, não há que se falar em qualquer direito de filiação ou mesmo direitos sobre guarda, visita, pensão alimentícia ou direitos sucessórios, por exemplo. As pessoas que cederam o material genético para a fertilização é que possuem todos os direitos e deveres advindos do Direito de Família e de Sucessões.

3.3- A Família enquanto instrumento do Direito de Felicidade.

Uma das formas de se atingir a felicidade é no seio familiar. A família é constitucionalmente protegida pelo Estado. Encontrar um(a) companheiro (a), que seja uma pessoa que compartilhe sonhos, que dê carinho, segurança, cuidado, talvez filhos. Isso, normalmente, é o que as pessoas têm em mente ao constituir uma família, é onde buscam a felicidade.

O Estado extrapola seus limites ao intervir demasiadamente em assuntos meramente patrimoniais, que são direitos disponíveis do cidadão. A intervenção estatal, dentro do Direito de Família, deve ser restrita ao que interessa à sociedade, ou seja, reconhecê-la em todas as suas formações e protegê-la.

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 4º 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.

O indivíduo é melhor juiz de seus interesses do que o Estado, não podendo haver mal maior do que permitir que outra pessoa julgue o que convém a cada um. Há o livre arbítrio e a autonomia. Assim, qualquer erro que alguém cometa, consciente ou inconsciente, não produz tanto mal quanto a submissão em excesso ao Estado.

A família existe desde o início da Humanidade na Terra e é a célula-mor da sociedade humana. Constitui-se no berço em que se nasce, que embala, que acolhe, que protege, orienta, encaminha, conforta os indivíduos. É o local em que as pessoas se desenvolvem, em que aprendem a satisfazer suas necessidades fundamentais, onde elas crescem, onde se tornam adultas, cidadãos, independentes e também é onde aprendem a respeitar o próximo e a serem úteis à sociedade. É na família que se aprende a ser quem se é, aprende-se a se conhecer a si próprios, a se reconhecer como indivíduos e como parte integrante de um grupo, onde idealmente todos se unem em prol do bem comum. Todos se unem na defesa de um ou de todos, todos repartem o pão ou o tesouro.

No Brasil, tramitou no Senado o Projeto de Emenda da Constituição nº 19 de 2010³⁸, que pretendia alterar o artigo 6º e incluir o direito à Busca da Felicidade como direito social. Esse projeto foi arquivado em dezembro de 2014.

No Direito das Famílias o abismo entre realidade e leis é enorme. O principal avanço recente dos Tribunais sobre o Direito das Famílias foi reconhecer que existe uma família quando existe afeto. O STF (Supremo Tribunal Federal), ao reconhecer as famílias homoafetivas através da ADIN 4277 e ADPF 130 e também a família socioafetiva através do R.E 898.060, reconheceu que as pessoas têm o direito de buscar a sua felicidade.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Roberto Barroso no seu voto do Recurso Extraordinário nº 878.964 no julgamento sobre o reconhecimento das famílias homoafetivas, reconheceu o afeto como principal elo familiar:

se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988

³⁸ Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito.

expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, a despeito da omissão no texto constitucional

(Ministro Luiz Roberto Barroso, RE 878.694)

Com a Constituição Federal de 1988, os Tribunais, começaram, ainda que lentamente, a dar provimento aos pedidos de reconhecimento de família onde se encontre afeto. A afetividade passou a definir o que é uma família. Foi enfim reconhecido o direito de cada indivíduo buscar sua felicidade.

Tartuce explica a importância do afeto:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto no Texto Maior como sendo um direito fundamental pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. (TARTUCE, 2012, p.690)

No seio familiar, encontra-se abrigo e refúgio nos momentos cruciais da vida, quando se anseia por alento e aconchego, bem como bálsamo para as dores que tanto afligem.

Ter uma família significa ter pessoas a quem amar e ter pessoas que se amam. Significa estar presente uns na vida dos outros quando as horas duras da vida se avizinham, quando a frieza e crueldade do mundo atinge brutalmente. Significa fazer parte de um grupo praticamente indissolúvel, tudo o mais pode mudar na vida, mas a família sempre estará à espera, ao dispor. Significa ter para onde retornar nas voltas que se faz pelo mundo e pela vida. Significa ter quem ouça com atenção, acalente com palavras de apoio e conforto. Ter uma família é um privilégio que Deus concedeu, para fortalecer perante as batalhas neste mundo conturbado.

Portanto, é de grande alcance a importância da decisão de alguém em iniciar uma família, seja uma única pessoa, sejam duas pessoas, de sexos diferentes ou do mesmo sexo, não importa, esta decisão precisa ser apoiada e estimulada, pois configura algo muito além de um mero projeto de vida, é antes um motivo para se viver, uma razão de existir, é a procura da felicidade, ainda que efêmera, feita de pequenos momentos, a par de angústias e apreensões, mas, ainda assim, vale a pena ser vivida, experienciada, porque é intensa.

Assim, constituir família, apesar de todas as dificuldades e impedimentos que a Natureza impõe à pessoa, por impossibilidade de gestar o próprio filho, e lançar mão de recursos da moderna Biotecnologia e Medicina de elevado padrão, através das técnicas de Reprodução Assistida e Maternidade por sub-rogação, não deveria ter tantos empecilhos a considerar, não deveria ter tantos incômodos, inconvenientes, impedimentos a serem obrigatoriamente respeitados. É uma situação profundamente desencorajadora, desestimulante, pois nem sempre há alguém disponível da família, mesmo procurando até o quarto grau, como reza a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Urge uma doutrinação legal a respeito, que trate da Maternidade Desnaturada e que englobe tais casos, em que não há como obedecer a esta determinação, sobrando apenas e unicamente a opção de oferecer vantagem pecuniária a quem estiver disposta a encarar uma gestação de criança que não será seu próprio filho, e sim um filho amado e ansiosamente aguardado por outra mãe ou pai, no anseio premente de iniciar uma família.

A permissão da barriga de aluguel no Brasil, evitaria que diversos brasileiros burlassem a legislação vigente, através da realização dessa técnica em outros países.

Como já foi tratado, no Brasil, quem quiser um útero de substituição tem que encontrá-lo numa parente de até terceiro grau e essa técnica não poderá ser realizada mediante pagamento ou qualquer outra contraprestação e por isso, é chamada de barriga solidária. Diante dessa vedação legal, para alugar um útero só mesmo indo para outros países. E para isso há empresas que cuidam de todos os trâmites jurídicos e das questões médicas envolvidas no processo, incluindo a escolha da mulher que irá ceder o útero.

O mercado de barriga de aluguel é pequeno, mas está crescendo.

Os Estados Unidos, Ucrânia, Albânia e Rússia são os principais destinos para aqueles que desejam contratar uma barriga de aluguel. A Tailândia, Índia e México deixaram de ser tão procurados devido as limitações para impostas para estrangeiros. Nos Estados Unidos, nos estados da Flórida e de Nova York é que são os destinos mais procurados para pactuar uma barriga de aluguel e isso ocorre devido a uma maior liberdade de contratar, vez que aceitam qualquer tipo de casal ou homens e mulheres solteiros e de qualquer nacionalidade. Na

Ucrânia e na Rússia há restrições para solteiros e casais homoafetivos. Nos Estados Unidos (Flórida e Nova York), a maternidade de substituição é legal e qualquer pessoa pode usar os serviços de uma mãe de aluguel, independentemente de sexo, estado civil ou nacionalidade. Lá a relação entre a cedente de útero e o casal é regulamentada pelo contrato, que estabelece os direitos e obrigações das partes e de acordo com o contrato, a mãe substituta não adquire nenhum direito parental do recém-nascido, uma certidão de nascimento é emitida imediatamente, sem litígios desnecessários, o documento contém os nomes dos pais biológicos do recém-nascido sem o procedimento de adoção. (VILAGURADA ,2019)

A Ucrânia também era um país muito procurado para a realização da barriga de aluguel, diante de preços mais acessíveis e da liberdade de contratação. Porém diante da guerra com a Rússia, o destino já não é mais procurado.

A preocupação com a autonomia e a capacidade de autodeterminação da mulher que passa por uma gestação de substituição deve estar presente no debate público. Impossibilitado de defender abertamente este projeto, o Estado se vale do discurso da autonomia feminina como justificativa para não interferir neste ciclo e alega que é um caso de exploração do corpo da cedente de útero e não observa a autonomia e a liberdade de planejamento familiar dos contratantes da gestação por substituição.

A interferência do Estado, ao vedar a barriga de aluguel configura uma intervenção do Estado sobre a vontade individual da mulher. A cedente passa nove meses gestando uma criança de outra pessoa e nada mais justo do que receber uma contraprestação por essa atividade, a título de indenização. Já para a adquirente do método, o pagamento e a legalidade do procedimento em questão, observa a autonomia, justiça gestacional e liberdade de constituir família.

Desejar filhos biológicos é um projeto de vida legítimo e que, portanto, a incapacidade de os ter de maneira natural, somada a restrição legal da barriga de aluguel é uma violação à autonomia privada.

A atual configuração das normas sobre a gestação de substituição no Brasil ultrapassa, por esta via, os processos da concepção, da gravidez e do

parto. Ela tem potencial de produzir efeitos sobre a mulher ou o casal que adquire o procedimento, uma permanente insegurança jurídica e isso fere também o direito à felicidade e o direito à vida.

Essas lacunas deixadas pela legislação brasileira trazem grandes problemas, deixando essa decisão nas mãos do poder judiciário, e sempre será um caso de difícil julgamento, já que envolvem questões éticas, morais e jurídicas. É evidente que há no Brasil, mulheres que oferecem este tipo de serviço, e mulheres que querem este tipo de serviço, isso é uma realidade que precisa ser encarada.

A gravidez desnaturada ou também chamada de gestação por substituição e outras técnicas de reprodução assistida são uma realidade mundial. Os avanços médicos científicos seguem em alta velocidade e a legislação pátria não pode ser tímida e apreensiva, escolhendo o caminho da vedação, em oposição à possibilidade de garantir a autonomia. (SOUZA, 2010, p. 17).

O princípio da legalidade dita que o poder legislativo é o único competente para criar mandamentos inovadores na ordem jurídica do país. Com isso, é claro que, de fato, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma única lei que vede a gestação conhecida por “barriga de aluguel”. As resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina, como já explicado, não possuem competência para regulamentar sobre a matéria.

Com o reconhecimento da afetividade, pelo Supremo Tribunal, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, fica consolidado o entendimento de que a mãe não é apenas aquela que dá luz ao filho, mas também aquela que têm laços de afeto e exerce a maternidade de fato. Mas numa gestação por substituição, aquela mulher que deu à luz ao filho não pode mais ser confundida com a figura da mãe, porque na verdade ela desenvolveu o único papel que foi gestar e auxiliar a possibilidade de uma terceira pessoa constituir uma família.

Nos países onde é permitida a barriga de aluguel este assunto já está regulado e se argumenta que o que se paga é pelo espaço no útero.

Diante da carência legislativa brasileira, existem várias questões jurídicas que podem surgir e causar conflitos no procedimento de barriga de aluguel, por exemplo, a recusa da gestante em transmitir a criança.

Vedar a gestação por substituição de forma onerosa, é negar o direito da busca à felicidade e o direito à vida.

Para todas as pessoas, deve ser garantido o direito à busca da felicidade, e, muitas vezes isso acontece com a liberdade de planejar e constituir a família.

A forma como a felicidade será exercida está ligada à possibilidade de autodeterminação. É importante respeitar a autonomia tanto aos pais que idealizaram a gravidez quanto à mulher que escolhe ceder seu útero temporariamente.

Constata-se que a busca da felicidade assume papel decisivo no processo de afirmação, fruição e expansão dos direitos e garantias fundamentais, e é fator decisivo nos casos de omissões legislativas lesivas que podem comprometer, afetar ou, até mesmo, extirpar direitos e garantias individuais.

4.CONCLUSÃO

Os avanços científicos na área da biotecnologia e medicina foram responsáveis pela criação de novas formas de constituir família e com isso, foi permitido a muito mais pessoas realizarem o projeto parental.

A família moderna demonstra que os laços de sangue não são os únicos fundamentos para a sua constituição. O afeto, amor e cuidado são estabelecidos como parâmetros importantíssimos para determinação de vínculos paternos e maternos.

Assim, o elemento determinante é o afeto. Ele consagra a paternidade ou maternidade de fato e no caso concreto.

O tema discutido é de extrema importância para as atuais famílias brasileiras, que convivem e sentem toda a evolução quanto ao conceito de família e filiação. Contempla-se, neste contexto, uma vasta diversidade entre os núcleos familiares atuais e pode-se notar que o vínculo não se limita apenas ao biológico/ consanguíneo. O vínculo civil e o afeto são reconhecidos e com base na igualdade de direitos e obrigações.

A gestação por substituição é método de reprodução humana assistida que consiste na cessão do útero de uma mulher, para que um casal que possui impossibilidade biológica de conceber um bebê do modo tradicional. Para isso, a gestação ocorre através de outrem.

Trata-se de uma forma de garantir o direito de reprodução e o livre planejamento familiar daqueles que por questões de saúde ou por outras situações, tais como profissionais ou por formarem casais homoafetivos não o podem exercer.

Nesse procedimento, uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a renunciar os poderes e deveres inerentes da maternidade.

É um acordo de vontades, oriundo da autonomia das pessoas, com a finalidade de proporcionar a gestação de um bebê, no útero de uma mulher, que não será sua mãe de fato e nem de direito.

Não se pode mais levar em conta apenas os aspectos genéticos, biológicos, gestacionais, ou até mesmos legais, para a averiguação da parentalidade. A doença da infertilidade fez com que a ciência viabilizasse a

formação de vida fora do corpo, e mais, a gestação fora do útero materno, colaborando ainda a cessão de útero para que hipóteses de esterilidade do casal sejam suprimidas por meio de embrião doado por outrem e utilizando o útero emprestado de mulher estranha à relação, realizando-se então o sonho da maternidade e da paternidade. Cabe ressaltar que essa técnica não é utilizada apenas por pessoas estéreis, mas também por aqueles que em função de vida profissional não podem passar por uma gestação ou por casais homoafetivos.

Em relação a gestação por substituição, o Brasil ainda é muito carente de legislação nesta área. No momento, o país não possui legislação específica sobre a gestação por substituição. Há, apenas, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Vale ressaltar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.294/2021 é a vigente em território nacional e o seu grande problema restringe-se ao fato de a mesma somente permitir a cessão gratuita e solidária. De acordo com o CFM, a gestação por substituição só pode ocorrer de maneira gratuita, a cedente de útero deve ter parentesco em linha reta ascendente ou descendente ou colateral até o 4º grau com os doadores do material genético, ter entre 18 (dezoito) e 50 (cinquenta) anos e já ter um filho biológico. Tais restrições dificultam a gestação em útero alheio, pois nem sempre há alguém dentro da família com disponibilidade a gestar o filho de outrem.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é uma autarquia federal com competência apenas para regular e fiscalizar a atividade médica, no exercício da profissão. Diante disso, fica claro que as resoluções do CFM não são competentes para regular a matéria e, portanto, não há legislação que proíba ou que permita a gestação de aluguel.

A vedação à barriga de aluguel, ditada pelo CFM, baseia-se no artigo 199, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988 e no artigo 15 da Lei 9434/97 (Lei de Transplantes). De acordo com esses dispositivos, é vedada a comercialização de qualquer órgão ou tecido em território nacional.

Tal conduta, não se enquadra no tipo penal de venda de órgãos ou tecidos. No procedimento da barriga de aluguel não há venda de órgãos, mas sim a geração de um filho para outra pessoa impossibilitada de fazê-lo, por livre

e espontânea vontade, mediante remuneração. O útero não será vendido, apenas irá gestar um filho alheio.

Constata-se, portanto, que o tipo penal não se configura e a norma penal não é passível de interpretação extensiva.

Como uma resolução de um conselho de classe não tem competência para legislar sobre direitos fundamentais, é possível afirmar que não há nada que impeça a realização do procedimento em território brasileiro.

A resolução vigente não é óbice para que o Poder legislativo crie uma lei que permita que o procedimento seja realizado mediante contraprestação em favor da mulher cedente de útero.

Fica clara a necessidade de se criar disposição clara e profunda sobre o assunto, para que não reste dúvida e insegurança jurídica em relação a temática, principalmente na questão da definição da maternidade. Muito se precisa regulamentar sobre esse tipo de procedimento e conduta, para que sejam deixados em evidência os deveres e os direitos de todos os participantes e componentes dessa relação.

A falta de legislação sobre a temática gera muito conflito e abre lacunas quanto ao assunto barriga de aluguel. A matéria é nova, importante e é uma realidade. Diante da carência legislativa, o tema traz muitas inseguranças jurídicas, e ele se desdobra com a apreciação de conflitos futuros decorrentes de práticas feitas de forma clandestinas, ainda até lícitas, já que nada impede um casal de ir a um outro país em que é totalmente legalizada esta possibilidade, e voltar para o Brasil posteriormente. Isto não constituiria crime, aliás, é uma solução para as pessoas que encontram o empecilho local.

Com a permissão da barriga de aluguel e conseqüentemente o contrato oneroso de cessão de útero, diversas questões conflituosas podem ser pacificadas. Um documento que contenha o consentimento esclarecido e informado de todos os envolvidos, é essencial. É esse documento que esclarecerá a relação triangular estabelecida entre as partes envolvidas e vai estabelecer todos os direitos e deveres entre a cedente, os pais genéticos e a criança.

Os interessados necessitam de um maior amparo legal e jurisprudencial, pois querem resolver aqui mesmo no Brasil, e não ir buscar soluções em outro país.

O poder legislativo brasileiro deve sair da inércia e cumprir com a sua função precípua de legislar sobre a matéria para corresponder aos anseios sociais, uma vez que estas práticas são cada vez mais reiteradas pela sociedade brasileira.

O direito, mesmo tardio, deve buscar a adequação às novas realidades diante da evolução da biotecnologia e tem a obrigação de resguardar os anseios da sociedade.

É inaceitável que a cedente de útero, pessoa detentora de discernimento e capacidade e apta para a realização dos negócios jurídicos, não possa firmar um contrato, de maneira onerosa, cedendo o seu útero para gerar uma criança alheia, a fim de atender os seus interesses e ou necessidades financeiras.

A legalização da barriga de aluguel acabaria com a insegurança jurídica atual. Para tanto, o ideal seria a criação de uma legislação própria, tornando-se lícito o procedimento da cessão temporária do útero mediante contraprestação e regulamentando o procedimento. O legislador deve regulamentar a matéria, dispondo de forma explícita sobre os direitos da cedente, assim como da futura mãe biológica ou socioafetiva. Dessa forma, as relações jurídicas se estabilizariam, levando a efeito sempre o melhor interesse da criança e da mulher.

A materialização do procedimento jurídico seria através de um acordo, um contrato, no qual se deve obrigatoriamente conter especificações sobre as relações parentais; os métodos de pagamento para a cedente; as garantias médicas; os direitos e deveres entre as partes e os valores e forma de pagamento.

Diante de todo o exposto, depreende-se que, no atual estágio que se encontra a evolução da procriação assistida e o direito pátrio, torna-se fundamental a permissão e regulamentação da gestação por substituição mediante contraprestação e o reconhecimento do contrato de cessão de útero como um acordo de vontade válido, e apto a produzir efeitos jurídicos, isso com o fito de garantir os direitos reprodutivos dos indivíduos impossibilitados de

gestarem um filho pelo método tradicional, além de resguardar de forma mais eficaz os direitos referentes ao reconhecimento da filiação.

Impõe-se a elaboração e aprovação de lei com a finalidade de regulamentar e permitir a cessão onerosa de útero. Para a criação desse mandamento legal, é imperiosa uma profunda reflexão interdisciplinar, envolvendo outras áreas da ciência, como bioética, medicina, psicologia, direito, genética e sociologia. A nova regulamentação deverá assegurar a saúde dos utilizadores das modernas tecnologias reprodutivas, o amplo exercício do direito reprodutivo e os direitos da criança concebida.

A previsão constitucional do direito ao livre exercício do planejamento familiar compreende o direito das pessoas de buscar a concepção de um filho. É preciso que se estructurem regras legais e não mais possível a aceitação de vozes que dizem não à técnica. É necessário que ocorra esforços para que se crie legislação capaz de regulamentar a questão, tornando legítima a parentalidade por substituição de maneira onerosa.

Ao reconhecer a validade do contrato de gestação por substituição mediante pagamento à gestante, e lhe atribuindo tutela legal, questões importantes relacionadas aos direitos da criança, aos direitos de filiação e de todos os envolvidos nessa relação privada serão solucionadas. Essa permissão apresenta-se como expressão da autonomia da vontade dos indivíduos, tendo como objetivo o prosseguimento da vida através da reprodução, e assim, envolve diversos direitos fundamentais, como o direito à vida, os direitos reprodutivos e os direitos de personalidade, que necessitam ser resguardados.

Negar a gestação por substituição de forma onerosa, com o intuito de indenizar a cedente de útero, é negar o direito da busca da felicidade e o direito à vida. É negar o direito de planejar e constituir família.

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos**. Tese de Doutorado. Doutorado em Direito . Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.

ALMEIDA, Victor. **O Direito ao Planejamento Familiar e as Novas Formas de Parentalidade Na Legalidade Constitucional**. Direito Civil: Estudos | Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCivil. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/OpenAccess-Almeida-9788580393477-19%20(2).pdf. Acessado em 05.02.2022

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Assembleia Geral da ONU. "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**". "**Nações Unidas**", 217 (III) A, 1948, Paris, art. 1, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acessado em: 05.07.2022.

AVELAR, Ednara Pontes. **Responsabilidade Civil Médica em face das técnicas de Reprodução humana assistida**. São Paulo: Editora PUC SP, 2008.

BADALOTTI, Mariângela. **Manual de Ginecologia**. 1ª edição. Rio Grande do Sul: Editora PUC RS, 2009.

BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA, Amanda Souza. A LICITUDE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: ATUALIZAÇÕES A PARTIR DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294/2021. **Revista Conversas Civilísticas**, Salvador, Vol. 1, N.2, dezembro de 2021.

BORGES, Ângela; CASTRO, Mary Garcia. **Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais**. 2ª edição. São Paulo: Editora Paulinas, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 29.01.2022.

BRASIL. Lei 8069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília. DF: Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acessado em 10.07.2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília. DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%20ed.pdf>. Acessado em:29.01.2022.

BRASIL. Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Brasília. DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 11.07.2022.

BRASIL. Lei n. 9. 434, de 4 de fevereiro de 1997. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694**. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: tf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/rep-ercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-878694-mg. Acessado em: 04.04.2022.

CARDIN, Valeria Silva Galdino. GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia, SANTOS, Andréia Colhado Gallo Grego. **Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos.** Revista de Bioética y Derecho. Barcelona, 2015. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300008. Acessado em: 25.07.2022.

CASTILHO, Ela. **O que é Gênero.** Ministério Público Federal, 2008. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/eventos/mulher/dia-da-mulher/verbet>. Acessado em: 03.02.2022.

CATÃO, Marconi Do Ó. **BioDireito: Transplantes de Órgãos Humanos e Direitos da Personalidade.** 1ª edição. São Paulo: Editora Madras, 2004.

CHAGAS, Márcia Correa. Lemos, Oliveira Mariana. **O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO E ABSOLUTO?** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=39a1dafc5f8576b4>. Acessado em: 07.04.2022

CHAKIAN, Silvia. **A Construção dos Direitos das Mulheres.** 1ª edição. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

CONNELL, Raewyn. PEARSE, Rebeca. **Gênero uma perspectiva global: Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo.** 3ª edição. São Paulo: Inversos, 2017.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida.** Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 2294 de 27 de maio de 2021.** Publicada no Diário Oficial da União de 15/06/2021, Edição: 110 | Seção: 1 | Página: 60. Disponível em < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acessado em: .01.04.2022.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.2.013 de 16 de abril de 2013.** Publicada no Diário Oficial da União de 09 de maio de 2013, Seção I, p.119. Disponível em < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm > acesso em 21 de maio de 2013.

Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63**. Disponível em: os.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525#:~:text=O%20reconhecimento%20da%20paternidade%20ou,FILIAÇÃO%20no%20assento%20de%20nascimento.&text=Art.,-15. Acessado em 02.04.2022.

DANTAS, Ana Carolina Lessa. **Barriga de Aluguel e o Direito a Autonomia Reprodutiva no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Brasília – UNB, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI**. 1ª edição. São Paulo: Paulinas, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. QUINTELA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 6ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERNANDES, Silva da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11ª edição. São Paulo: Editora Guanabara, 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12ª edição. São Paulo: Editora Forense, 2013.

FRAZÃO, Dulce Archer Franco. **DILEMAS NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: COMPREENDER O DEBATE PORTUGUÊS**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Ciência da Comunicação. Universidade de Nova Lisboa, 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil - família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GANGLIANO, Pablo Stolze. Filho, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 16ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

GRAZIUZZO, Bruna Kern. Úteros e Fronteiras: **Gestação de Substituição no Brasil e Estados Unidos: um Estudo Comparado**. 1ª edição. São Paulo: Editora Tirant lo Blanch, 2018

JORNAL DA CULTURA. São Paulo: TV Cultura, 28 de fev de 2018. Programa de TV.

JUNIOR, Delton Croce. **Manual de Medicina Legal**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LIMA, Maria de Fátima Costa Soares de. **Direitos da Mulher como Fator de Justiça e de Desenvolvimento: Uma abordagem da Legislação Constitucional e Infraconstitucional**. Dissertação. (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª edição. São Paulo: Editora Jus Podium, 2020.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Filhos da Reprodução Assistida**. 1ª edição, Belo Horizonte- MG, Editora Del Rey, 2002.

MEZZARROBA, Orides et al. **BIODIREITO**. 1ª Edição. Vol. 3. Curitiba: Classic Editora, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos e Fundamentais**. 11ª Edição. Vol. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MOREIRA, R. V.; REIS, V. M. S. dos. Gestação de substituição: Implicações filosóficas e redefinição da noção de maternidade. **Revista Em Construção**, v. 6, p. 258-279, 2019.

MUNHOZ, Mariana. **Barriga solidária é alternativa para quem não pode engravidar, mas há lacuna legal.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/302057/barriga-solidaria-e-alternativa-para-quem-nao-pode-engravidar--mas-ha-lacuna-legal>. Acessado em 07.08.2022.

OLIVEIRA, Eluã Marques de. **BARRIGA DE ALUGUEL: Uma análise à luz do novo ordenamento jurídico brasileiro.** JurisWay. 17 ago. 2015. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15298. Acesso em: 09 de agosto de 2022.

PELLEGRINELLO, Ana Paula e BACK Alessandra. **Reprodução Humana Assistida - A Tutela dos Direitos Fundamentais das Mulheres.** 1ª edição. Curitiba- PR. Juruá Editora, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITELLI, Sérgio Domingos. **O PODER NORMATIVO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.** Disponível em: <file:///C:/Users/Raissa/Downloads/81294-Texto%20do%20artigo-112942-1-10-20140618.pdf>. Acessado em: 05.07.2022

RUBIO, David Sanchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos.** 1ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

SACHS, Jeffrey D. **A era do desenvolvimento sustentável.** 1ª edição. Lisboa: Actual Editora, 2017.

SANTIAGO, Juliana Faria. **GESTÃO POR SUBSTITUIÇÃO: A ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL E O MELHOR INTERESSE DO MENOR.** Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília. 2020

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Teoria dos Contratos Coletivos: Repercussões do Direito Civil no Direito do Trabalho.** Tese de Doutorado. Doutorado em Direito. Universidade de Brasília, 2018.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e Afetividade: Estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas.** Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, 2009.

SARMENTO, Liv Azevedo. **A gestação de substituição e seus desafios no Direito Internacional Privado**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito em Internacional. Universidade de Direito de São Paulo, 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 1ª edição. São Paulo: Companhia de Bolso, 1999.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPARO, Ana Júlia Fernandes. **Os Direitos da Mulher no Mercado de Trabalho: Da Discriminação de Gênero à Luta pela Igualdade**. Revista Unijuí. 2017 Disponível em: file:///C:/Users./tecno/Downloads/7233-Texto%20do%20artigo-33715-1-10-20171228. p. Acessado em: 08.02.2022.

SILVA. Flávia Alessandra Naves. **GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: DIREITO A TER UM FILHO**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. Volume 1, nº 1, 2011.

SOUZA. Sara Maria de. **GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: UMA GRAVIDEZ A FAVOR DE OUTREM**. Dissertação de Mestrado. Mestrado em Direito. Universidade de Lisboa, 2018.

SOUZA, Marise Cunha de. **As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade**. Bioética. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16040822.pdf>. Acesso em: 08.08.2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil (vol. Único)**, 2ª edição. São Paulo, 2012.

TEIXEIRA, Caroline Rocha Pereira. **A maternidade de substituição e o conflito de presunção de maternidade certa: estudo de casos**. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, DF, v. 108, n. 1, p. 125–144, 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/33>. Acesso em: 09 agosto de 2022.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil: Família**. 17ª edição. Editora Atlas: São Paulo, 2019.

VILAGUARDA. Vicente. **Os Novos destinos para o aluguel de barrigas**. Revista Istoé. São Paulo, 18.01.2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/os-novos-destinos-para-o-aluguel-de-barrigas/>.

VILARINHO, Thaís. **Mãe fora da Caixa**. 1ª edição. São Paulo: Buzz Editora, 2017.

