

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Anna Cristina de Carvalho Rettore

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL:
a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz**

Belo Horizonte
2018

Anna Cristina de Carvalho Rettore

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL:
a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Linha de pesquisa: Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R439g	Rettore, Anna Cristina de Carvalho Gestação de substituição no Brasil: a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz / Anna Cristina de Carvalho Rettore. Belo Horizonte, 2018. 165 f.: il Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Gestação de substituição. 2. Reprodução humana - aspectos jurídicos - Brasil. 3. Útero de aluguel - aspectos jurídicos - Brasil. 4. Direitos da personalidade. 5. Autonomia pessoal. 6. Planejamento familiar - aspectos jurídicos - Brasil. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. SIB PUC MINAS CDU: 347.6
-------	---

Anna Cristina de Carvalho Rettore

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL:
a estrutura de um negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Profª. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá – PUC Minas (Orientadora)

Profª. Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profª. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira – Centro Universitário UNA (Banca Examinadora)

Profª. Dra. Maria Goreth Macedo Valadares – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 13 de março de 2018.

*Dedico este trabalho à minha irmã, Carolina, como
símbolo da exaltação ao reconhecimento de pluralidades.*

AGRADECIMENTOS

Os anos que se passaram não foram fáceis e não sei o que seria deles não fosse a atuação contínua de pessoas indispensáveis. Em primeiro lugar, agradeço o incentivo dos meus pais, que em contagem regressiva para o alcançar do objetivo me prestaram, dia a dia, auxílio sempre carinhoso no curso desse caminho. As transformações pelas quais passei nestes últimos anos não teriam sido possíveis sem o amor de vocês. Agradeço também à minha irmã – a quem admiro cada dia mais e cuja dedicação sempre me inspira – por me proporcionar um constante abrir de olhos para falhas e possibilidades de mudança. E ao Thiago, pelas inúmeras demonstrações de generosidade para comigo e minha família neste ano (e pelo gás na reta final).

Meu muito obrigada também aos professores e colegas do mestrado, com quem muito aprendi e cujas lições (todas elas!), contribuíram para o resultado deste trabalho. À minha orientadora, Professora Maria de Fátima Freire de Sá: como por vezes lhe disse neste ano, obrigada pela paciência e pela confiança; mais ainda, por todas as oportunidades que generosamente proporciona a mim e a todos ao seu redor. Professora Taisa Maria Macena de Lima, também obrigada pelas reflexões em sala de aula, pelo reconhecimento inspirador de confiança e pela gentileza de aceitar o convite para participar de minha banca.

Agradeço, ainda, a Ana Carolina Brochado Teixeira, a quem admiro como pessoa, mãe, chefe, professora, advogada e, agora, também como avaliadora, por (bem) me direcionar desde há muito por caminhos em todas as áreas da vida. Obrigada a você, a Alexandre Miranda Oliveira e a Cristiane Giuriatti Gandra por terem proporcionado a minha entrada e conclusão deste mestrado. O aprendizado com vocês é precioso e contínuo. Não posso deixar de agradecer aos meus colegas de trabalho, que se fizeram meus amigos pela convivência diária e formidável senso de equipe: João, Priscila, Bárbara e Laine. O agradecimento especial fica para Beatriz de Almeida Borges e Silva, que percorreu comigo esta caminhada e me proporciona uma das amizades mais frutíferas, leais, disponíveis e sinceras com que já pude contar em minha vida.

Agradeço, ainda, à Marli – alento para a minha saúde mental neste percurso – pelo constante estímulo ao enfrentamento de medos. E também a todos os meus amigos, verdadeiros respiros em meio a todos os momentos atarefados. Joanna Paixão Pinto Rodrigues, obrigada também pela disponibilidade para leitura e revisão da minha escrita.

Reservo para o fim um agradecimento ao Fábio, pela constância de seu amor a despeito de qualquer (realmente: *qualquer*) das dificuldades. Seu apoio nesse trajeto ganhou proporções tão relevantes que não sei colocar em palavras. Obrigada por ser minha base e meu rumo.

Enfim... obrigada a todos vocês, por tornarem possível minha busca por autorrealização.

“A prudência nos aconselha sempre a reduzir o nível de nossas esperanças e circunscrever nossa visão. Mas estaremos nos iludindo se fingirmos que, assim, nada de nossa humanidade está sendo negado”

(TAYLOR, 2005, p. 662).

RESUMO

O presente estudo trata da temática da gestação de substituição, técnica de reprodução humana assistida pela qual uma mulher se dispõe a gestar filho de outrem, praticada desde 1992 no Brasil mediante regulamentação do Conselho Federal de Medicina – CFM. As normas do CFM, conquanto se voltem apenas aos médicos, impõem uma série de restrições que alcançam todos os brasileiros, sem que haja legislação federal que trate especificamente do tema no país. Tais restrições acabam por impedir o acesso ao procedimento por muitas das pessoas que dele necessitam, o que as leva a, inevitavelmente, buscar se verem contempladas de outras maneiras, seja recorrendo à prática em outros países, seja pela inserção em um “mercado negro”, o que acarreta níveis altos de desproteção, em especial à criança a nascer. Diante disso, e tendo-se identificado a inexistência de norma proibitiva da técnica, seja pela via altruísta ou remunerada, que fosse emanada por órgão legitimado (isto é, representativo do corpo social) pretendeu-se identificar, a partir da metodologia civil-constitucional e de uma investigação jurídico-sociológica (atenta às demandas da realidade fática), a existência de normas que viabilizem às pessoas a autorregulamentação nessa seara, por meio do estabelecimento de negócios jurídicos mediante o exercício da autonomia negocial e privada. Operou-se, para tanto, a releitura de institutos de direito privado usualmente vertidos a uma lógica exclusivamente patrimonial, bem como à funcionalização desses institutos ao atendimento de interesses dos participantes, à medida de sua natureza e das peculiaridades por ela despertadas. Após o enfrentamento de críticas ético-jurídicas usualmente feitas face à gestação de substituição, concluiu-se pela natureza dúplice desse negócio jurídico em qualquer de suas modalidades – a atrair a tutela respectiva a cada tipo de interesse envolvido nesse complexo sistema de necessidades humanas – e que tem o condão de ser percebido como juridicamente existente, válido (nesse ponto, especialmente, verificando-se lícito seu objeto) e eficaz no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Gestação de substituição. Autonomia negocial. Existência. Validade. Eficácia.

ABSTRACT

The present study concerns gestational surrogacy, an assisted reproduction technique through which a woman decides to gestate someone else's child. It has been practiced in Brazil based on a regulation by the Federal Council of Medicine since 1992. Even though these norms are directed only to physicians, they impose a series of restrictions that end up reaching all citizens, whilst there is no specific federal legislation concerning the issue in the country. Such restrictions prevent many people in need from accessing the technique, which ends up taking them to look for other ways of reaching it out, by resorting to foreign countries or acting in the "black market", rendering a great deal of unsafety especially to the child to be born. Given the absence of a prohibitive norm in respect to altruistic or paid surrogacy emanated by a legitimized institution (that is, one that effectively represents the nation), the study aimed to identify the existence of norms that allow people to self-regulate their actions in this field by establishing legal businesses through the exercise of one's private autonomy. This was done by following a civil-constitutional methodology and by means of a juridical-sociological investigation. In order to do so, some private legal institutions were reviewed with the purpose of avoiding the patrimonialistic logic usually related to them, in addition to their functionalization so as to attend all participants' interests according to their respective nature. After confronting ethical-juridical criticisms usually made against gestational surrogacy, it was possible to conclude that this kind of legal business, be it altruistic or paid, has a double nature – both patrimonialistic and existential, thus attracting the legal protection that is adequate to each identified nature – and can be characterized as legally existent, valid (with a lawful object) and effective in Brazilian law.

Keywords: Gestational surrogacy. Autonomy. Existence. Validity. Effectiveness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	19
2	EM BUSCA DE INSTITUTOS E MODELOS JURÍDICOS PARA UMA TUTELA QUALITATIVAMENTE ADEQUADA PARA AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DA PESSOALIDADE	23
2.1	Evolução da autonomia privada e a formulação da autonomia negocial como uma de suas vertentes	23
2.2	Situações jurídicas subjetivas patrimoniais, existenciais e dúplices.....	29
2.2.1	<i>CrITÉrio funcional de classificação das situações jurídicas subjetivas entre patrimoniais e existenciais e a identificação de situações jurídicas subjetivas dúplices.....</i>	<i>35</i>
2.3	Autonomia negocial e situações jurídicas subjetivas: os negócios jurídicos patrimoniais, existenciais e dúplices	40
2.4	Em busca de uma adequada estrutura do negócio jurídico, que lhe permita dinamicidade segundo o modelo funcional.....	42
3	A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL.....	48
3.1	Atual panorama normativo brasileiro	48
3.2	A gestação de substituição na realidade brasileira	53
3.2.1	<i>Gestação de substituição segundo as normas do CFM: ausência de segurança prática e jurídica do atual modelo e limitação à acessibilidade</i>	<i>53</i>
3.2.2	<i>Limitação à acessibilidade e a luta por reconhecimento</i>	<i>56</i>
3.2.3	<i>Uma questão de coerência: superação de críticas ético-jurídicas à gestação de substituição já identificáveis na normatividade brasileira vigente.....</i>	<i>67</i>
3.2.4	<i>Em busca da superação de críticas ético-jurídicas à gestação de substituição não identificáveis expressamente na normatividade brasileira em vigor</i>	<i>81</i>
3.2.4.1	<i>Reificação e exploração da gestante</i>	<i>82</i>
3.2.4.2	<i>Reificação, comercialização de crianças e a mercantilização da reprodução</i>	<i>96</i>
4	O NEGÓCIO JURÍDICO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL	102
4.1	Os centros de interesse das situações jurídicas subjetivas e os interesses objetivamente verificados no negócio jurídico de gestação de substituição: uma busca por tutelas jurídicas adequadas	102
4.2	Um negócio jurídico de gestação de substituição existente, válido e eficaz	119
4.2.1	<i>Existência.....</i>	<i>119</i>
4.2.2	<i>Validade.....</i>	<i>120</i>
4.2.2.1	<i>Agente capaz</i>	<i>122</i>
4.2.2.2	<i>Objeto lícito, possível, determinado ou determinável</i>	<i>123</i>
4.2.2.3	<i>Forma prescrita ou não defesa em lei.....</i>	<i>136</i>
4.2.2.4	<i>Higidez de vontade: ausência de vícios no consentimento.....</i>	<i>137</i>
4.2.3	<i>Eficácia</i>	<i>141</i>
4.2.4	<i>Negócios jurídicos coligados.....</i>	<i>143</i>
4.2.5	<i>Possibilidades no Brasil</i>	<i>147</i>
5	CONCLUSÕES	150
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155

1 INTRODUÇÃO

O controle humano sobre o processo reprodutivo foi viabilizado pela evolução do conhecimento científico, tanto para evitá-lo quanto para promovê-lo, por meio do recurso a métodos contraceptivos ou a soluções para a infertilidade. Variadas técnicas de reprodução humana assistida, a exemplo da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, permitiram a indivíduos outrora excluídos da possibilidade de se reproduzir poder passar a optar por fazê-lo.

Além da infertilidade, a existência de pessoas impedidas de gestar filhos próprios levou a tecnologia biomédica a desenvolver o método de “gestação de substituição”, pelo qual uma mulher se dispõe a gestar criança filha de outrem – um tipo de acordo de vontades que já é praticado no Brasil desde 1992 (com restrições a serem vistas no decorrer do trabalho), atualmente sob a alcunha de “cessão temporária de útero” e com participação de “cedente temporária do útero” e “pacientes”, segundo terminologia adotada pelo Conselho Federal de Medicina (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017) – CFM.

Já na literatura, é comum observar a gestante ser denominada “*mãe substituta*” ou, de outro lado, os “pacientes” serem de algum modo relacionados ao vocábulo “*pais*”,¹ o que vai na contramão de pretensões científicas pois os termos já indicam, de saída, a inclinação de quem escreve a uma ou outra vertente sobre a filiação da criança a nascer. Por essa razão, para os fins deste estudo e em prol de acerto semântico para a leitura, convencionou-se nomear os participantes de “gestante substituta” e “beneficiários”, assim evidenciando suas funções e desconectando as nomenclaturas de vocábulos *a priori* ligados à parentalidade.

A presente pesquisa tem como objeto a análise da gestação de substituição de uma perspectiva ético-jurídica, e parte de premissa fruto da observação de que, não obstante seja uma técnica indispensável à consecução de projetos parentais de pessoas inviabilizadas de gestar filhos próprios, ainda carece de regulamentação específica por lei federal, sendo praticada no país segundo normas do CFM as quais, ainda que não sejam fruto de deliberação por órgão representativo do corpo social, impõem uma série de restrições que permitem acesso à prática apenas por um limitado número de pessoas.

Diante dessa exclusão de acesso a uma gama de indivíduos que necessitam da técnica, propôs-se um estudo para verificação quanto à existência de normas de direito civil-constitucional que o viabilizem, em atenção ao direito ao livre desenvolvimento da

¹ Carlos Nelson Konder refere-se a “*mãe genética*” e “*mãe gestante*” ao falar da gestação de substituição (KONDER, 2001, p. 263), enquanto Marcelo Truzzi Otero refere-se aos participantes como “gestante” e “titulares do projeto parental” (OTERO, 2013, p. 283).

personalidade resguardado pelo ordenamento pátrio – sem se olvidar de que a gestação de substituição é situação que envolve delicados interesses de gestante, beneficiários e, especialmente, da criança a nascer, os quais clamam por uma tutela adequada às peculiaridades de suas naturezas.

O estudo desse tema também não escapa à realidade de que, em prol de mais acessibilidade tal como a que vem sendo demandada em âmbito nacional e mundial, torna-se necessário averiguar a possibilidade de a gestação de substituição ser realizada não apenas de forma altruísta (como vem ocorrendo no Brasil, sempre entre familiares ou, no máximo, como fruto de amizade disposta a sacrifícios em prol da realização do outro), mas também mediante o oferecimento de remuneração à gestante. Neste caso, todavia, é comum o surgimento de um alerta em decorrência da possibilidade de *contaminação* de situações eminentemente existenciais – como são a procriação e o uso do corpo pela mulher para a gravidez – por interesses patrimoniais, pressupondo-se a ocorrência de uma afronta à dignidade humana.

Diante dessas constatações, e especialmente em virtude da presença de interesses dúplices (existenciais e patrimoniais), cada qual com reconhecida importância para o desenvolvimento pessoal, o *problema* que se apresenta nesta pesquisa é de identificação da natureza da relação jurídica existente no acordo de vontades entre gestante de substituição e beneficiários – pois é, a partir disso, que se propõe depreender quais as melhores formas para tutela dos interesses envolvidos, seja na modalidade gratuita ou onerosa do procedimento, sem se descurar de que a presença de questões existenciais sensíveis lhes faz demandar tipos de proteção específicas.

Na busca pela resolução do problema apresentado, a pesquisa seguiu vertente jurídico-sociológica, visando a compreender o fenômeno jurídico proposto dentro do ambiente social mais amplo, o que significa que a análise desse acordo de vontades entre gestante e beneficiários de uma perspectiva jurídica não pôde deixar de inseri-lo no âmbito da realidade, onde as necessidades humanas apõem-se ao mesmo tempo em confronto e em cooperação, e onde a vivência humana e a realização pessoal não escapam ao suprimimento de demandas econômicas.

Assim, e em especial diante do fato de que a constante busca por acesso à gestação de substituição observada em todo o mundo – ainda que em contrário à normatividade assentada por diversos países – é que desperta o interesse por uma regulamentação protetiva e apropriada, a pesquisa voltou-se à “facticidade do Direito e às relações contraditórias que estabelece com o próprio Direito e com os demais campos: sociocultural, político e antropológico (...), com a análise de demandas e de necessidades sociais e de sua adequação aos institutos jurídicos” (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22). É dizer, adotou-se a opção metodológica de compreensão do

fenômeno em seus níveis jurídicos, éticos e sociais, a fim de, a partir daí, funcionalizar diagnósticos e soluções jurídicas à própria consecução de objetivos postos pelo ordenamento em prol do desenvolvimento das pessoas e em atenção ao conteúdo da dignidade humana.

Para esse intento, e por meio do procedimento da análise de conteúdo a partir de fontes de papel – quais sejam, livros e artigos nacionais e internacionais (dados secundários) bem como legislações, jurisprudência e dados estatísticos (dados primários) (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 92) – adotou-se o tipo metodológico denominado jurídico-compreensivo, que pretende descrever e analisar o problema proposto bem como o decompor em seus “diversos aspectos, relações e níveis” (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22), decomposição esta perpetrada em fases conforme as que se passa a expor, resultado de um esforço pelo desenvolvimento de uma sequência lógica de argumentação.

No Capítulo 2, mediante a constatação de que os institutos de direito privado foram inicialmente desenvolvidos para tutelas exclusivamente patrimoniais (a exemplo da autonomia da vontade e do direito subjetivo), entendeu-se pela necessidade de investigar a releitura de que têm sido alvo, materializada especialmente com o advento do Estado Democrático de Direito, quando adotada opção metodológica civil-constitucional em prol da funcionalização de institutos, isto é, da adequação de suas estruturas à função que exercem em face de cada interesse. Desse modo, buscou-se precisar os conceitos de autonomia negocial, de situações e negócios jurídicos existenciais, patrimoniais e dúplices (bem como reinterpretar a própria teoria dos planos do negócio jurídico), para que sua aplicação viabilize correta identificação dos tipos de interesses presentes nas ações humanas e, assim, de tutelas que os contemplem.

Assentadas essas bases teóricas, passou-se no Capítulo 3 ao diagnóstico da realidade brasileira relacionada ao objeto de estudo, tanto da perspectiva normativa quanto social, constatando-se que as limitações impostas pelo CFM, na prática, não têm representado óbice à continuidade da luta por reconhecimento de interessados por um acesso mais amplo à técnica, pois estes não se furtam à ação para o atendimento de necessidades próprias.

Neste caso, optou-se pela análise de questões éticas usualmente levantadas contra a gestação de substituição a partir de uma demanda por *coerência* em face da situação normativa na qual o Brasil atualmente se encontra, o que resultou na divisão em duas etapas: a primeira, sobre questões éticas que o atual posicionamento normativo brasileiro, ao emanar um consenso pela aceitação da gestação de substituição altruísta, impõe que já se entendam suplantadas; e a segunda, sobre demais questões, as quais guardam como fio condutor o debate sobre efeitos ético-jurídicos da admissão de gestações remuneradas como possibilidade. O enfrentamento desses contornos mostrou-se indispensável ao desenvolvimento de uma estrutura para esse

negócio jurídico que atendessem a proposta do modelo funcional (civil-constitucional), pois atinentes à identificação da natureza dos interesses presentes nas situações jurídicas subjetivas envolvidas na relação, que são ora de ordem patrimonial, ora existencial, ora ambas.

Por fim, no Capítulo 4, o estudo voltou-se à aplicação dos fundamentos minudenciados nos Capítulos precedentes, com vistas à decomposição dos interesses de cada centro envolvido nesta relação jurídica a fim de assim compreender a tutela e a estrutura do negócio que se apresentam como mais adequadas. Nessa pesquisa estrutural, a atenção foi vertida especialmente à identificação de formas pelas quais o negócio poderia vir a se materializar, segundo a perspectiva da teoria dos planos do negócio jurídico (sob uma leitura civil-constitucional, isto é, dinâmica e funcionalizada aos interesses que busca atender), como existente, válido e eficaz – com destaque, no plano da validade, à investigação sobre a licitude do objeto do negócio, à possibilidade de limitação voluntária ao exercício de direitos da personalidade e à perquirição sobre o alcance da aplicação dos comandos de ordem pública e bons costumes.

Limitado o objeto de estudo à averiguação sobre a possibilidade de este negócio existir, ser válido e eficaz *juridicamente*, assumiu-se que verificar sua materialização no plano da realidade fática ultrapassaria o escopo proposto, razão pela qual se optou por tecer apenas breves considerações sobre perspectivas de possibilidades no Brasil diante das limitações postas pelo Conselho Federal de Medicina. Ainda no que toca ao recorte de objeto, tem-se que o foco do trabalho foi vertido especialmente à relação entre gestante e beneficiários, reconhecendo-se, todavia, a indispensabilidade da formação de negócios entre cada um deles e a clínica/hospital (formando negócios coligados), sobre os quais também foram tecidas breves considerações.

Assim sendo, e decerto que sem pretensão de esgotamento do tema, objetivou-se um aprofundamento de estudos que promovesse o debate sobre possibilidades já resguardadas pelo ordenamento jurídico brasileiro atual que viabilizem o ultrapassar das limitações normativas deontológicas existentes em relação à gestação de substituição – especialmente quando se percebe que a realidade clama pelo atendimento de necessidades de pessoas que lutam por reconhecimento e que, ao optar por agir a despeito das limitações colocadas às suas escolhas (sem que essa limitação seja oriunda de órgão representativo do corpo social), *veem-se desprotegidas, tudo a pretexto de uma proteção* à sua dignidade, sobre cujo conteúdo essas próprias pessoas não foram chamadas a participar.

2 EM BUSCA DE INSTITUTOS E MODELOS JURÍDICOS PARA UMA TUTELA QUALITATIVAMENTE ADEQUADA PARA AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DA PESSOALIDADE

2.1 Evolução da autonomia privada e a formulação da autonomia negocial como uma de suas vertentes

Sob a égide do Estado Liberal, a vontade individual e a liberdade gozavam de ampla supremacia, de modo que competia ao Estado uma atuação apenas negativa, no sentido de tão só garantir que os direitos reservados aos cidadãos não sofressem indevida interferência. Pressupunha-se a existência de igualdade entre os civis emanada de uma distribuição de direitos equivalentes para todos, os quais independiam de suas características pessoais e sociais.

Esse contexto de igualdade eminentemente formal entre as pessoas permitia que a atuação da vontade individual praticamente não fosse limitada pelo Estado, de tal forma que as negociações realizadas, desde que não desrespeitassem formalmente as regras estruturais positivadas, teriam ampla eficácia independente de seu conteúdo. Por essa razão, correlaciona-se ao Estado Liberal a expressão “autonomia da vontade”, a demonstrar a primazia tida pelo elemento volitivo.

Contudo, como é sabido, o tratamento igualitariamente formal entre as pessoas desconsidera a realidade, tendo em vista que as vicissitudes sociais, políticas e até mesmo jurídicas da vida acabam por propiciar inescapáveis diferenças entre um e outro cidadão, ou entre um e outro grupo de cidadãos. Por isso, o contexto liberal se tornou insustentável por deixar desprotegidas coletividades que eram, na prática, mais vulneráveis que outras, submetidas as primeiras ao arbítrio das segundas, o que aflorou urgente necessidade de atuação estatal para a garantia de igualdade substancial, igualando desiguais.

Teve início, dessa forma, o declínio da “autonomia da vontade”, começando-se a delinear uma “autonomia privada” pela qual a solidariedade social e interesses coletivos de grupos mais vulneráveis se sobreporiam a interesses e vontades individuais ou de grupos determinados. Do ponto de vista contratual, tornou-se necessário o desenvolvimento e a aplicação de novos princípios, voltados exatamente à superação da aplicação pura e simples do *lassaiz-faire* e da ausência de interferência do Estado nas relações subjetivas. “O contrato deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia da vontade, para desempenhar uma função social” (FIUZA; MARQUES, 2012, p. 219). Como ensina Ana Carolina Brochado Teixeira:

Com o Estado Social, muitas modificações ocorreram (...). A sociedade passou a criar novas formas de se relacionar, razão pela qual o modelo tradicional de contrato não mais atendia às aspirações de então. Contratos de massa, de adesão, passaram a conviver com as relações negociadas, que já não eram mais maioria. Por isso, outros princípios passaram a reger essas relações. Dentre eles, podemos nomear a boa-fé objetiva, a função social e a justiça contratual, além do princípio da dignidade da pessoa humana (...). Desta forma, todas as relações jurídicas passaram a servir à nova diretriz normativa, razão pela qual também as relações patrimoniais passaram a se funcionalizar à pessoa humana (TEIXEIRA, 2012a, p. 223).

Foi-se, no entanto, ao extremo oposto, na medida em que os excessos de interferência de um Estado Social paternalista nas relações privadas fez agigantar o aparato estatal a ponto de inviabilizar sua atuação em momentos de crise – quando pela diminuição da arrecadação sua capacidade de atuação resta prejudicada, exatamente quando a população (que com ele desenvolveu grande relação de dependência em virtude do próprio modelo) mais o requisita (SOUZA, 2012, p. 179).²

A falência do Estado Social demandou a busca por um modelo estatal de equilíbrio entre os extremos predecessores, apto à realização de intervenções adequadas, todavia, apenas quando necessário e sem excessos. Tem-se, desse modo, a ascensão de um Estado de Direito plural e democrático, momento que no Brasil se identifica fortemente com o advento da Constituição Federal de 1988, marco do início do processo de redemocratização e da intensa preocupação com a colocação do homem historicamente considerado em posição central do ordenamento jurídico, ao indicar já em seu primeiro artigo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

“Mesmo nas situações referentes à propriedade, ao crédito, dentre outras, tidas como patrimoniais, o centro de gravidade é a pessoa humana e sua dignidade, que deve ser promovida e protegida” (FIUZA; MARQUES, 2012, p. 208). Assim, aprimorou-se o novo tratamento direcionado às relações subjetivas patrimoniais, iniciado no contexto do Estado Social, submetendo e funcionalizando a própria ordem econômica à finalidade de assegurar às pessoas uma existência digna:

² É importante a observação feita por Cimon Hendrigo Burmann de Souza no sentido de que “não há como negar que o verdadeiro modelo de Estado Social passou muito distante da nossa realidade [brasileira], ficando restrito aos países desenvolvidos. Estes, por meio de instituições consolidadas e fortes, muito caminharam no reconhecimento das conquistas sociais. (...) enquanto na Europa e EUA as intervenções estatais implicavam melhoria considerável na qualidade de vida, na América Latina, o Estado, ao interferir nas relações econômicas, o fazia de forma desastrosa, criando cabides de emprego e fontes intermináveis de corrupção. Tudo isso fez com que o Estado se agigantasse, deixando de lado funções essenciais, como saúde, educação e segurança, para interferir em outras não tão relevantes” (SOUZA, 2012, p. 175). É certo, contudo, que não obstante referidas diferenças, seja no Brasil, seja globalmente, a falência do Estado Social deu-se por razão semelhante: o agigantamento do Estado paternalista.

Não obstante o contrato seja um veículo econômico no tráfego jurídico, destinado à transferência de titularidades, também se vinculou ao valor primordial da pessoa humana. Para comprovar tal afirmativa, basta remetermos ao art. 170 da Magna Carta, que trata da ordem econômica, o qual determina a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, submetendo, portanto, o aspecto patrimonial ao existencial (TEIXEIRA, 2012a, p. 223-224).

Todavia, tendo em vista que a atenção da seara privatista esteve sempre mais voltada à patrimonialidade – ainda que relida e funcionalizada à promoção da dignidade – a tutela da pessoa humana em todas as suas dimensões, como a que se aflora a partir do novo modelo estatal democrático de direito, demandou continuidade da reconstrução de paradigmas do direito privado. O próprio Código Civil de 2002, que é posterior à Constituição, já *nasceu velho*, carregado de uma visão primordialmente patrimonial – adequada à época de sua elaboração, já que seu projeto foi concluído e publicado em 1972, com tramitação iniciada em 1975 e com uma série de emendas ao longo de quase trinta anos até a sua promulgação (ROBERTO, 2008, p. 70).

Por isso, a mencionada funcionalização dos institutos à promoção da dignidade e o aflorar da relevância da tutela da dimensão existencial da pessoa impuseram também a releitura da própria autonomia privada. Nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira,

As reflexões normativas que se desenvolvem na atualidade perpassam a autonomia privada, projetada como fruto de autodeterminação, agregada a um vínculo de interdependência social, em que individualidades se constituem e se reconstituem. Não se trata de uma autonomia individual caracterizada pelo isolacionismo dos séculos XVIII e XIX, quando o indivíduo acreditava construir a si mesmo negando qualquer rede de interlocução. Tampouco, se trata de compreender a autonomia individual subjugada à autonomia pública, caracterizada pelo coletivismo do final do século XIX e início do século XX.

O que a democracia está a exigir do Direito Civil, na atualidade, é que as reflexões sobre autonomia privada perpassem, tanto a ação do indivíduo na determinação daquilo que é individual (construção da personalidade), quanto a legitimidade do ordenamento normativo, decorrente do reconhecimento e da efetivação da liberdade na convivência com os outros (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 1).

Em suma, a exigência contemporânea é de que o Direito se legitime na medida em que garanta à pessoa a autoconstrução de sua personalidade na alteridade, reconhecendo-a como sujeito dotado de especificidades próprias e assegurando seu desenvolvimento em um contexto comunicativo livre, inclusive com “a possibilidade del[e] não se conformar ou mesmo se mostrar hostil aos valores reconhecidos publicamente” (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 4). Daí porque o Estado busca se afirmar plural e democrático, onde “a diversidade é a chave da

convivência social e, quiçá, a causa das calorosas discussões acerca das ambições que se pode esperar do Direito moderno” (SÁ, MOUREIRA, 2017, p. 7).

Conquanto tenha sido imprescindível a evolução do tratamento da autonomia – que se transmudou de autonomia da vontade para autonomia privada em prol da consolidação da igualdade material –, é possível depreender que o conceito bem como todo o seu transformar até o advento do Estado Democrático de Direito seguiram afeitos às relações patrimoniais, restando o seu conteúdo ainda incompleto diante das prioridades colocadas pelo novo modelo estatal. Antes desse novo modelo estatal, situações pessoais e existenciais – que igualmente clamam por tutela, já que a realidade impõe que também (e especialmente) possam vir a ser objeto de autorregulamentação para viabilizar a construção da personalidade – deixavam de ser tratadas como fenômeno jurídico.³

Nesse sentido, Pietro Perlingieri caracteriza a autonomia privada, em linhas gerais, como um poder reconhecido pelo ordenamento a um indivíduo ou grupo para determinar efeitos jurídicos a partir de comportamentos assumidos livremente. Indica, contudo, que essa fórmula esconde por trás de si que regras jurídicas traduziam apenas as relações de força mercantil, quando o giro de perspectiva trazido pela Constituição – referindo-se o autor à da Itália, ao passo que é possível observar idêntico fenômeno com a Constituição brasileira – levou ao centro do ordenamento a manifestação de uma liberdade que não se identifica com a iniciativa econômica, mas que a ultrapassa e a si a subordina: a liberdade da pessoa (PERLINGIERI, 2007, p. 17).

Necessário, portanto, buscar ou delinear categorias mais amplas, capazes de abarcar *outros* aspectos nos quais a autonomia se manifesta, que não nas situações subjetivas patrimoniais. Apenas assim o direito privado terá condições de abarcar os projetos de vida possíveis, os quais não se descolam da dimensão existencial da pessoa, conforme exigência de nosso Estado de Direito que, como visto, se propõe plural e democrático:

No marco democrático, o Direito Civil se apresenta como uma realidade normativa construída argumentativamente a partir de problemáticas que se descortinam em uma sociedade marcada pela diversidade. É por tal razão que o método que o civilista deve se valer para compreender o Direito Civil pressupõe, necessariamente, a percepção de uma sociedade que se constitui a partir de ações e interações normativamente integradas, sem um modelo fixo e determinado. Isso porque os projetos de vida que se descortinam no seio social e demandam do Direito Civil reconhecimento, devem encontrar respaldo em orientações normativas mais abrangentes e gerais, possibilitando acolhimento, na maior medida possível (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 1-2).

³ (...) as situações existenciais eram desconhecidas enquanto fenômeno jurídico. Logo, os particulares apenas regulavam relações atreladas à patrimonialidade (TEIXEIRA; RETTORE; SILVA, 2016, p. 322).

É por essa razão que Perlingieri aponta a necessidade de reconhecimento de uma vertente da autonomia privada que englobe e *ultrapasse* a dinâmica contratual e patrimonializada – ao passo que conceitua, nesse sentido, o que nomeia *autonomia negocial* – ou as “orientações normativas mais abrangentes e gerais”, mencionadas por Sá e Moureira. A identificação dessa vertente é oriunda do reconhecimento de que, no âmbito da negociabilidade privada, o negócio jurídico é categoria mais ampla que o contrato, estando este último ligado às situações patrimoniais. Por essa razão, mostra-se o primeiro capaz de abarcar demais situações jurídicas: “Como categoria mais ampla do que o contrato coloca-se o negócio jurídico, ao qual se intenciona reconduzir toda manifestação de autonomia, patrimonial ou não” (PERLINGIERI, 2007, p. 18).

Nesse sentido, a autonomia negocial *lato sensu* liga-se ao gênero “negócio jurídico”, de qualquer forma ou conteúdo, quando a autonomia contratual é mais restrita, referente apenas à espécie “contrato” (negócio jurídico caracterizado pela pluralidade de partes – bi ou plurilateral – e pelo seu conteúdo patrimonial) (BARBOZA, 2008, p. 412-413). Desse modo, uma vez que a autonomia contratual já abarca as espécies contratuais, é possível afirmar que a autonomia negocial *stricto sensu* se presta a referenciar a manifestação de autonomia especialmente em negócios jurídicos “não contratuais”: os unilaterais e os de conteúdo extrapatrimonial.

Esta doutrina permite a compreensão da autonomia não só de modo mais amplo, como mais próximo do seu verdadeiro significado, a partir do momento que a desvincula da patrimonialidade. Incluem-se no seu âmbito múltiplas manifestações de caráter intrinsecamente não patrimonial, mas que têm fundamentos constitucionais. Por outro lado, Perlingieri deixa clara a inadequação dos atos de autonomia negocial de conteúdo *não* patrimonial aos moldes contratuais, criados para atender à “lógica individualista do ter” (BARBOZA, 2008, p. 414).

Em síntese, e para fins de acerto semântico, a releitura do instituto da autonomia privada (ou autonomia negocial *lato sensu*, que neste trabalho será sempre referida como “autonomia privada”) leva à identificação de suas duas vertentes: a autonomia negocial *stricto sensu* (a qual será tratada apenas por “autonomia negocial”) e a autonomia contratual.

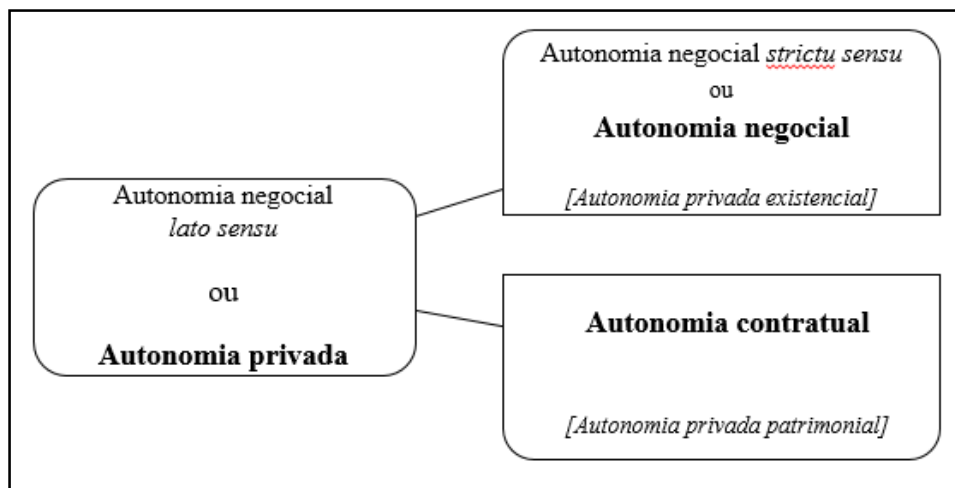
De maneira semelhante, mas se referindo à autonomia negocial como “autonomia privada existencial”, Rafael Esteves e Renata Vilela Multedo também lecionam:

O conceito de liberdade hoje em muito supera a concepção clássica da autonomia privada de lógica individualista e patrimonialista. No âmbito da autonomia privada existencial esse conceito deve ser concebido como aspecto da dignidade da pessoa humana que permite o livre desenvolvimento da personalidade (...). Com efeito, essa visão cada vez mais ampla da autonomia existencial requer uma análise que ultrapassa

a questão do poder de decisão que um sujeito de direito tem sobre a sua própria vida (ESTEVES; MULTEDO, 2012, p. 334).

Portanto, tem-se:

Quadro 1 – Acerto semântico



Fonte: Elaboração pela autora.

É de fundamental importância a compreensão de que a autonomia negocial e a contratual possuem fundamentos diversificados, o que dá azo à diferenciação de sua natureza assim como de sua posição privilegiada uma em relação à outra pois, como já dito, a tutela da pessoa – e sua dignidade – foi alçada a fundamento da República. Assim, enquanto a autonomia contratual funda-se na garantia constitucional da iniciativa econômica privada (a qual, como visto, é por si funcionalizada à promoção da dignidade da pessoa), as negociações referentes às situações subjetivas não-patrimoniais devem ser colocadas em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (PERLINGIERI, 2007, p. 18-19).

O reconhecimento da capacidade de autorregramento dos indivíduos, seja no aspecto patrimonial ou existencial de sua vida, apresenta-se como assunção da *linguagem* “como *medium* capaz de constituir ou reconstituir uma realidade compartilhada intersubjetivamente, em constante reflexão de si mesma”, capaz de ser “utilizado como instrumento normativo que visa a efetivação das relações de reconhecimento formadoras das personalidades” (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 2).

Tem-se nos conceitos delineados de autonomia privada e autonomia negocial, portanto, a releitura de um dos mais primordiais institutos de direito privado, a dar ensejo a uma tutela qualitativamente diversa e adequada para o exercício das possíveis manifestações da personalidade.

2.2 Situações jurídicas subjetivas patrimoniais, existenciais e dúplices

A categoria dos direitos subjetivos sempre assumiu predominante relevância no estudo do direito privado: “A concepção tradicional de relação jurídica está intimamente ligada à de direito subjetivo, por ser este um aspecto daquela” (SÁ; NAVES, 2015, p. 74). Tanto é assim que, no primeiro volume das Instituições de Direito Civil de Caio Mário da Silva Pereira, o direito subjetivo é tratado com destaque logo no Capítulo II, ao qual empresta seu nome. Nele, trata-se de sua caracterização e, secundariamente, da enumeração de outras situações jurídicas subjetivas como o direito potestativo e o poder jurídico, sendo certo, inclusive, que o conceito de relação jurídica é depreendido exclusivamente a partir dos direitos subjetivos e não das demais situações jurídicas mencionadas (PEREIRA, 2007, p. 31-39):

5. Conceito de direito subjetivo. Outras situações jurídicas subjetivas
(...) O direito subjetivo, traduzindo, desta sorte, um poder no seu titular, sugere de pronto a idéia de um *dever* a ser prestado por outra pessoa. Quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja este determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa obviamente de uma *relação jurídica*, que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula *poder-dever*: poder do titular de direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito. O *dever* pode ser um de tipo variável: dar, tolerar ou abster-se; enquanto o *direito* será sempre o mesmo, isto é, o *poder de exigir o cumprimento do dever* (PEREIRA, 2007, p. 31-36).

Na mesma esteira, autores contemporâneos como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também tratam do direito subjetivo à guisa de introdução ao estudo do Direito Civil, em uma relação de complementaridade e oposição com o chamado “direito objetivo” representado pela própria norma, de forma tal que o direito subjetivo representaria categoria genérica para a tutela dos direitos das pessoas protegidos pelo ordenamento: “Em suma-síntese: o direito objetivo refere-se ao ordenamento jurídico vigente, enquanto o direito subjetivo diz respeito ao poder que o titular tem de fazer valerem seus direitos individuais” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 4).

Eduardo Nunes de Souza observa que “tradicionalmente, a única situação jurídica subjetiva a atrair atenção mais minuciosa por parte da doutrina tem sido o direito subjetivo” (2015, p. 5), onde em geral se contrapõe – como efetivamente feito pelos demais autores citados – “à hipótese fática abstrata (*norma agendi* ou direito objetivo) a hipótese fática concreta (o fato jurídico), cuja verificação ocasionava o surgimento do chamado direito subjetivo (*facultas agendi*)” (SOUZA, 2015, p. 5).

Tamanha a predominância da identificação de situações jurídicas existentes com a categoria do direito subjetivo que Caio Mário chega a indicar que também os direitos da personalidade nela se colocariam, garantindo aos seus titulares um direito de ação face a qualquer pessoa pública ou privada que os viole (evidenciando seu entendimento por uma tutela negativa dessa classe de direitos), tal qual nas próprias relações de crédito:

Nas situações em que o indivíduo realiza a liberdade, ou as suas atividades, visando a fins econômicos ou hedonísticos, vemos direitos subjetivos (os *direitos da personalidade*) tão nitidamente caracterizados quanto os que traduzem as relações de crédito, porque implicam um poder de ação do indivíduo, seja contra qualquer outro que se oponha à sua efetivação, seja contra o próprio Estado, se é um agente seu que transpõe o limite entre a harmonia social e a esfera individual (PEREIRA, 2007, p. 37).

É de destacável importância, no entanto, o conceito de “situação jurídica subjetiva” – que, como visto, já fora referenciado por Caio Mário da Silva Pereira, sem que, contudo, tenha conferido a essas situações a relevância como gênero capaz de abarcar os variados efeitos possíveis gerados a partir dos fatos jurídicos como um todo, o que vai além da categoria única dos direitos subjetivos.

Eduardo Nunes de Souza explica que o conceito de situação jurídica subjetiva foi difundido pela obra do jurista francês Paul Roubier, em substituição à tradicional concepção de direito subjetivo (o qual sequer incidiria na maioria dos casos possíveis), tendo sido então classificada como gênero e definida como um complexo de direitos e deveres oriundo do encontro entre as *fattispecie* abstrata e concreta, isto é, entre a norma e o fato jurídico (SOUZA, 2015, p. 5). Diz-se gênero porque, como leciona Pietro Perlingieri, “fazem parte do conceito geral de situação jurídica, por exemplo, o direito subjetivo, o poder jurídico (*potestà*), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc.; trata-se sempre de situações subjetivas” (PERLINGIERI, 2008, p. 105), as quais serão em detalhe estudadas posteriormente.

Didaticamente, a definição dada por Eduardo Nunes de Souza é no sentido de que “os efeitos por excelência dos fatos jurídicos na ordem civil consistem nas situações jurídicas subjetivas”, as quais podem ser previstas pelos agentes que participam do ato ou resultar diretamente da aplicação da lei, mas que, de uma forma ou de outra, “a situação subjetiva será sempre a repercussão jurídica do fato concreto” (2015, p. 2), repercussão jurídica esta que se traduz exatamente nas formas assumidas pela situação (direito subjetivo, poder jurídico, etc.).

Importa, com isso, demonstrar que a análise das situações jurídicas subjetivas como conceito-gênero em lugar do foco quase que exclusivo sob os “direitos subjetivos” abre caminho para abarcar situações da realidade que não se encaixam na perspectiva de oposição

entre poder/dever ou débito/crédito, que lhes é tão característica – como se pode depreender da já mencionada definição de direitos subjetivos feita por Caio Mário da Silva Pereira. Assim, também se altera o conceito de relação jurídica, que passa de um dos elementos do direito subjetivo⁴ à categoria mais ampla de ligação entre situações jurídicas subjetivas:

A relação sob o perfil estrutural é relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples correlação (*collegamento*) (assim, entre *potestà* e interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (assim, nas obrigações onde a situação devedora contrapõe-se àquela creditora). (...) A relação é, no seu perfil funcional, um conjunto de cláusulas, preceitos, prerrogativas, atribuições, isto é, um regulamento (...). Ela assume uma disciplina segundo a sua causa, a qual é expressão da sua disciplina: o aspecto funcional e aquele causativo exprimem a mesma exigência, isto é, individuar e completar uma relação entre situações subjetivas (PERLINGIERI, 2007, p. 117).

Como exposto, além do próprio direito subjetivo, também se incluem entre as possíveis situações jurídicas o direito potestativo, quando “não há direito contraposto a dever, senão a possibilidade de interferência na esfera jurídica alheia para a tutela de interesse próprio, restando ao titular do centro de interesses atingido submeter-se passivamente àquela ingerência” (TEPEDINO, 2004, p. 40), como é o caso do direito ao divórcio desde o início da vigência da Emenda 66/2010:

O chamado direito potestativo, dito também discricionário ou poder formativo, representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder (PERLINGIERI, 2007, p. 123).

Tem-se, outrossim, as chamadas “situações de poder” ou “poder jurídico”, pelas quais é também possível a interferência na esfera jurídica de outra pessoa, neste caso, contudo, visando não a interesse próprio, mas ao melhor interesse da pessoa que sofrerá referida ingerência – poder este usualmente atribuído em razão da vulnerabilidade de determinados grupos, como é o caso da autoridade parental, um poder jurídico dos pais em relação e exercível sempre no interesse dos filhos (TEPEDINO, 2004, p. 8).

Pietro Perlingieri trata a autoridade parental como um direito-dever, uma situação subjetiva complexa composta de poderes e de todos os deveres que a eles se relacionam, chamando-a de “verdadeiro ofício” pelo qual o fundamento da atribuição de poderes é

⁴ Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, “São estes, em resumo, os elementos essenciais do direito subjetivo: o *sujeito*, que tem o poder de exigir; o *objeto*, que traduz a satisfação daquele poder; e a *relação* ou *vínculo jurídico*, que é o meio técnico de que se vale a ordem legal, para a integração efetiva do poder da vontade” (2007, p. 45).

exatamente o dever de exercê-los, não de forma arbitrária, mas sim no interesse de outrem (e da coletividade, que valoriza na tutela desse outrem também um interesse seu), como são, além da autoridade parental, a tutela e a curatela (PERLINGIERI, 2007, p. 129).

Por sua vez, existe também a figura do “interesse legítimo”, situação subjetiva correlata à da *potestà*, por ela criada no centro de interesse da pessoa que é alvo da atuação do poder jurídico – o filho, o tutelado, o curatelado. “O interesse legítimo atribuído a determinados sujeitos permite que sejam considerados terceiros qualificados, isto é, interessados a que o ofício seja realizado de modo vantajoso para o menor” (PERLINGIERI, 2007, p. 131), permitindo que determinadas pessoas que demonstrem possuir legítimo interesse de proteção ao vulnerável, mas que não são detentoras da *potestà*, atuem em prol dele ou exijam do responsável modificações ou explicações sobre a sua atuação.

Outro tipo existente de situação jurídica subjetiva são os ônus jurídicos, definidos “como aquele dever a ser necessariamente observado por seu titular caso deseje auferir determinado benefício ou evitar certo malefício” (SOUZA, 2015, p. 17). Pietro Perlingieri menciona tratar-se de “uma obrigação potestativa, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não”, que “representa uma situação instrumental para alcançar um resultado útil (interesse) do titular” (2007, p. 128), sendo ilustrativo o exemplo dado por Eduardo Nunes de Souza quanto ao ônus da prova, pelo qual quem alega não é juridicamente exigido ou obrigado a provar, contudo, deixará de se beneficiar de suas alegações nos autos se não vier a prová-las. Enquanto a obrigação “é a subordinação de um interesse do obrigado ao interesse de outrem, o ônus [ou obrigação potestativa] é subordinação de um interesse do onerado a um (outro) interesse próprio” (CARNELUTTI *apud* SOUZA, 2015, p. 21).

Ainda sobre a caracterização das situações subjetivas, desta vez não com relação aos efeitos (repercussões jurídicas), mas quanto a seu objeto (caracterizado pelo interesse – ou interesses – que envolve), leciona Pietro Perlingieri:

De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais.

No ordenamento privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) (...) (PERLINGIERI, 2007, p. 106).

Nesse ponto, é de se dizer que Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves fazem justa crítica à formulação conceitual de situação jurídica subjetiva de

Pietro Perlingieri. Identificam que o esforço realizado pelo autor ao identificar as situações como centros de interesses – o que ele liga inexoravelmente à afirmação de que “o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade” (PERLINGIERI, 2007, p. 107) – acaba por remeter a uma visão axiológica do Direito, ao depender de uma valoração subjetiva desse interesse:

Mas o interesse corresponde à medida de utilidade de um bem, o que é muito perigoso a uma aplicação do Direito comprometida com a realização da democracia, em razão de se deixar ao legislador ou à própria coletividade o poder de determinação sobre aquilo que se configura utilidade e, por consequência, interesse jurídico para todos nós, abstratamente.

Embora Perlingieri se liberte da noção clássica de direitos subjetivos e de relação jurídica, acaba por se prender à concepção de situação como interesse, o que por si só não conduz à normatividade necessária à construção de soluções jurídicas (SÁ; NAVES, 2015, p. 76).

É possível, de fato, perceber que a conceituação de situações jurídicas subjetivas como centros de interesses para Perlingieri guarda, ao fim e ao cabo, viés valorativo, na medida em que o autor defende um juízo de *merecimento de tutela* dos atos, seguindo premissas constitucionais: “(...) o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, [de modo que] o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela” (PERLINGIERI, 2007, p. 92).

Torna-se preciso, por conseguinte, ressaltar que conquanto seja intenção do presente estudo partir do conceito de situações jurídicas delineado pelo autor, inclusive correlacionando-o de fato com centros de interesses, o que se pretende não é a valoração dos interesses, mas tão somente a identificação de quais interesses estão ou não objetivamente presentes em cada uma das situações concretamente consideradas. Assim, afigura-se possível utilizar a concepção delineada por Pietro Perlingieri referente às situações jurídicas subjetivas – bem como o escapar da clássica e redutora noção de direito subjetivo, ampliando o alcance da tutela jurídica às necessidades existenciais do humano – sem, ao mesmo tempo, adentrar no campo da valoração eminentemente subjetiva.

Em lugar do juízo de merecimento de tutela, impõe-se a assunção do “Direito como instrumento dialógico capaz de efetivar uma realidade social, construída e reconstruída através de processos comunicativos que se perfazem em um contexto democrático de convivência”, permitindo que “o processo de racionalização comunicativa do mundo da vida seja associado

às experiências reais dos interlocutores” (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 3), assim assegurando suas diversificadas expectativas.⁵

Não se trata, portanto, de uma identificação com escolhas do legislador ou da coletividade, mas sim da problematização e construção comunicativa feita continuamente pelos interlocutores quanto à sua própria realidade. Isso, de fato, melhor parece se adequar à pluralidade esperada de nosso novo marco político democrático, dando guarida inclusive a situações rechaçadas coletivamente, mas indispensáveis ao desenvolvimento de personalidades diferenciadas, desde que mediante o exercício da interação com o outro e, assim, a participação da pessoa no preenchimento do conteúdo de uma verdade que não é imposta, mas continuamente construída (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 4).

Pois bem. Da delineação conceitual de situações jurídicas subjetivas, nota-se a existência de uma distinção entre as de conteúdo patrimonial e de conteúdo existencial, nestas últimas incluídos os direitos da personalidade, como classe que constitui categoria própria – diversamente do já mencionado entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, segundo o qual direitos da personalidade teriam necessariamente a estrutura de direitos subjetivos, como direito de ação garantido a seus titulares em face de quem os viole (PEREIRA, 2007, p. 37).

Nesse sentido, Pietro Perlingieri indica que as discussões dogmáticas sobre a categoria dos direitos da personalidade devem ser superadas – se direito subjetivo, se poder jurídico, interesse legítimo, faculdade, poderes. Os direitos da personalidade representam uma complexidade de situações que ora se apresentam na forma de uma dessas outras categorias, ora não se identificam com qualquer delas. Por isso, afirma:

Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade de valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas (PERLINGIERI, 2007, p. 155).

⁵ Aproxima-se a visão aqui expendida à exposta por Sá e Naves à luz dos ensinamentos de Lúcio Antônio Chamon Júnior, com relação ao que denominam “centros de imputação de liberdades e não liberdades” ou “centros de imputação normativa”. O exemplo dado atine à pessoa já falecida, não mais dotada de personalidade jurídica: o morto insere-se em um centro de imputação normativa, que a despeito da inexistência de sujeito impõe a outros centros abarcados pelo ordenamento deveres, ônus, sujeições e faculdades: “não se precisa reconhecer ao morto, ou à sua família, direitos da personalidade, para reconhecermos uma esfera de não liberdade infringida por alguém. O morto não é titular de direito, mas sobre ele consubstancia-se a situação de dever jurídico. Esse dever tem-no como objeto de proteção. (...) Portanto, se alguém lesiona ‘a honra ou a imagem do morto’, não ofende direitos – até porque esses não existem –, mas viola deveres (...) [determinando] a imputação de responsabilidade àquele que infringiu uma esfera de não liberdade” (SÁ; NAVES, 2015, p. 85-86).

É importante a assertiva do autor no sentido de que a personalidade é base de uma série aberta de situações existenciais, que *não necessariamente* assumem a forma de direito subjetivo, devendo a elasticidade de seu conteúdo figurar como instrumento para a realização de formas de proteção, ainda que atípicas, da pessoa ilimitadamente, salvo os limites colocados em prol de si mesmo ou de outras pessoas (PERLINGIERI, 2007, p. 155-156).

Novamente, é de se ressaltar a importância do salto de perspectiva em face da visão exclusivamente voltada aos direitos subjetivos, especificados segundo a lógica patrimonial. O tratamento das situações jurídicas subjetivas como categoria mais ampla abre espaço não apenas para formulações de tutela de outras situações patrimoniais, como também, e principalmente, para tutelar manifestações da personalidade – de igual ou, como é cediço, ainda maior importância, porque especificamente voltadas ao livre desenvolvimento das pessoas – que restavam outrora negligenciadas pelo ordenamento jurídico, como se não coubessem à sua alçada quando, na verdade, desde sempre clamaram por receber tratamento adequado às suas peculiaridades.

Em síntese, é certo que isso não apenas viabiliza a inclusão das situações subjetivas existenciais como alvo de proteção, como também propicia o oferecimento de uma tutela qualitativamente diversa, adequada às suas vicissitudes que, no mais das vezes, impedem sua formatação segundo um raciocínio eminentemente econômico.

Nessa toada, e exatamente porque situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais atraem formas de tutela de conteúdos distintos, torna-se cabível perquirir quais deverão ser os parâmetros (e se é possível essa definição em todos os casos) para classificar os fatos jurídicos e seus efeitos como atinentes a uma ou outra categorização, patrimonial ou existencial.

2.2.1 Critério funcional de classificação das situações jurídicas subjetivas entre patrimoniais e existenciais e a identificação de situações jurídicas subjetivas dúplices

Como já exposto, em prol da determinação de parâmetros propícios para a classificação do conteúdo das situações jurídicas subjetivas, Pietro Perlingieri indica ser necessário identificar o interesse subjacente à atuação, que pode ser eminentemente patrimonial ou existencial, podendo, ainda, coexistir, na medida em que “algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais” (PERLINGIERI, 2007, p. 106) – ou como asseveram Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, porque

tanto as situações jurídicas existenciais quanto as patrimoniais são igualmente formas de manifestação da personalidade, não sendo incompatível afirmar que ações patrimoniais se prestam à realização de interesses existenciais (2017, p. 8).

Repise-se, com relação à identificação do interesse subjacente à situação jurídica subjetiva, que se pretende a percepção objetiva da sua presença e do seu conteúdo, com o fim exclusivo de identificação do tipo específico de tutela que deve atrair – já que, como visto, situações patrimoniais e existenciais possuem diferentes fundamentos e pormenores, atraindo, por conseguinte, formas de tutela distintas – sem que com isso se pretenda paralelamente valorar o tipo de interesse identificado, definindo-o como mais ou menos útil.

Isso exposto, é de se reconhecer que, da análise em concreto das situações jurídicas subjetivas, o intérprete se depara com casos de verdadeira impossibilidade de distinção quanto à predominância de um ou outro interesse, que podem estar presentes *em igual medida e ao mesmo tempo*, como ensina Rose Melo Vencelau Meireles:

Nem sempre será possível afirmar que uma relação jurídica é existencial ou patrimonial, pois não é raro que ambos os interesses estejam nela envolvidos. As situações jurídicas podem refletir interesses existenciais e patrimoniais ao mesmo tempo. E isto não porque a relação patrimonial é funcionalizada à promoção de valores existenciais, como ocorre em todos os institutos jurídicos, mas sim porque é composta de situações existenciais e situações patrimoniais (MEIRELES, 2009, p. 47-48).

O sentido jurídico de uma tal afirmativa encontra guarida na impossibilidade de que grande parte das situações subjetivas possam ser encaradas de uma maneira atomística, como reflexo de um interesse capaz de se isolar da complexidade representada pelas ações humanas reunindo fundamentos e propósitos diversificados. É por isso que as situações subjetivas assumem, por si, configurações igualmente complexas, compostas por vezes “tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus (...) [sendo que] em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto” (PERLINGIERI, 2007, p. 107). Isto é, as situações subjetivas não podem ser simplificadas e resumidas a isoladas caracterizações, já que por vezes envolvem uma série delas, tão ricas e entrelaçadas como são as próprias experiências humanas.

Pela mesma razão, torna-se possível afirmar que as situações subjetivas não constituem uma relação entre *sujeitos* – havendo casos em que sujeitos sequer existem e ainda assim se identifique a existência de uma situação⁶ – mas em centros de interesses: “o sujeito não é parte

⁶ “O sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tutelados pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular. (...) existem hipóteses,

imane da situação subjetiva e (...) esta última constitui um interesse – ou um centro de interesses mais ou menos complexo” (PERLINGIERI, 2007, p. 108).

Ressalvadas, portanto, as dificuldades intrínsecas à classificação dos interesses envolvidos para fins de identificação da tutela que devem atrair do ordenamento jurídico, Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder propuseram-se a buscar critérios para essa classificação, de pronto já identificando a existência de “nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade”.

Expõem os autores que, a princípio, parece uma obviedade tal separação quando confrontadas propriedade, crédito e empresa, em face de direitos da personalidade e direitos de família, situações nas quais o próprio objeto e o interesse envolvidos já são satisfatórios para uma clara indicação da tutela pretendida, ou pelo menos quanto à predominância de uma frente à outra, por haver situações existenciais com repercussões patrimoniais e vice-versa. A dificuldade se põe especialmente se alcançadas zonas ainda mais cinzentas: quando o interesse envolve os dois aspectos em graus semelhantes (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 3-4), impondo-se o reconhecimento de sua natureza dúplice.

Nesses casos, o critério de classificação das situações jurídicas indicado por Perlingieri (verificação do interesse subjacente à situação) torna-se insuficiente, exatamente porque há casos em que o próprio interesse tem natureza dúplice, inviabilizando uma específica individuação de um e de outro. Por essa razão, propõem a adoção de um critério funcional:

Embora o perfil do interesse e de efeito sejam também importantes para se refletir acerca da normativa aplicável a cada situação, hoje o perfil funcional é o mais relevante nessa distinção, pois utiliza o recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas as circunstâncias que o caso determina, através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva. A ideia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo, portanto, um conceito contextual e socialmente construído. Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional. Por isso, descobrir sua função é mais importante do que investigar seus aspectos estruturais (...). Não se trata de abandonar o exame da estrutura, mas de ultrapassar essa etapa no processo hermenêutico (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 6-7).

determinadas e específicas, nas quais um centro de interesses é juridicamente relevante apesar da inexistência (o não nascimento) do sujeito titular do interesse”. Perlingieri identifica, como exemplos, casos de tutela de interesses de nascituros concebidos, de pessoas ainda não nascidas, ou da pessoa após a sua morte (2007, p. 107-111). Em sentido semelhante, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves dizem que “A situação jurídica, repita-se, pode contemplar violação de deveres institucionais, independentemente da existência de personalidade e de direitos correlatos” (2015, p. 86).

Conquanto a análise funcional não seja expressamente proposta como critério por Perlingieri, pode-se entendê-la implícita, já que ele próprio afirma que “em toda noção jurídica encontra-se uma estrutura e uma função” (2007, p. 116) – o que torna obrigatório reconhecer a adequabilidade da indicação à sua teoria. Assim, não se busca exclusivamente a análise sobre o que o interesse “é ou não é” (se, por si, é existencial ou patrimonial), indo-se além com a perquirição sobre *para que serve*, qual é o seu propósito e finalidade, o que deverá constituir parte preponderante da análise a fim de se concluir sobre seu conteúdo: “pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função” (PERLINGIERI, 2007, p. 94).

Interessante a ressalva, no entanto, de que a intenção não é o estabelecimento de uma nova dicotomia. Como já esclarecido, é certo que as situações patrimoniais guardam como finalidade indireta também o livre desenvolvimento da pessoa, de modo que a separação feita pelo critério indicado ainda assim assume a ocorrência de uma complementaridade intrínseca (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 8). Trata-se, no entanto, de indagar sobre as funções imediatas e não sobre as mediatas para fins de uma adequada identificação do conteúdo da situação subjetiva (e, com isso, a identificação da tutela atraída), assumindo-se como possibilidade que existem funções imediatas dúplices já que, como visto, as situações subjetivas são centros de interesses complexos e incompatíveis com simplificação ou atomização.

A título exemplificativo, Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder destacam o interessante caso dos garotos ou garotas-propaganda, que se dispõem a ligar sua imagem (atributo de sua personalidade) a uma marca ou produto, com fins publicitários, tornando-a indissociável daquilo que está sendo vendido, em troca de – possivelmente vultosa – retribuição financeira.⁷ Por vezes, ainda, os garotos-propaganda se vinculam a cláusulas regulatórias de seu comportamento, inclusive em sua vida pessoal, exatamente em virtude da associação da imagem à marca ou produto (2012, p. 10-11), o que demonstra que esse negócio não apenas envolve a disposição de atributos de seu direito à imagem, mas também da liberdade em sua vida privada. Destacam ainda que:

⁷ “Tradicionalmente, os direitos da personalidade são reputados indisponíveis e irrenunciáveis, visão que restou consagrada pelo legislador brasileiro no art. 11 do Código Civil brasileiro (...). Esta intangibilidade dos chamados direitos da personalidade *é cotidianamente desmascarada pela realidade social*, ao ponto de se buscar em doutrina mitigações ao dispositivo legal. Alega-se, em restrição ao texto do dispositivo legal, que em verdade somente seria vedada a renúncia definitiva, a disposição permanente, permitindo-se atos temporários ou limitados de cessão de atributos vinculados à personalidade” (TEIXEIRA, KONDER, 2012, p. 9, sem destaque no original). Faz-se reserva oportuna no sentido de que a questão referente à problematização da possibilidade de disposição de direitos da personalidade (e, ainda, o recebimento de remuneração) será enfrentada no decorrer do presente estudo.

A imagem da pessoa humana torna-se de tal forma imiscuída ao valor negocial objeto do contrato que a jurisprudência ainda controverte se a utilização da mesma imagem além do autorizado no contrato, em virtude do fim do prazo ou através de veículo diverso do previsto, gera dano moral ou apenas dano patrimonial. É importante ressaltar, todavia, o acerto das decisões que reconhecem a autonomia da imagem como bem jurídico que, ainda que possa revestir aspecto patrimonial, mantém seu caráter extrapatrimonial (TEIXEIRA; KONDER, 2012, P. 10-11).

A situação jurídica narrada é complexa, porque não se limita à presença de uma função, um “para que serve”, estritamente patrimonial ou existencial. Veja-se que a disponibilidade dos atributos imagem e liberdade na vida privada ocorre efetiva e diretamente para o recebimento de contrapartida financeira (de onde já decorre certa simplificação, porque outras motivações diretas, como a obtenção de meios de divulgação da própria imagem em benefício da profissão, também podem estar presentes – sendo, contudo, de fato inegável que existe a motivação econômica): daí se depreende a presença de uma situação patrimonial, que atrai a tutela a ela correspondente, de modo tal que a violação contratual deve gerar os respectivos danos patrimoniais – indenização, multa ou o que houver sido estabelecido.

No entanto, não obstante a situação patrimonial esteja presente e seja de fácil identificação, certo é que o mesmo centro de interesses relativo à posição jurídica do garoto-propaganda possui outros propósitos diretos que não são abandonados. Dentre elas, a busca pela garantia de que o uso de sua imagem se dará apenas na forma e no tempo especificamente negociados: a função imediata identificada, neste ponto, com relação ao mesmo centro de interesses, é de proteção dos atributos de sua personalidade, de tutela da pessoa humana.⁸ Daí a presença de uma situação existencial, de modo que qualquer utilização de sua imagem merece atrair a tutela adequada – no caso, a condenação do detentor da marca ou produto ao pagamento de danos morais (sem exclusão dos danos patrimoniais também garantidos, como previamente mencionado), bem como a incidência da tutela prevista pelos arts. 12 e 20 do Código Civil.

Identificadas, portanto, quanto a uma mesma situação jurídica, a presença de funções que são *imediata e concomitantemente patrimoniais e existenciais*, tem-se uma situação jurídica dúplex, que atrai para si, em cada parte, uma e outra espécie de tutela, tornando necessário o estudo de sua complexidade intrínseca e, sendo possível, um esforço de decomposição de seus atributos. Com isso, “o que variará será o tratamento jurídico atribuído às cláusulas constantes

⁸ Merece nesse ponto a ressalva de que a identificação da função independe do que eventual sujeito de uma situação jurídica subjetiva pretenda atribuir a ela. Por exemplo, ainda que o garoto-propaganda opte por não buscar a tutela de sua imagem quando utilizada fora dos parâmetros estabelecidos negocialmente, a função de proteção desses interesses não resta dirimida e a situação não deixa de possuir vertente existencial. Esclarece-se, portanto, que o trabalho segue vertente objetiva e não subjetiva, evitando a “premissa de que as partes podem determinar se dada prestação é patrimonial ou não patrimonial”, de modo tal que “a mesma prestação poderia ser patrimonial em uma relação e não patrimonial em outra” (MEIRELES, 2009, p. 27).

do instrumento, que mudarão segundo sua natureza objetiva” (TEIXEIRA; RETTORE; SILVA, 2016, p. 323).

É de se repisar que o critério proposto, de identificação da função do interesse, ou dos interesses envolvidos, não apenas dispensa que se proceda a um juízo de valoração como também cumpre a função de trazer as pessoas, e as diversas formas de manifestação de suas pessoalidades, à participação na construção dialógica e discursiva da realidade social, ao propiciar “a percepção de uma sociedade que se constitui a partir de ações e interações normativamente integradas, sem um modelo fixo e determinado”, garantindo aos “projetos de vida que se descortinam no seio social e demandam do Direito Civil reconhecimento (...) encontrar respaldo em orientações normativas mais abrangentes e gerais” (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 2).

Apresenta-se, portanto, adicionalmente aos conceitos de autonomia privada e autonomia negocial delineados em item precedente, o de situações jurídicas subjetivas existenciais, patrimoniais e dúplices, que significa também a reformulação de estrutura das mais primordiais no direito privado – o direito subjetivo – a auxiliar a viabilidade de uma tutela qualitativamente diversa para o exercício das manifestações da personalidade na seara existencial, com a garantia de uma tutela adequada para as outras possíveis formas de manifestação dessa personalidade.

2.3 Autonomia negocial e situações jurídicas subjetivas: os negócios jurídicos patrimoniais, existenciais e dúplices

O estudo da autonomia privada e negocial e das distintas naturezas possíveis das situações jurídicas subjetivas culmina em construção jurídica imprescindível ao desenvolvimento do presente estudo: os negócios jurídicos patrimoniais, existenciais e dúplices. Diante dessa construção, passa-se à utilização dos institutos estudados e à sua integração com vistas a identificar um conceito de negócio jurídico também próprio para o direcionamento de tutelas qualitativamente adequadas para o exercício das mais diversas manifestações da personalidade possíveis.

Os negócios jurídicos são, por excelência, forma de manifestação da autonomia:

Relativamente ao negócio o agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo. E depois, se opta por praticá-lo, dar-lhe o conteúdo específico e a forma que livremente eleger. Já nos atos a liberdade não existe nem para a prática, nem para o conteúdo. Frequentemente tampouco para a forma, aberta, em princípio, quando se trata de negócios. É verdade que, ainda nos atos, reconhece-se ao agente uma relativa autonomia: precisamente aquela necessária para o mais adequado cumprimento de um

dever (...). Daí porque a autonomia, sendo sempre necessária, é também, ao menos tendencialmente, mais do que suficiente para o estrito cumprimento do dever (VILLELA, 1982, p. 265)

Na análise da teoria dos fatos jurídicos, é o negócio jurídico a categoria que mais propicia o exercício da autonomia em relação às demais (fatos jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu*, atos ilícitos). Como se percebe, é por meio dessa categoria que o Direito permite às pessoas a prática de atos de autonomia com maior *quantum* de liberdade, podendo autorregular situações jurídicas segundo suas próprias deliberações tanto com relação à forma quanto relativamente ao conteúdo – sem se olvidar, decerto, das limitações precedentemente estudadas concernentes ao próprio exercício da autonomia privada.

Uma adequada definição de negócio jurídico, portanto, pode ser enunciada como um ato de autonomia privada – negocial e/ou contratual – que põe em vigor uma regulamentação jurídica para o agente (ou para os agentes), com o conteúdo por ele (ou por eles) determinado, dentro dos limites da própria autonomia privada,⁹ como por exemplo, os que são impostos pela observância dos princípios da justiça contratual e da função social.

A regulamentação jurídica posta pelos próprios agentes cria, modifica ou extingue situações jurídicas, conceito este que, como visto, tem o condão de abarcar as mais diversas formulações possíveis – direito subjetivo, poder jurídico, direitos da personalidade, etc. – e que, segundo seu próprio conteúdo – sendo existencial, patrimonial ou, ainda, dúplice –, atrairá um ou outro tipo específico e adequado de tutela do ordenamento.

Mais além, considerando-se que uma relação jurídica é constituída pela ligação entre situações jurídicas (PERLINGIERI, 2007, p. 117), torna-se possível afirmar que o negócio jurídico é, em si, uma relação jurídica regida pela autonomia privada *lato sensu*. Por essa razão, para a análise do tipo de tutela que se deva direcionar ao negócio, passa a ser necessário considerar as situações subjetivas envolvidas na relação, os interesses em questão e, por conseguinte, a função a que se destinam, de tal modo que também poderão ser classificados os negócios em existenciais, patrimoniais ou dúplices a partir do conteúdo da própria relação jurídica.

⁹ Definição adaptada a partir de conceito delineado pelo Prof. Brunello Souza Stancioli ao ministrar aula do curso de Teoria geral do direito privado II, em 11 de março de 2008, na graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. As adaptações são concernentes à inclusão no conceito da menção às vertentes da autonomia privada, bem como da possibilidade de que o negócio jurídico seja unilateral, como em outra oportunidade já se discorreu sobre a autocuratela. Seja, nesse sentido, consentido remeter ao nosso TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges de. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, pp. 319-361.

2.4 Em busca de uma adequada estrutura do negócio jurídico, que lhe permita dinamicidade segundo o modelo funcional

Feita a necessária releitura de institutos jurídicos para uma tutela qualitativamente adequada às possibilidades de manifestações da personalidade, passa-se ao estudo sobre a sua formatação. Tradicionalmente, a estrutura dos negócios jurídicos é estudada a partir dos chamados três *planos* do negócio jurídico: existência, validade e eficácia, também comumente chamados em doutrina de *escada ponteana* (TARTUCE, 2015, p. 352). Atribui-se o vocábulo “escada” ao fato de que para que um negócio jurídico tenha o condão de produzir efeitos concretos ele precisa estar acorde com os requisitos de cada um dos três “degraus” mencionados (os *planos*), acrescido da qualificação “ponteana” por ter sido Pontes de Miranda o autor que popularizou no Direito brasileiro essa teoria de raízes romanas (SOUZA, 2016, p. 80).

Em síntese, o primeiro plano – da existência, quanto ao qual não há expressa previsão no ordenamento brasileiro – circunscreve-se à análise da presença de um suporte fático suficiente para que se possa afirmar que o fato exista, adentre ao mundo jurídico, sem ainda se cogitar se é ou não lícito. Trata-se do “plano do *ser*” e a análise, nesse caso, corresponde à identificação de um elemento material (MELLO, 2011, p. 134): a presença da manifestação de vontade (ou, sendo bi ou plurilateral o negócio, de manifestações de vontades), desde que de algum modo expressamente manifestada, sem que nesse ponto se deva adentrar na análise de qualificadores dessa vontade. Ressalta Marcos Bernardes de Mello, contudo, que

(...) a juridicidade somente existe por força da incidência de norma jurídica sobre os fatos da vida que ela própria define como sendo seu suporte fático. Nada no mundo é jurídico por si. Daí, resulta à evidência que uma *exteriorização consciente da vontade* somente poderá gerar um negócio jurídico se, estando prevista como suporte fático de norma jurídica, recebe sua incidência. Sem a previsão normativa vontade alguma pode ser considerada negócio jurídico; será mero fato da vida, sem relevância jurídica alguma (MELLO, 2011, p. 207-208).

O que, na verdade, ocorre, é que o direito deixa aos indivíduos certa margem de liberdade quanto a poder autorregular seus interesses (...). A falta de reconhecimento pelo sistema jurídico do poder de autorregulação dos interesses individuais, em caráter geral ou, parcialmente, quanto a certas áreas de atuação, impede que haja manifestação de vontade negocialmente suficiente ou eficiente.

(...) se o sistema jurídico admite a autonomia da vontade, a sua manifestação gerará negócio jurídico, mas os efeitos que ele visa somente ocorrerão quando e se a vontade estiver compatibilizada com as normas jurídicas cogentes que delimitam a sua área de atuação (MELLO, 2011, p. 219-221).

Portanto, além da identificação de uma manifestação de vontade, é preciso que essa manifestação de vontade esteja em posição na qual o autorregramento não seja limitado por normas do ordenamento em que se insere (por exemplo, com normatização e efeitos inderrogáveis já previstos para determinadas situações). Apenas assim essa manifestação de vontade poderá ser considerada “vontade negocial”, capaz de produção de negócio jurídico.

Por sua vez, o plano da validade demanda a presença de requisitos especificamente prescritos pelo ordenamento. “Diante da conclusão que os atos de autonomia também podem ser exteriorizados por meio de negócios jurídicos, verificaremos como os elementos do negócio jurídico, previstos no art. 104 do Código Civil, aplicam-se às situações existenciais” (TEIXEIRA, 2010, p. 160), em conjunto com os comandos dos arts. 166 e 171 do mesmo diploma. Exige-se a presença de agente ou agentes capazes, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, cuja forma seja prescrita ou não defesa em lei. Nota-se, inclusive, que a forma, desde que não seja expressamente proibida, é livre, o que dá guarida à formulação de negócios *atípicos* no Brasil – tendo sido adotado, portanto, o princípio da liberdade das formas.

Além disso, é passível de análise também no plano da validade a manifestação de uma vontade *livre*, qualificada, que não esteja eivada de nenhum dos vícios previstos pelo ordenamento, o que consequentemente constitui uma análise diferenciada e mais profunda com relação à vontade do que aquela feita no plano da existência. Enquanto no plano da existência deva-se apenas se atentar à identificação sobre se houve manifestação de uma vontade negocial (ou seja, dentro das possibilidades que o ordenamento guarda para o autorregramento), no plano da validade perquire-se se essa vontade é eivada de vícios.¹⁰ Se não forem preenchidos quaisquer dos requisitos identificados, por aplicação da teoria dos planos, o negócio será tido como inválido (nulo ou anulável).

¹⁰ Marcos Bernardes de Mello explica, tendo em vista que a *vontade* é, em si, elemento do plano da existência, o porquê de ela ter de ser tratada também no plano da validade: “(a) A questão da autenticidade da autoria da manifestação de vontade, isto é, se aquele a quem se atribui a vontade é, efetivamente, o figurante do ato jurídico, constitui elemento que diz respeito ao cerne do suporte fático, por isso tem implicações diretas quanto à existência do ato jurídico. Não se relaciona à sua validade. Na falsa atribuição da manifestação de vontade a alguém, que não na manifestou, ou quando a vontade é “manifestada” à força (*vis absoluta*), não há vontade e, portanto, não há concreção do suporte fático do ato jurídico respectivo. Não existe, assim, ato jurídico algum. A espécie é de *inexistência* em sentido próprio. (b) A perfeição da vontade manifestada (=integridade e higidez) constitui elemento complementar do suporte fático dos atos jurídicos que atuam como pressupostos de sua validade. O sistema jurídico brasileiro tem como defeitos que afetam a perfeição da manifestação da vontade os chamados vícios da vontade (= erro substancial, dolo, coação, estado de perigo e lesão), a simulação, a fraude contra credores e a falta de anuência de alguém, quando necessária (...). A existência de qualquer desses defeitos acarreta a invalidade (=anulabilidade ou nulidade) do ato jurídico” (MELLO, 2010a, p. 67-68).

Por fim, a teoria demanda análise do plano da eficácia, no qual são avaliados uma miríade de elementos. Atentando-se para alguns dos pontos de maior destaque, tem-se que a eficácia do negócio jurídico pode sofrer determinadas restrições advindas ora da própria lei (a exemplo da transferência de propriedade que depende do registro do imóvel por determinação legal), ora como fruto de vontade dos negociantes, por exemplo, pelo estabelecimento de elementos acidentais que tenham o condão de subordinar a eficácia do negócio ao seu implemento: a condição (suspensiva ou resolutiva), o termo ou o encargo (MELLO, 2010b, p. 46-47).

Importa ainda mencionar que quanto ao plano da eficácia atêm-se considerações relacionadas exclusivamente ao âmbito jurídico, e não à “efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, (...) [a] circunstância de se tornarem realidades aquelas consequências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico” (MELLO, 2010b, p. 14).¹¹ A implementação fenomenológica das disposições do negócio jurídico na realidade, no meio social, como bem expõe o autor, atine à “dimensão sociológica do fenômeno jurídico”, e não ao campo jurídico em si mesmo, de modo que verificá-la ultrapassa a análise dos planos da escada ponteana. Isso, por conseguinte, torna possível que um negócio possa ser existente, válido e eficaz juridicamente *ainda que* não se verifique sua efetivação no mundo dos fatos (sendo certo, no entanto, que nesse caso sua formulação acaba perdendo relevância prática).

Uma vez exposta sinteticamente a teoria em questão, observa-se que se relaciona eminentemente à *estrutura* do negócio jurídico. A proposta ponteana corresponde, na verdade, a uma detalhada análise de todos os seus elementos, desconectada dos propósitos de seu conteúdo, para que ao final, desde que preenchidos todos os requisitos delineados, o negócio jurídico possa vir a produzir efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos no ordenamento jurídico. Tal análise estrutural se sugere bastante precisa, o que levou Álvaro Vilaça de Azevedo a afirmar que uma vez estudado claramente cada plano de um negócio, “a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas” (AZEVEDO *apud* SOUZA, 2016, p. 81).

Todavia, Eduardo Nunes de Souza aponta que:

A prática jurisprudencial e as opções legislativas, contudo, distanciaram-se pouco a pouco de muitas soluções propostas pela teoria dos planos de análise do negócio jurídico – no que foram seguidas (e, por vezes, precedidas) pela própria doutrina. Com

¹¹ “A locução *direito eficaz*, no sentido empregado por boa parte da doutrina, inspirada na terminologia kelseniana, define o dado de ser a norma jurídica obedecida, ao menos em um mínimo, pela comunidade jurídica respectiva, que se comporta segundo seus ditames. Trata-se, a nosso ver, de conceito peculiar à dimensão sociológica do fenômeno jurídico” (MELLO, 2010b, p. 15).

efeito, embora atraentes por seu caráter eminentemente prático, os degraus da escala, quase cartesianos em sua precisão, pareciam não explicar um sem-número de situações nas quais se mostrava razoável sustentar a eficácia (plena ou parcial) ou a ineficácia do negócio jurídico, ao arrempio de maiores considerações quanto à sua existência ou validade. Submergiu-se, desse modo, em um oceano de exceções à regra, de soluções *ad hoc* propostas pelo legislador ou pelo juiz à luz de *fattispecie* específicas, ao argumento de que uma disciplina diversa violaria a lógica jurídica ou os próprios valores do ordenamento. Diante das várias exceções à regra criadas ao longo do tempo, a doutrina passou a afirmar que, se houvesse uma única matéria cuja disciplina pudesse pôr em xeque o caráter sistemático do direito civil, ela seria a teoria das invalidades (SOUZA, 2016, p. 81).

Como narrado pelo autor, observa-se que uma teoria que se pretendia inicialmente cartesiana em sua aplicação, por ter acabado demandando a criação de uma série de exceções à regra – já que, quando levada ao caso concreto, nem sempre indicava soluções jurídicas mais adequadas – terminou por colocar em questão a própria sistematicidade do Direito Civil, o que decorre, exatamente, de seu apego inexorável à estrutura e, assim, a uma visão estática dos negócios jurídicos, dissociada de seus contextos e propósitos possíveis.^{12,13}

Notável exemplo é depreendido de negócios celebrados por incapazes, os quais se buscou sustentar eficazes apesar de frontalmente desafiarem a teoria estruturalista no plano da validade. Por conta disso, foi desenvolvida concepção que negava a essas hipóteses a categorização como negócio jurídico, sem que, no entanto, tenha sido possível negar que se tratavam de atos abarcados pelo âmbito da autonomia privada. “Dito de outro modo, são atos estruturalmente idênticos aos negócios jurídicos, classificados, contudo, diversamente pelo fato de não se coadunarem com os rígidos requisitos exigidos da vontade negocial” (SOUZA, 2016, p. 86), o que por si demonstra a fragilidade da proposta.

Novamente, é de se notar que um tal apego à estrutura impede o fluxo comunicativo viabilizado pela linguagem e contraria “a percepção de uma sociedade que se constitui a partir

¹² “Construída a chamada “teoria das nulidades”, que é a sistematização dos princípios que presidem a matéria da invalidade do negócio jurídico, com o tempo foram aparecendo diversidades de entendimento e de aplicação, que lhe desfiguraram a aparência de organismo uno (...). As regras gerais que estruturam a teoria da ineficácia do negócio jurídico (...) teriam de compor um sistema de princípios sempre certos. No entanto, isso não ocorre. Ao contrário, vigora largo ilogismo na aplicação, bastando recordar que em matéria de casamento são tantas as exceções consagradas que quase diríamos haver uma teoria especial de *nulidade neste terreno* (...). Por outro lado, aceita em doutrina e admitida pelos tribunais, embora não consagrada na lei, a teoria do ato inexistente é uma quebra de sistemática. Por tudo isto, no começo do século XX levantaram-se vozes de oposição à teoria tradicional das *nulidades*, que foi atacada principalmente por sua falta de aplicação genérica, e acusada de certa ausência de conteúdo prático. As críticas, até certo ponto, são razoáveis, pois como acabamos de ver, e mais extensivamente se provaria a ausência de unidade se mais longe levássemos a investigação, a ineficácia do negócio jurídico longe está de se disciplinar por princípios que componham uma doutrina de aceitação harmônica pelos escritores e pelos sistemas de direito positivo (PEREIRA, 2007, p. 645-646).

¹³ Exemplo contundente da relativização dos atos nulos está na “formulação da máxima segundo a qual não há nulidade sem prejuízo, consagrada pela doutrina francesa” (SOUZA, 2016, p. 83), em franco exemplo do reconhecimento de que a teoria estrutural aplicada a despeito da dinamicidade das relações nem sempre se mostra adequada.

de ações e interações normativamente integradas, sem um modelo fixo e determinado” (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 2), o que impõe a releitura também desse paradigma, a partir de um modelo dinâmico capaz de uma constante reconstrução intersubjetiva da realidade por meio do discurso. No caso de negócios celebrados por incapazes, inclusive, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira já propuseram semelhante releitura:

Crianças e adolescentes são pessoas em formação, em processo de construção de autonomia, o que implica no desenvolvimento gradual de uma pessoa dotada de discernimento, apta, autônoma e responsável para assumir as consequências advindas de seus próprios atos no contexto intersubjetivo de convivência. Portanto, estabelecer critérios vinculados estritamente à faixa etária, desconsiderando o contínuo processo de desenvolvimento da criança e do adolescente, considerando-os incapazes, pode significar um óbice ao livre desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido, há que se reconhecer o exercício de uma autonomia discursiva da criança ou do adolescente quando titulares de direitos nas situações jurídicas subjetivas (SÁ; MOUREIRA, 2016, p. 7).

Destarte, a sugestão pela adoção de um perfil dinâmico e funcional segue perspectiva metodológica que parte do estudo do propósito e não da análise estrutural do negócio, buscando aprimorá-lo e superá-lo, por meio da ressystematização dos efeitos a serem produzidos, sem vinculação *a priori* com possíveis imperfeições do ato (SOUZA, 2016, p. 88-92). É por essa razão que a categoria do negócio jurídico, conquanto tenha sido primordialmente desenvolvida para situações patrimoniais – em virtude do paradigma de direito então vigente –, ainda assim se apresenta como adequada para análise de situações também existenciais, tendo em vista esta releitura propiciada pela perspectiva dinâmica sugerida por Eduardo Nunes de Souza.

Contudo, como já se expôs, a análise funcional não corresponde ao *abandono* do exame da estrutura, mas o ultrapassar dessa etapa no processo hermenêutico (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 6-7): é de se reconhecer que a definição de uma estrutura básica não pode ser efetivamente abandonada, na medida em que se mostra imprescindível para a caracterização e definição de qualquer instituto jurídico, verdadeiro instrumento facilitador; no entanto, a estrutura definida não pode ser encarada estaticamente, devendo-se assumir a possibilidade de alterações/adequações estruturais conforme exigido pela resposta ao questionamento sobre a função, o “para que serve”, na análise de situações e negócios jurídicos objetivamente considerados. Em outras palavras, “o aspecto funcional condiciona o estrutural, determinando a disciplina jurídica aplicável às situações jurídicas subjetivas” (TEPEDINO, 2008, p. 400).

Como leciona Pietro Perlingieri,

Uma mesma função (...) realiza-se, portanto, através de várias estruturas. A escolha da estrutura, como se falou, não é deixada ao arbítrio da parte ou das partes; a

variabilidade da estrutura negocial pode depender da função do negócio (função, aqui, entendida no sentido de “síntese dos efeitos essenciais” (...), em relação à qual por vezes uma determinada estrutura se torna incompatível; mas, o mais das vezes, depende da concreta relação (...) que se pretende constituir, modificar ou extinguir. Deve-se, portanto, concentrar a atenção, por um lado, no perfil estrutural da *fattispecie* que é estritamente conexo à análise da estrutura e da função da relação (...) sobre a qual a *fattispecie* deve incidir (conexão entre negócio – como *fattispecie* – e relação); e, por outro lado, no perfil funcional dessa *fattispecie* negocial, para individuar os interesses que as partes entenderam realizar e tutelar (PERLINIGIERI, 2007, p. 95).

Outrossim, diante da incidência do princípio da liberdade das formas, torna-se certo que, com relação aos negócios *atípicos*, que não possuem uma estrutura pré-definida – como é o caso do negócio jurídico cujo estudo se pretende neste trabalho, de gestação de substituição – a perspectiva funcional e dinâmica deverá perpassar, desde logo e intrinsecamente, o estudo que se pretende realizar para sua categorização estrutural (a própria previsão de um adequado e flexível modelo de estrutura) à luz da teoria dos planos do negócio jurídico.

No entanto, antes de se proceder à busca dessa narrada estrutura partindo da perspectiva funcional, é imprescindível detectar o *status* no qual atualmente se encontra o objeto de estudo deste trabalho, a gestação de substituição, assim como analisar questões ético-jurídicas referentes ao uso da técnica, as quais quem pretende realizar um negócio jurídico desses moldes não pode deixar de enfrentar. Passa-se a referido estudo no próximo Capítulo.

3 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

3.1 Atual panorama normativo brasileiro

Por meio da Resolução CFM n.º 1.358/1992, que no Brasil deu início à regulação referente à gestação de substituição e vigeu por dezoito anos, estabeleceu-se que clínicas, centros ou serviços de reprodução humana poderiam realizá-la nos casos em que houvesse problema médico a impedir ou contraindicar a gestação na beneficiária, desde que sem caráter lucrativo ou comercial e que a gestante tivesse com ela parentesco de até segundo grau. Casos nos quais não houvesse tal parentesco restariam sujeitos a prévia autorização do Conselho Federal de Medicina (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1992).

Em 2010 foi publicada a Resolução CFM n.º 1.957, a qual revogou a anterior mas manteve o regramento no que tange especificamente à gestação de substituição (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010). Posteriormente publicou-se a Resolução CFM n.º 2.013/2013, com alterações significativas, em especial a permissão de que a técnica pudesse também ser disponibilizada para casais homoafetivos, motivada pelo acórdão de 2011 do Supremo Tribunal Federal que qualificou a união homoafetiva como entidade familiar (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013).

Além disso, a possibilidade de realização da prática sem necessidade de autorização casuística do CFM foi ampliada para casos em que a gestante substituta fosse parente consanguínea de um dos beneficiários até o quarto grau. Ou seja, não apenas se ampliou do segundo para o quarto grau de parentesco, como também passaram a ser aceitos, independente de autorização prévia do Conselho, parentes do outro componente do par parental de beneficiários que não a mulher. No entanto, por razões médicas, restou limitada a idade da gestante substituta para cinquenta anos.

Ademais, teve início a exigência de certas observações e documentos, com a finalidade de trazer maior segurança aos envolvidos, como segue:

- 3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:
 - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. (...)
 - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
 - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;
- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013).

Posteriormente, em 24 de setembro de 2015, foi editada a Resolução n.º 2.121/2015, também revogando a anterior e trazendo algumas inovações. Por exemplo, a terminologia “contrato” que havia constado da Resolução de 2013 foi alterada para “termo de compromisso” firmado entre os beneficiários e a gestante substituta. O “termo de consentimento informado” foi atualizado para “termo de consentimento livre e esclarecido” a ser assinado por todos, contemplando aspectos psicossociais, riscos envolvidos e aspectos legais da filiação. Por fim, o relatório médico com perfil psicológico, que pela Resolução anterior atestava a adequação emocional apenas da gestante, passaria a atestar a adequação emocional de todos os envolvidos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015). O CFM manteve, como se observa, permitida somente a modalidade altruísta da gestação de substituição.

Já em 21 de setembro de 2017 foi editada nova Resolução (de n.º 2.168/2017), em substituição à de 2015, com as seguintes modificações, dentre outras: a idade para gestação continua a ser limitada a cinquenta anos, porém, exceções são possíveis com base em critérios científicos fundamentados pelo médico responsável e mediante explicação sobre riscos para a paciente; permitiu-se às mulheres a doação de óvulos mesmo que não por doação compartilhada (tendo constado da exposição de motivos que “a permissão da doação de oócitos além dos casos compartilhados contempla a questão da isonomia de gêneros”); e ampliou-se o rol de mulheres que podem atuar como gestantes de substituição sem necessidade de autorização casuística pelo Conselho, incluindo-se sobrinhas e filhas dos beneficiários (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Do exposto é possível depreender que, no Brasil, o único tipo de regramento específico atualmente vigente quanto à gestação de substituição como técnica de reprodução humana assistida é a Resolução n.º 2.168/2017 do CFM, norma deontológica editada por um órgão profissional, corporativo e não representativo do corpo social, voltada apenas para regulamentar

a atuação médica, não sendo cogente para todos os cidadãos brasileiros. Por inexistir legislação que trate expressamente sobre esse tema, a doutrina fala em “vazio legislativo” (TEIXEIRA, 2004, p. 313), bem como que “a realidade viva reclam[a] regulamentação legislativa” (FARIAS, 2015, p. 255).

Destaca-se, de saída, que a disposição do §4º do art. 199 da Constituição brasileira – a qual dita que “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” – não é aplicável à gestação de substituição, seja porque o objeto do procedimento não é a remoção de qualquer espécie de “substância humana” do corpo da gestante (que se restringe ao uso do útero e da capacidade de gestação como um todo), seja porque não há a finalidade de transplante, pesquisa ou tratamento.¹⁴

Assim, conquanto de fato seja possível o uso da expressão “vazio legislativo” para descrição da realidade normativa brasileira atual, é imprescindível reconhecer que nosso ordenamento já oferece balizas para a questão a despeito da inexistência de lei específica, as quais ainda carecem de investigação e sistematização mais detida a fim de que as soluções fornecidas, embora existentes e legítimas, não restem desprovidas de segurança jurídica.

Como ensina Stefano Rodotà, é possível afirmar que um ordenamento jurídico abarca espaços de direito e de não direito, sendo que, por vezes, um “vazio de direito” pode definir o sistema muito mais precisamente do que os espaços que se encontram “preenchidos” (2010, p. 39). Seria espaço de direito, segundo a terminologia do autor, aquele regulado por normas

¹⁴ Identificam-se, no entanto, posicionamentos em sentido contrário. Por exemplo, como constou de reportagem do jornal “Bom dia Brasil”, “o advogado José Luiz Barbosa Junior, da comissão de Bioética da OAB do Rio de Janeiro, diz que a Justiça pode interpretar alguns desses casos como venda de órgãos. ‘Essas pessoas poderão responder a um inquérito criminal, e um processo penal, havendo o estabelecimento do artigo 15 da lei dos transplantes que veda a compra e venda de tecidos ou órgãos. A pena sendo de reclusão de 3 a 8 anos’”. Contudo, como se demonstrou, a correlação entre gestação de substituição e venda de órgãos não subsiste diante de um exame minucioso do dispositivo, tanto por questões lógicas a partir da leitura do seu texto, quanto porque, como regra de hermenêutica jurídica, uma norma restritiva de direitos não admite interpretação extensiva, muito menos aplicação de analogia: “Em síntese, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. Também uma exceção deve sofrer uma interpretação restritiva” (FERRAZ JR., 2001, p. 291). No mesmo sentido, Carlos Maximiliano, citado em julgado do STJ: “4. 'O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico - *Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*' ('interpretam-se as exceções estritissimamente'), no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: 'A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica' (...) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedescos, e outras. (...)” (Carlos Maximiliano, in “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Forense, p. 184/193)” (REsp 829.726/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, j. 29/06/2006, DJ 27/11/2006, p. 254).

jurídicas, e espaço de não direito o que não esteja regulado por qualquer razão, por exemplo, como fruto de opção política (RODOTÀ, 2010, p. 29).

Assevera o autor, no entanto, que “o esquema analítico sobre o que é jurídico não pode ser binário, um esquema de tipo cheio/vazio. (...) porque o vazio, para sê-lo realmente, deve ser acompanhado de regras que assegurem essa condição” (RODOTÀ, 2010, p. 38). Em outras palavras, a existência de espaços de não direito é fundamentada por normas jurídicas existentes, prestando-se o direito não a regular o espaço de não direito, porque não o penetra, mas sim a garantir que esse espaço de não direito possa existir.

O princípio da legalidade afigura-se excelente demonstrativo de um espaço de não direito: com a garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” presente no art. 5º, II da nossa Constituição, resta assegurado às pessoas que, a não ser que haja expresso comando ou proibição legislativa quanto à alguma conduta, há espaço – protegido pelo direito – para que autonomamente deliberem sobre regras aplicáveis e as determinem por si próprias. “A vontade dos figurantes do negócio jurídico, segundo a amplitude do poder de autorregramento que lhe assegura o sistema jurídico, constitui o elemento que mais pode influir no surgimento, modificações e duração da eficácia jurídica” (MELLO, 2010b, p. 47).

Outro importante exemplo apresentado por Rodotà é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

O livre desenvolvimento da personalidade é uma fórmula que não implica a definição de uma área reservada para as decisões individuais sem qualquer relação com a regra jurídica. Indica, na verdade, um instrumento que torna possível a busca autônoma de uma política de identidade pessoal. Certamente, se adotássemos uma versão diferente, o resultado seria uma interpretação ao mesmo tempo limitada e excessiva. Limitada, porque a determinação de uma área atribuída exclusivamente à autonomia individual, em que pese favorecer o poder de livre exercício nesse âmbito específico, pode acabar cerceando suas possibilidades de expansão para outros âmbitos igualmente relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade. Excessiva, porque a renúncia a todo vínculo com a dimensão do direito pode debilitar o próprio poder individual frente a obstáculos que impeçam ou dificultem seu exercício (RODOTÀ, 2010, p. 38-39).¹⁵

¹⁵ Tradução livre da autora: “El libre desarrollo de la personalidad es una fórmula que no implica la definición de un área reservada a las decisiones individuales sin relación alguna con la regla jurídica. Indica, más bien, un instrumento que hace posible la búsqueda autónoma de una política de la identidad personal. En efecto, si adoptáramos una versión diferente, el resultado sería una interpretación al mismo tiempo limitada y excesiva. Limitada, porque la determinación de un área atribuida en exclusiva a la autonomía individual, pese a favorecer el poder que se ejerce libremente en ese ámbito específico, puede acabar cercenando sus posibilidades de expansión en otros ámbitos distintos, igualmente relevantes para el desarrollo de la personalidad. Excesiva, porque la renuncia a todo vínculo con la dimensión del derecho puede debilitar el propio poder individual frente a obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio”.

Tal qual o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (que emana do princípio constitucional da dignidade, inclusive por se tratar de uma das formas de sua afirmação), percebe-se possível assegurar que a escolha pela prática da gestação de substituição no Brasil e a sua forma correspondem a um espaço de não direito, o que não implica afirmar que se trata de questão em nada regulamentada por nosso ordenamento como um todo – ou que seja “um vazio”, por inexistir referida binariedade.

Ao contrário, a ausência de lei específica sobre o tema, ao mesmo tempo em que garante aos jurisdicionados espaço para autorregramento na matéria, garante-lhes também proteção, pelo direito, nos casos em que o exercício desse autorregramento venha a ser impedido ou dificultado. É nessa medida que a norma deontológica (e não legislada) posta pelo Conselho Federal de Medicina – não obstante possa ser considerada de vanguarda em relação às determinações de outros países, especialmente da Europa¹⁶ – representa limitação aos jurisdicionados que deve ser repelida pelo direito.

Ao inviabilizar a realização do procedimento fora das formas autorizadas pela Resolução n.º 2.168/2017 do CFM, por meio da restrição que impõe à comunidade médica para realizá-los sob pena de sofrerem punições profissionais (e uma vez que se trata de atividade privativa dos profissionais da medicina, nos termos do art. 4º da Lei n.º 12.842/13), a norma termina por impedir o acesso da população a práticas da gestação de substituição que não são proibidas pelo aparato legislativo brasileiro:

Já de início nota-se que essa Resolução, bem restritiva, viola o princípio constitucional da legalidade, vez que cria proibições mediante ato normativo infralegal. (...) A Resolução do CFM, que não passou pelo processo legislativo no Congresso Nacional, não pode estabelecer proibições. Assim, ausente vedação em lei, a “barriga de aluguel” seria permitida sem as restrições impostas pelo CFM. Todavia, o procedimento não é livremente realizado no Brasil, em razão dessa resolução (LARA, 2014, p. 87).

Convém notar que além de o CFM não ser instituição representativa do corpo social, como exposto, suas normas em muito ultrapassam o liame do campo médico de atuação, como é o caso da imposição de impossibilidade de troca financeira com a gestante, ou da exigência de que a gestante seja parente consanguínea até o quarto grau do beneficiário devendo, nos demais casos, indispensavelmente haver autorização expressa do Conselho.

¹⁶ A gestação de substituição sob qualquer modalidade, inclusive altruísta, é expressamente proibida em um número significativo dos países europeus de maior expressão: Espanha, França, Suíça, Alemanha, Itália, Áustria, Polônia, Noruega, Letônia e Islândia. Há, inclusive, manifestação no sentido da proibição pelo Parlamento Europeu (União Europeia, 2015).

Mesmo no que toca a questões médicas, a limitação de idade da gestante substituta para cinquenta anos, trazida pela Resolução, mostra-se igualmente questionável, na medida em que “impõe limitações ao direito fundamental à procriação, extrapolando a competência do órgão da classe médica”, uma vez que “a colocação de norma geral e abstrata desconhece as particularidades do caso médico. Se as partes, com pleno discernimento, consentirem no procedimento, e os exames indicarem possibilidade efetiva de sucesso do tratamento” (SÁ; NAVES, 2015, p. 153), não há porque negar-lhes esse direito.

Daí a afirmação existente em doutrina de que a Resolução pode não ser dotada de eficácia (GAMA, 2001, p. 543), uma vez que no Brasil não é admitido o *costume contra legem* (GAMA, 2014). A possibilidade de atuação médica na promoção da gestação de substituição fora dos moldes determinados na Resolução n.º 2.168/2017 do CFM, bem como eventual necessidade de reconhecimento de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade dessa norma serão tratadas no Capítulo 4, ao suceder o exame do plano da eficácia (jurídica), por se tratar de questão atinente à dimensão sociológica do fenômeno jurídico, ultrapassando-o, dimensão esta que não é objeto de estudo principal deste trabalho.

3.2 A gestação de substituição na realidade brasileira

3.2.1 Gestação de substituição segundo as normas do CFM: ausência de segurança prática e jurídica do atual modelo e limitação à acessibilidade

Como visto, pela atual Resolução do CFM referente à gestação de substituição, exige-se documentação que deve ser formalizada antes do início dos procedimentos médicos, quais sejam: preenchimento de um termo de compromisso pelas partes definindo a filiação da criança, garantia de pagamento do tratamento da gestante até o puerpério pelos beneficiários assim como do registro da criança a ser feito por eles, e, por fim, a aprovação, por escrito, pelo marido ou companheiro da gestante, se for casada ou viver em união estável. Quanto à garantia do registro da criança, exige-se que durante a gestação a devida documentação seja providenciada.

Como se vê, essas exigências não guardam necessariamente o condão de executoriedade, caso o cumprimento das questões avençadas precise vir a ser exigido. Ainda que se trate de termos assinados pelas partes, seria necessária a assinatura de duas testemunhas para que se consubstanciasse um título executivo extrajudicial (art. 784, III do CPC), o que não consta da Resolução do CFM. Mais além, a possibilidade de aplicação, para esse tipo de

documentação, da tutela vertida para os títulos executivos judiciais é duvidosa, pois afeitos estes últimos a uma lógica essencialmente patrimonial.

Torna-se forçoso concluir que é exatamente pela política estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina – no sentido de apenas permitir que a prática seja realizada entre parentes ou mediante autorização específica – que a ausência de certeza e segurança atribuída por tais documentos acaba sendo suprida. Isto é, as medidas exigidas pelo CFM funcionam como esforços prévios de minimização de riscos: com a exigência de que entre os envolvidos já exista um vínculo moral (seja pelo parentesco, seja pela amizade a ser verificada pelo Conselho), pretende-se assegurar o quanto possível a existência de um círculo no qual vigore plena confiança. Nesse sentido, a documentação exigida se presta mais a um propósito de formalização desse acordo moral do que para efetivamente vincular as partes e assegurar-lhes segurança no caso de desentendimentos futuros.

Contudo, por ser uma política de minimização de riscos, por certo que não restam eliminados. Se porventura houver qualquer desentendimento entre as partes – ainda que entre parentes ou entre pessoas que passaram pelo crivo do CFM como aptas à gestação de substituição altruísta –, inexistirá força necessariamente vinculante dos documentos firmados pelos envolvidos nos termos das exigências do CFM. Será, portanto, necessário judicializar a questão, sem possibilidade sequer de previsão dos resultados, dada a ausência de parâmetros a serem seguidos pelo Poder Judiciário nesses casos.

Por delongado tempo, desde a primeira gestação de substituição no Brasil, pairaram dúvidas quanto ao registro das crianças nascidas pela técnica, uma vez que os termos determinados pelo Conselho Federal de Medicina não vinculavam os Cartórios de Registro Civil. Muito se falava sobre a presunção de que a maternidade é sempre certa, nos termos do brocardo romano *mater semper certa est*, por necessariamente corresponder a mãe à mulher que dá à luz à criança. Porém, essa certeza se tornou anacrônica diante do desenvolvimento da tecnologia biomédica de reprodução humana assistida.

Uma vez que tal presunção de maternidade sempre fez parte da tradição jurídica brasileira, por vezes foram suscitadas dúvidas pelos Cartórios de Registro, submetendo a criança a ficar desprovida de filiação e registro, situação de insegurança e desproteção, até que viessem a ser solucionadas em definitivo – como chegou a ocorrer em caso goiano divulgado pela mídia, no qual os pais não haviam logrado registrar o nascimento da filha quando ela já contava com um ano e seis meses de vida, em virtude de entraves judiciais (ZAGO; CARVALHO, 2012).

No entanto, em 14 de março de 2016 foi publicado o Provimento n.º 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, regulamentando nacionalmente a atuação dos Cartórios para esses casos. Assentou-se a desnecessidade de decisão judicial para feitura do registro, vedando a recusa, seja para casais homo ou heteroafetivos, bem como que o nome da parturiente (o qual consta da Declaração de Nascido Vivo da criança) não deverá integrar seu registro, nele figurando apenas o nome dos beneficiários como genitores. Além disso, ficou determinada a confecção de outros documentos, por escritura pública, referentes à regularização do consentimento dos envolvidos para o registro e determinação de filiação da criança.¹⁷

Com isso, as dificuldades uma vez existentes com relação à resistência de cartórios para efetuar registros de crianças nascidas a partir da técnica foram drasticamente reduzidas. Certo é, todavia, que a norma da Corregedoria Nacional de Justiça não elimina a possibilidade de conflitos negativos ou positivos de maternidade, pois regulamenta apenas a atuação dos Cartórios. Afinal, assim como as Resoluções do CFM, Provimentos do CNJ não têm *status* de lei oriunda de deliberação por instituição representativa do corpo social, remanescendo a possibilidade de advirem problemas fruto de falta de segurança jurídica que ainda permeia o instituto e que podem afetar todos os envolvidos, especialmente a criança a nascer.

Afora questões relacionadas ao estabelecimento da filiação do nascido, também se identificam outras possivelmente conflituosas e causadoras de insegurança: desencontros entre gestante e beneficiários sobre quais comportamentos são ou não adequados durante a gravidez; tomada de decisões referentes à gestação e/ou ao desenvolvimento do feto; a eventualidade de mudanças de postura ou de decisão, seja da gestante, seja de um ou ambos os beneficiários, com relação ao inicialmente acordado, fruto do passar do tempo ou mediante acontecimentos inicialmente imprevisíveis; a possível não coercibilidade do compromisso firmado em prol do pagamento do tratamento da gestante até o puerpério; dentre tantos outros cuja listagem apenas se expande se submetidas as possibilidades de conflito a uma reflexão minimamente mais profunda.

Em suma, o atual modelo brasileiro de gestação de substituição segundo o Provimento mais recente do CFM guarda uma miríade de problemas possíveis, sem que haja garantia de

¹⁷ As exigências trazidas pelo Provimento n.º 52 do CNJ faziam levantar alguns questionamentos com relação à manutenção do anonimato do doador de gametas, assunto que é de extrema relevância no âmbito da reprodução humana assistida (inclusive gestação de substituição, a qual por vezes é acompanhada da doação de gametas), mas não tratado neste trabalho por fugir ao seu escopo. Contudo, seja consentido remeter a nosso artigo que trata do tema: SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. O impacto do Provimento n.º 52/2016 do CNJ na garantia de anonimato a doadores de gametas no Brasil: necessidade de uma definição. In: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de; LIMA, Renata Mantovani de (orgs.). *Direito civil na contemporaneidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 97-124, v. 4. Posteriormente, foi editado o Provimento n.º 63/2017 explicitando a manutenção do anonimato e corrigindo o equívoco anterior.

segurança jurídica para a gestante, os beneficiários ou a criança em caso de eventuais conflitos, os quais tendem a ser evitados diante das medidas e precauções adotadas pelo Conselho como política de minimização de riscos.

No entanto, é de se reconhecer que conquanto de fato se preste a desviar da ocorrência de inúmeras dificuldades que se sabem possíveis, a política do CFM tem o efeito simultâneo de tolher o acesso à prática por muitos indivíduos que clamam por ser igualmente atendidos em suas necessidades. Afinal, diante da possibilidade de que surjam problemas – permitindo-se a realização da técnica apenas nos raros casos em que os beneficiários disponham de parente ou amiga disposta a ajudá-los sem contrapartida financeira alguma, sequer se vier a ser preciso, por exemplo, ausentar-se do seu trabalho – a medida atualmente adotada no Brasil é o impedimento da prática, sugerindo-se, quando muito, alternativas possíveis para o exercício da parentalidade (como, por exemplo, a escolha pela adoção).

3.2.2 *Limitação à acessibilidade e a luta por reconhecimento*

Nos termos da Resolução n.º 2.168/2017 do CFM, como visto, fica determinado aos médicos que realizem o procedimento da gestação de substituição apenas se restar garantida a inexistência de caráter lucrativo ou comercial; além disso, há a exigência de que a gestante seja parente até o quarto grau de um dos beneficiários, em linha ascendente ou descendente, sendo que, quando não for o caso, será necessária expressa autorização do Conselho.

É claro o objetivo dessa última regra: pressupõe-se que a consanguinidade, a relação de parentesco entre a gestante substituta e quem busca a técnica, é garantia de que a prática se dará de maneira exclusivamente altruísta; nos demais casos, o órgão médico averiguará se a relação entre os envolvidos permite excluir a possibilidade de qualquer avença comercial entre eles. No Parecer-Consulta n.º 5505/2015 do Conselho Regional de Minas Gerais, e no Parecer Consulta n.º 13/2014 do Conselho de Goiás, respectivamente, foram autorizados procedimentos nos quais uma amiga gestaria por outra:

A paciente nem seu parceiro não tem parentes consanguíneos disponíveis para realização da técnica de útero de substituição, sendo assim, sua amiga L.A.L., divorciada, se propôs submeter-se ao tratamento de útero de substituição, de maneira altruísta (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS, 2015a).

No caso em tela, o casal solicitante apresenta pessoa amiga que se dispõe ceder temporariamente o útero para que seja realizada fertilização assistida com óvulos e embriões que foram congelados em tentativas anteriores pela solicitante, onde não se obteve sucesso. A doadora foi avaliada pelo médico que irá fazer o procedimento, Dr. W. N. A., o qual informa estar ela em condições clínicas favoráveis, assim como não

foi identificada qualquer vantagem dela em relação ao casal solicitante (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE GOIÁS, 2014).¹⁸

É de se dizer nesse ponto, que a presunção de que parte o Conselho – no sentido de que no âmbito familiar as mulheres que optam por atuar como gestantes substitutas, ausente qualquer envolvimento financeiro, necessariamente guardariam a possibilidade de um agir autônomo, pois movidas apenas por seus próprios sentimentos altruístas – significa um fechar de olhos para a realidade de que, em um ambiente familiar (no qual muito se espera do papel feminino, exigindo-se, mesmo que irrefletidamente, atitudes de desprendimento, disposição de sacrifício por outros e compreensão com relação à existência de um “instinto materno”), mulheres possam sofrer uma pressão que, ainda que não possua contornos econômicos, pode ser muito mais intensa do que se os tivesse:

(...) afirmar que escolhas dentro do âmbito familiar seriam mais livres do que numa relação contratual com considerações econômicas é enganoso. Parte-se de uma concepção muito estreita de exploração e de um entendimento ingênuo sobre o controle social internamente às famílias, que podem ser lugar de opressão para a mulher. Mulheres podem ser manipuladas emocionalmente, ainda que de modo sutil, para participar de uma gestação de substituição. A culpa pode ser mais poderosa que incentivos financeiros para que uma parente atue como gestante substituta. (...) É inválido assumir que a gestação de substituição altruísta, por sua natureza, levará a menos exploração do que relações contratuais, ou que a mulher terá mais controle e manterá a possibilidade de escolha pela retenção da criança (ANLEU, 1990, p. 70).¹⁹

Fica, assim, subvertida a lógica que preza pelo altruísmo da prática, uma vez que a presunção de que se feita no âmbito familiar sempre será intrinsecamente altruísta pode acabar inibindo investigações sobre pressões exercidas que tenham muito maior intensidade do que

¹⁸ Já se autorizou, inclusive, que uma funcionária gestasse pela empregadora, no Parecer n.º 5501/2015 do CRMMG, considerando-se suficiente um termo de próprio punho dos envolvidos reconhecendo o caráter altruísta da prática para que fosse deferida pelo Conselho: “A paciente A.R.M. teve diagnóstico aos 15 anos de agenesia uterina, não podendo assim gestar, tendo indicação de fertilização *in vitro* com útero de substituição. (...) Este casal ainda apresenta 2 embriões criopreservados e deseja agora nova gestação. Entretanto, devido a razões médicas, A. não poderá tentar nova gestação. Não havendo mais parentes do casal com possibilidades de gestar, o casal trouxe uma funcionária de A.R.M. como candidata a útero de substituição” (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS, 2015b).

¹⁹ Tradução livre da autora: “(...) to argue that choices within families are freer than those in a contractual relationship involving valuable consideration are misleading. They entail a very narrow conception of exploitation and a naive understanding of social control within families which can be oppressive places for women. Female kin may be emotionally manipulated, albeit subtly, into a surrogate arrangement. Guilt may be more powerful than financial incentives as a means of making a relative act as a surrogate mother. (...) It is invalid to assume that family or altruistic surrogacy arrangements by their nature entail less exploitation than contractual relations, or that a woman will have more control and retain the choice to keep the child”. Além disso, em modelos patriarcais, a gestação altruísta que envolva laços emocionais prévios da gestante com os beneficiários pode torná-la mais vulnerável a pressões emocionais e coerção com relação às condições da gestação e do parto (VAN ZYL; WALKER, 2013, p. 376-377).

qualquer pressão por eventual necessidade financeira, sem que, nesse caso, a gestante sequer tenha a possibilidade de receber alguma espécie de contraprestação.

Na literatura internacional, aduz-se, em resposta, que não seria essa a realidade da maioria das famílias, representando a gestação de substituição uma escolha autônoma das gestantes que notam as preocupações causadas pela infertilidade e se preocupam com problemas de familiares, os quais se mesclam com os seus e assim se tornam também seus, e não pelo resultado de qualquer espécie de pressão propositadamente infligida:

Não obstante já se tenha demonstrado que o altruísmo é compatível com escolhas autônomas, relacionamentos íntimos permanecem como caso especial. Uma vez que funcionam como relações de identificação solidária, Lloyd aponta que indivíduos agem a partir de um senso de si mesmos conectado a outras pessoas, em sentidos que questionam divisões estanques entre o eu e o outro, entre egoísmo e altruísmo (...). Opositores da gestação de substituição altruísta parecem preocupar-se com a possibilidade de que uma mulher ou casal infértil pressionem alguma parente a atuar como gestante substituta, mas essa preocupação pode ser muito simplista. (...) essa suspeição não convence porque não é compatível com a maioria das relações familiares (...) (BEIER, 2015, p. 646-647).²⁰

Diante do exposto, tem-se como necessário atentar-se para a existência dessa complicação possível a fim de tomar as medidas cabíveis para evitá-la, o que decerto não significa se utilizar do argumento para, ao contrário, defender a proibição geral da prática: “o fato de que esse risco [de pressão indevida] não pode ser totalmente excluído favorece mais a necessidade de uma regulamentação consistente do que de proibição absoluta da prática” (BEIER, 2015, p. 647).

Acredita-se que também com relação a essa questão referente à possível pressão familiar que suplante ou supere a motivação altruísta pura da gestante, a sua avaliação psicológica e dos beneficiários, exigidas pelo CFM, acabe também minimizando riscos. Havendo qualquer suspeita, mesmo entre parentes até o quarto grau (caso no qual não é necessária autorização expressa do CFM), de que a motivação da gestante sofra indevida influência externa, as clínicas de reprodução humana possuem meios para evitar que a gestação de substituição aconteça entre aquelas pessoas, não aprovando sua participação em virtude de questões observadas nos

²⁰ Tradução livre da autora: “While it has been shown that altruism is reconcilable with autonomous choice, intimate relationships remain a special case. As these entail ‘relations of sympathetic identification,’ Lloyd points out that ‘individuals act out of a sense of themselves as bound up with others, in ways that resist clear-cut divisions between self and other, between egoism and altruism’ (...). Opponents of altruistic surrogacy seem to be concerned with the possibility of an infertile woman or couple pushing a female relative into surrogacy, but this worry might be too simplistic (...), this suspicion is not compelling because it does not match the reality of typical family life (...). However, the fact that this risk [of undue pressure] cannot be fully excluded may speak more for thorough regulation than for a complete ban of the practice”.

atendimentos psicológicos. No entanto, novamente, a política de minimização de riscos acarreta como resultado a limitação de acessibilidade à técnica.

Como se percebe, pela normatização atual, além de nem sempre restar garantido que a motivação na gestação de substituição sem trocas financeiras seja de fato autônoma, o Conselho Federal de Medicina acaba por impor às pessoas que necessitam do uso da técnica a difícil missão de encontrar mulher que se disponha a enfrentar todas as vicissitudes de uma gravidez – enjoos, dores, atendimento às exigências do pré-natal, repouso que pode demandar o afastamento temporário do emprego, riscos inerentes à saúde da gestante no parto, etc. – e, ao final, entregar a criança aos beneficiários, sem que nada possa receber como contraprestação. Dessa forma, mesmo aqueles que têm parentes consanguíneas aptas a gestar, o que provavelmente representa uma minoria, não têm garantia de que estarão dispostas a fazê-lo.

É dizer, a exigência de que inexista caráter comercial, quando a gravidez de substituição trará para a gestante riscos que em muito ultrapassam o simples desconforto, tem o condão de por vezes tornar *impossível* a prática, tendo em vista a dificuldade para encontrar quem se disponha a fazê-lo nesses moldes.

Em tais casos, duas alternativas se apresentam: sua realização no Brasil, mas em desrespeito às exigências do CFM; ou no exterior, em algum outro país que permita o pagamento de contraprestação à gestante, como fizeram a atriz brasileira Adriana Garambone (que após dois abortos naturais procurou uma agência de Israel para ter um filho nascido no Nepal (GUIDORIZZI, 2015), onde trocas financeiras em prol da gestação de substituição eram à época permitidas) e o comediante Paulo Gustavo (que buscou o procedimento pago nos EUA e seria pai de gêmeos, com seu marido (PAULO, 2017), contudo, infelizmente, a gravidez veio posteriormente a termo por causas naturais). Em ambas, os indivíduos gozarão da liberdade conferida pelo ordenamento brasileiro para o desenvolvimento de suas personalidades segundo sua autodeterminação.

A existência de legislações díspares em um mundo globalizado tem possibilitado o que se denomina *forum shopping*, ou “mercado de direitos” (RODOTÀ, 2010, p. 74).²¹ Por essa razão, Rodotà critica uma “cidadania nacional”, que ao unir os nacionais de um país, termina por excluir aqueles de fora (2010, p. 73-74). Assim, a busca por legislações mais permissivas –

²¹ No que tange especificamente às técnicas de reprodução assistida esse “mercado de direitos” é usualmente denominado “turismo reprodutivo” (GUIMARÃES, 2014). Todavia, como narra Jenni Millbank, viagens internacionais em busca de técnicas de reprodução não são “turismo”: é algo estressante, dispendioso e arriscado, que expõe os participantes à insegurança quanto à qualidade do tratamento médico, a procedimentos não necessariamente éticos, à reduzida possibilidade de acompanhamento e aconselhamento profissional, além da insegurança por lidar com regimes jurídicos diferentes (MILLBANK, 2015, p. 478).

possível, porque há livre trânsito de pessoas em nosso mundo globalizado – tem sido o principal motivo que leva muitos a se dirigir a outros países para acesso às técnicas de reprodução (GOMEZ; ROCHEBROCHARD, 2014, p. 3104).

Veja-se que em São Paulo já existem agências como a “Tammuz”, do israelense Roy Rosenblatt-Nir, especializadas em viabilizar a realização do procedimento em outros países mediante pagamento de contraprestação à gestante. Em julho de 2015 tal agência já possuía 28 processos de brasileiros, “sendo 14 de casais gays, sete de casais heterossexuais e sete de solteiros” (KLINKE, 2015).

No entanto, trata-se de medida bastante dispendiosa, acessível apenas àqueles que dispõem de capacidade financeira privilegiada. Assim, se o atual modelo do CFM exclui todos aqueles que não encontram mulher disposta a atuar como gestante gratuitamente, a realização da técnica no exterior também é excludente, ainda que em menor medida, pois acessível apenas a determinadas classes econômicas. Ainda que os preços praticados no exterior oscilem muito de país para país – sendo que os EUA lidam com valores muito mais elevados do que, por exemplo, Ucrânia e Geórgia –, mesmo os lugares com menores taxas envolvem gastos com viagens internacionais, pagamento em moeda estrangeira, possível necessidade de intérpretes, serviços jurídicos, o que gera custos impraticáveis para uma grande maioria.²²

Do ponto de vista das gestantes também existe busca pela possibilidade de receber remuneração pela gestação de substituição. O *website* “www.surrogatefinder.com” possui inscrição de um sem número de brasileiras que especificam em suas descrições que buscam atuar como gestantes de substituição dispondo-se a viajar para qualquer lugar do mundo e, em geral, especialmente pela remuneração financeira.²³

Além do referido “mercado de direitos”, não é possível negar a existência de um mercado negro de gestação de substituição no Brasil. Conquanto a prática sequer tenha sido legislada para que viesse a ser de algum modo proibida, em virtude da regulamentação que parte do Conselho Federal de Medicina as tratativas parecem sempre acompanhadas do tom de

²² Eventual acatamento da gestação de substituição remunerada não deixa de excluir o acesso por diversas pessoas. Todavia, além de abarcar uma gama muito maior de necessitados (por ser, obviamente, mais acessível realizar o procedimento no país do que no exterior, no mínimo por eliminar custos de viagem e pela inexistência de custos com câmbio), abre-se caminho para que o Estado desenvolva políticas públicas que viabilizem acesso ao serviço pela população de baixa/média renda.

²³ Em pesquisa realizada em 15 de setembro de 2017, restringindo-se o campo de pesquisa para Minas Gerais, havia 46 mulheres inscritas no *website* disponibilizando-se para atuação como gestantes de substituição. Do perfil de uma candidata, a título exemplificativo, consta: “entrei nesse site oferecendo meus serviços porque no momento mesmo trabalhando muito, sou pós graduada mas preciso investir e pagar algumas dividas para ter uma vida tranquila e digna no futuro, oferecendo um ensino de qualidade a minha filha, ou seja faço por questão financeiras, preciso urgente de uma casa mobiliada, acabar de pagar meu carro e quitar umas dividas e quero conseguir esse dinheiro de forma digna e ao mesmo tempo fazendo um casal feliz” (sic).

clandestinidade – que dizer de quando são efetivamente postas em prática. Decerto, é usual a postura da comunidade médica no sentido de expor a questão como algo *proibido*, sem, no entanto, dissertar fundamentadamente as razões para tanto, como constou de reportagem do “Bom dia Brasil”:

“Há uma brecha na legislação específica ordinária, mas independentemente dessa brecha, dessa falha, a própria Constituição é o substrato suficiente para falta de juridicidade de correção legal nesse processo. As denúncias devem ser prestadas e se tivermos conhecimento, as sindicâncias sobre o fato serão realizadas”, afirma Carlos Vital Corrêa Lima, vice-presidente do Conselho Federal de Medicina (ILEGAL, 2014).

Nesse sentido, por exemplo, repórteres do “Jornal O Dia”, após empreender negociação clandestina na Internet, encontraram-se pessoalmente com o casal “A. e P.”, que negociavam a gestação pelo valor de cento e vinte mil reais (SAIGG; BARROS, 2009). Também em reportagem televisiva do Fantástico, mulheres que se propunham à gestação de substituição apresentavam preços entre cem e cento e vinte mil reais (MULHERES, 2013), e outras ouvidas pelo “Bom dia Brasil” negociavam valores entre vinte e sessenta mil reais (ILEGAL, 2014).

É possível que o tom de proibição, conquanto seja dito em referência à gestação de substituição fora dos padrões do CFM (a qual, como visto, não é alvo de vedações legais), advenha da indispensabilidade de que um médico participe do procedimento de fertilização *in vitro*, necessário quando a gestante não será a genitora genética da criança. Qualquer pessoa não habilitada como médica que viabilize o procedimento no Brasil incorrerá em exercício ilegal da medicina, crime tipificado pelo art. 282 do Código Penal. Sendo médico, ficará submetido a sanções éticas do CFM.

Além disso, o tom proibitório também pode estar relacionado à necessidade de infração a normas registrais para que a criança nascida fora dos padrões do CFM tenha os nomes dos beneficiários como pais no registro, uma vez que o mencionado Provimento n.º 52 do CNJ determina que o nome da gestante que consta da Declaração de Nascido Vivo apenas não será apostado como da genitora no registro da criança quando também for apresentada declaração de diretor técnico do serviço de reprodução humana assistida (necessariamente um médico), com firma reconhecida, indicando a técnica utilizada bem como dados clínicos de caráter geral.

Diga-se também que mesmo a criminalização do procedimento em outros países não tem o condão de refrear a busca pela prática por aqueles que necessitam. Por exemplo, na Austrália, “‘incentivos’ à gestação de substituição altruísta por meio da facilitação do registro e da criminalização de arranjos comerciais dentro e fora do país têm se mostrado

espetacularmente não efetivos. Centenas de australianos o fazem no exterior e os números crescem ano a ano” (MILLBANK, 2015, p. 478).²⁴ Da mesma forma, na França, onde a gestação de substituição é proibida, franceses dirigem-se ao exterior (em torno de 350 casais anualmente, segundo dados de 2007) ou realizam-na clandestinamente, existindo em *websites* locais tanto mensagens de mulheres que pretendem atuar como gestantes substitutas quanto de casais inférteis na tentativa de encontrar uma gestante por si próprios. Essa busca incessante “acontece porque, independentemente da situação, sempre haverá pessoas que não aceitarão passar a vida sem filhos” (SEMBA; CHANG; HONG; KAMISATO; KOKADO; MUTO, 2010, p. 353).

É de se ressaltar que com a realização da prática na clandestinidade, como em qualquer outra área de atuação humana, os riscos são multiplicados. Por pesquisa realizada na Coreia do Sul, onde não há regulamentação da gestação de substituição, mas ela é praticada clandestinamente em virtude do estigma que envolve, constatou-se que nesses casos as gestantes “podem se tornar vítimas indefesas em casos de gestações malsucedidas. Por outro lado, há casos nos quais os pais beneficiários foram demandados ao pagamento de compensação extra após a concepção” (SEMBA; CHANG; HONG; KAMISATO; KOKADO; MUTO, 2010, p. 352).

De todo o exposto, o que se percebe é que no Brasil, a despeito da regulamentação do CFM e das dificuldades que ela acarreta, há muitas pessoas dispostas a pagar, e tantas outras dispostas a receber pelo procedimento, dentro ou fora do país. Essas pessoas têm se colocado em ação e encontram-se, sem dúvida, dentro dos espaços de autodeterminação reservados pelo ordenamento jurídico ao seu livre desenvolvimento da pessoalidade, a saber, por meio de negociações dentro do país – quando dependerão de médicos dispostos a questionar as normas deontológicas de seu conselho profissional²⁵ – ou buscando realizar a técnica no exterior.

²⁴ Segundo dados do Departamento de Imigração e Cidadania da Austrália, 394 bebês nasceram na Índia com beneficiários australianos em 2010/2011, a maioria deles certamente por meio de gestação de substituição com contraprestação financeira. O número de tentativas por australianos no exterior certamente é maior, pois esse número não acoberta eventuais tentativas malsucedidas. Paralelamente, nesse mesmo período, apenas 16 bebês nasceram em território australiano por meio do procedimento de gestação de substituição altruísta regulado (MILLBANK, 2015, p. 478). Em 2013, foram 36 nascimentos altruístas internamente e mais de 200 mediante pagamento da gestante, fora do país (TREMELLEN; EVERINHGAM, 2016, p. 559).

²⁵ No Japão, por exemplo, onde a gestação de substituição não é regulada, mas existem diretrizes éticas médicas da Sociedade de Obstetria e Ginecologia do Japão contra a prática em qualquer de suas formas, um médico obstetra e ginecologista implementou em 2001 a primeira gestação de substituição entre irmãs no país a despeito dessas diretrizes, inclusive como forma de protesto. Posteriormente, ele foi desligado da Sociedade, mas não foi submetido a nenhuma sanção legal, tendo continuado a prática médica em sua clínica (SEMBA; CHANG; HONG; KAMISATO; KOKADO; MUTO, 2010, p. 349-350).

Com a edição da Resolução n.º 2.168 em novembro de 2017 pelo CFM, diversos médicos expuseram na mídia que o CFM compreende a necessidade de que suas normas se adequem às expectativas sociais. Por exemplo, como constou de reportagem do Jornal Extra:

O CFM destacou a inclusão de questões sociais na avaliação médica para a utilização de reprodução assistida. Segundo Adelino Amaral, membro da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, as novas regras representam um avanço:

— A cada dois anos mudamos com base nas demandas sociais. O que fizemos agora foi avançar, esclarecendo alguns pontos que deixavam dúvidas e incluindo aspectos provocados por mudanças da sociedade. (...)

Para Isaac Yadid, médico que participou da equipe responsável pelo primeiro bebê de proveta do Brasil, as mudanças anunciadas pelo CFM “contemplam um momento novo da sociedade”. Ele destaca o fato de que, a partir de agora, a barriga solidária pode ser realizada não apenas por parentes de 4º grau ascendente — mãe e tia, por exemplo.

— Muitas pessoas não têm família grande, com tantas parentes em idade fértil para recorrer. Então, quanto mais opções, melhor. Isso permite que pessoas que estavam excluídas de tratamentos por não terem mãe ou prima capazes de engravidar sejam incluídas — afirma ele, que acredita que essas sejam “demandas reprimidas que existiam”.

(...) [O professor de Ginecologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Paulo] Gallo explica ainda que, como não existe legislação sobre reprodução assistida no Brasil, o CFM publica, a cada dois anos, resoluções que buscam regular essa área de acordo com valores éticos, adaptando as normas às mudanças da sociedade (PAINS; GAMBA, 2017).

No entanto, diante do cenário de necessidades que a sociedade atualmente apresenta em relação à gestação de substituição, os avanços da norma recém editada ainda se mostram tímidos, excluindo, sem justificativa médica, muitas pessoas que desejam fazer uso de técnicas de reprodução humana assistida e não se veem contempladas.

A ação é um ato comunicativo, um ato de fala: a ação é em si um discurso. Por exemplo, como narra Daniel Mendes Ribeiro, em interpretação de conto de Monteiro Lobato, mesmo um choro infantil pode representar uma forma de comunicação de propósitos:

(...) [Sobre o] conto “Negrinha”, de Monteiro Lobato. Publicado em 1920, o conto traz a estória de uma ex-senhora de escravos, Dona Inácia, que mantém em sua casa uma criança negra, filha de escravos (...). Negrinha é alvo constante de abusos físicos e psíquicos por parte da sua senhora. O conto é interessante, pois Monteiro Lobato coloca o choro da criança como elemento fundante do ódio nutrido pela senhora àquela. Um choro que, segundo o próprio narrador do conto, “nunca vinha sem razão. Fome quase sempre, ou frio, desses que entanguem pés e mãos e fazem-nos doer...”. *A criança a chorar de fome e de frio evoca a forma mais primitiva da comunicação de uma carência, da necessidade de afeto e de cuidado* (RIBEIRO, 2012, p. 68, sem destaque no original).

Pois bem. “O reconhecimento de uma pluralidade existencial abre espaço para as mais variadas formas de manifestações da vida, além da pluralidade de valores que são eleitos pelas

peças na conceituação daquilo que designam ‘vida boa’” (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 32). Quando os agentes não se conformam com a realidade que lhes é posta, têm liberdade de agir segundo valores que elegem para si mesmos e, colocando-os em prática, comunicam ao meio que os cerca aquilo que autonomamente entendem representar, para si, uma forma de *vida boa*, assumindo-se capazes de transformar a si e o mundo à sua volta:

Para o Direito esta manifestabilidade da pessoa é fundamental, na medida em que em um Estado democrático, a legitimidade do Direito encontra respaldo na discursividade construída e reconstruída nos contextos de co-vivência social. Em todo âmbito de manifestação social, a pessoa apresenta-se como elemento primeiro e fundamental do discurso, na medida em que se interage com o outro enquanto interlocutora em um fluxo comunicativo de interlocutores (...). Toda pessoa enquanto ser livre, capaz de pensar, querer e agir, apresenta-se como ouvinte ou falantes em uma rede de interlocutores (MOUREIRA, 2009, p. 80).

A legitimidade desses valores pode ser reconhecida mesmo que em desacordo com o entendimento da maioria, uma vez que a ação se ambienta em um Estado que se propõe plural e democrático. Assim, “[d]a tensão insolúvel em que se encontra o Direito moderno, entre a necessidade de generalizar e universalizar pretensões básicas e aplicar-se a pessoas concretas, circunstanciadas e viventes, surge uma experiência de luta por reconhecimento” (RIBEIRO, 2012, p. 73). Em outras palavras, quando a normatividade social e jurídica vigente não correspondem a pretensões manifestadas pelas pessoas, torna-se necessário empreender uma luta por reconhecimento.

Por certo que o exercício da autonomia e uma tal luta apenas são fundamentados e efetivamente possíveis na heteronomia, havendo limites colocados às escolhas pessoais. É dizer, a eleição de um valor por uma pessoa ou grupo e sua colocação em prática como luta por reconhecimento não faz dessa escolha algo eminentemente bom ou a ser aceito, porque a convivência se dá em sociedade. No mesmo sentido do que Miracy Gustin destaca ser o entendimento de Maria José Añon Roig, compreende-se que sustentar

(...) a necessidade de dignidade e de autonomia do indivíduo, no sentido de que esse indivíduo é dono de seus pensamentos e atos e de que, por isso, deve adotar uma atitude consciente e crítica em relação às normas sociojurídicas, não significa que isso deva ser compreendido segundo um modelo individualista. (...) não pode haver ética sem autonomia, pois autonomia deve significar, primordialmente, responsabilidade moral. E não no sentido apenas individual, mas também no compartilhamento de relações éticas. (...) a consciência individual é o ponto de origem das normas morais [o que] não significa dizer que os juízos morais formam-se em uma consciência isolada, pois o homem é consciência em relação a outros homens (GUSTIN, 1999, p. 125).

Não seria porque existem pessoas que conscientemente adotam como forma de “vida boa” matar outras pessoas que competiria à sociedade ensinar espaço para garantia de sua autodeterminação. No entanto, qualquer limitação imposta à autodeterminação deve ser necessariamente fundamentada, devendo-se, por conseguinte, sempre se partir de um pressuposto de liberdade como regra, e de “não liberdade” como fundamentada exceção.

No caso da gestação de substituição, as ações já por muitos anos verificáveis na sociedade brasileira como inerentes, conquanto ocultas, mediante a realização do procedimento independentemente das dificuldades existentes na prática (sendo possível observar semelhante movimentação em todo o mundo) são forte indicativo de uma *necessidade humana* que clama por ser suprida. “O princípio de satisfação de necessidades deve (...) [atribuir] aos cidadãos capacidades de participarem da sociedade a que pertencem, no que se refere tanto à ação quanto à capacidade argumentativa” (GUSTIN, 1999, p. 127-128). Estas ações em prol de realizar a gestação de substituição representam uma forma discursiva e demonstram uma necessidade a ser satisfeita, o que consubstancia, enfim, uma forma de luta por reconhecimento.

Em reação a práticas sociais ou a determinações do ordenamento jurídico, os interlocutores passam a questionar padrões estabelecidos e, com isso, ampliam o círculo de aceitação de novos valores à medida do convencimento sobre o incremento que sua implementação pode trazer à sua autonomia e à evolução comunitária. Com isso, os embates em prol de reconhecimento na esfera pública se prestam a exercer pressões sobre as comunidades e suas regras estabelecidas, visando a efetivar mudanças que abarquem estilos de vida plurais. “O Direito possui um conteúdo construído em um constante debate histórico (...). Em um processo circular, o texto é compreendido segundo a realidade do intérprete que, por sua vez, influencia essa realidade, transformando-a” (SÁ; NAVES, 2015, p. 44).

Como visto, inexistindo proibição com relação a qualquer das formas para que essa técnica de reprodução humana assistida seja posta em prática, nada há que imponha no Brasil que essa necessidade demandada pelos jurisdicionados não possa ser suprida, inexistindo razão dialeticamente afirmada para “ceifar a possibilidade” de “reciprocidade do reconhecimento”:

É neste ponto que residem as grandes controvérsias normativas enfrentadas pelo Direito, pois ainda que determinados valores sejam assumidos por uma maioria da sociedade, não podem eles ceifar a possibilidade do surgimento de novos valores que partem também de pessoas humanas no processo dialético de afirmação da personalidade. Impedir a efetivação destes novos valores implica na limitação da reciprocidade do reconhecimento (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 33).

Neste tópico, por fim, compete mencionar a existência de uma crítica feita ao raciocínio ético-jurídico aqui expendido no sentido de que a inevitabilidade da gestação de substituição (mediante a inevitável luta por reconhecimento por aqueles que dela necessitam) teria o condão de *obrigar* a preocupação com sua permissão e a sua regulamentação no intuito de salvaguardar o interesse dos envolvidos. Por exemplo, na minuta do relatório denominado “Direitos humanos e questões éticas relativas à gestação de substituição”, feita pela médica belga Petra de Sutter a pedido da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu, Clara Watson identifica que seu foco seria o de buscar soluções para minimizar o dano causado pela prática, baseando-se na assunção de que ela seria aceitável e inevitável, “razão pela qual nossos esforços deveriam ser direcionados à maximização da segurança de todos os envolvidos” (WATSON, 2016, p. 214).

Watson, no entanto, faz o registro da crítica quanto a essa assunção de aceitabilidade, por entender que a “natureza” da gestação de substituição carrega problemas éticos, e afirma:

Enquanto alguns podem considerar essa linha de raciocínio válida, é absolutamente insuficiente para um relatório que busca fundamentar a ação a ser tomada pelos 47 governos constituintes do Conselho Europeu. Perceber algo como inevitável em vez de proceder a uma rigorosa e honesta análise ética é, quando muito, intelectualmente preguiçoso e, no que é mais grave, altamente perigoso. (...) Dr. de Sutter deveria, antes de tudo, perquirir se é possível proteger os direitos das mulheres e crianças e ao mesmo tempo permitir a gestação de substituição (WATSON, 2016, p. 214).²⁶

Uma resposta direta ao argumento de Watson é a impossibilidade de ignorar a inevitabilidade da gestação de substituição, a qual, como visto, é feita de uma forma ou de outra por muitos cidadãos. Afinal, o país que o fizer “estará meramente exportando seus problemas éticos para países mais pobres” (SEMBA; CHANG; HONG; KAMISATO; KOKADO; MUTO, 2010, p. 356). Contudo, mesmo diante disso, entende-se também necessário enfrentar questões referentes à fundamentação ético-jurídica do uso da técnica ou, nos dizeres de Clara Watson, à sua “natureza”, dada a existência de críticas relevantes com relação a elementos e consequências tanto da modalidade altruísta quanto da que é feita mediante contraprestação financeira.

Nesse sentido, e atentando-se à indispensabilidade de que para fins de desenvolvimento de uma estrutura para um negócio jurídico acorde com a perspectiva dinâmica e funcional das necessidades humanas, é preciso considerar, como lecionam Maria de Fátima Freire de Sá e

²⁶ Tradução livre da autora: “Whilst some may consider this a valiant venture, it is wholly insufficient for a report intended to inform possible action to be taken by 47 governments represented at the Council of Europe. Noting something to be inevitable rather than executing a rigorous and honest ethical analysis is at best intellectually lazy and at worst highly dangerous. (...) Dr de Sutter should be asking whether it is at all possible to protect the rights of women and children whilst accepting surrogacy in the first place”.

Bruno Torquato de Oliveira Naves (ressalvando que “os problemas deverão ser analisados nas suas particularidades, por meio da análise do discurso de todos os envolvidos” (2015, p. 21)), que

(...) embora guardem diferenças, Bioética e Biodireito seguem juntos. O Direito não se limita ao discurso legal. A força da norma é uma força da realidade. E esse pressuposto também se encontra na Bioética, pelo efeito *juridicizante* (...). E a função maior de ambos é a proteção dos direitos fundamentais, ainda que utilizem técnicas distintas de abordagem, que ao final, sem sombra de dúvidas, se complementam socialmente (SÁ; NAVES, 2015, p. 16).

3.2.3 *Uma questão de coerência: superação de críticas ético-jurídicas à gestação de substituição já identificáveis na normatividade brasileira vigente*

Em muitos países do mundo a gestação de substituição é repudiada em qualquer de suas formas, sendo Espanha, França, Suíça, Alemanha e Itália apenas alguns exemplos. Na Espanha, por exemplo, o art. 10 da Lei n.º 14/2006 (lei sobre técnicas de reprodução humana assistida) é expresso no sentido de que o “contrato” pelo qual se convencionou a gestação de substituição, com ou sem preço, é nulo de pleno direito, determinando ainda a aplicação da presunção absoluta de maternidade pelo parto (ESPANHA, 2006).

Um argumento frequentemente trazido à baila em contraposição à gestação de substituição como um todo é oriundo da ruptura forçada entre mãe e bebê após a produção, durante a gravidez e o parto, de oxitocina, comumente chamada “hormônio do amor”, responsável pela criação e desenvolvimento do sentimento de vínculo entre mamíferos de modo geral. Espera-se que a produção desse hormônio siga ocorrendo em momentos posteriores, como na amamentação e por toda a vivência pessoal, fruto do contato (mesmo que não seja físico) entre os seres:

Durante o processo da gravidez, grandes quantidades do hormônio “do vínculo”, a oxitocina, são liberadas. O vínculo hormonal da oxitocina, firmemente estabelecido entre mãe e filho durante a gestação, deve ser reforçado após o nascimento por meio de interações físicas entre eles, como pela amamentação, toque e troca de olhares. O vínculo da oxitocina não só facilita importantes processos fisiológicos no desenvolvimento do bebê, como também auxilia a mãe em sua recuperação pós-parto. A liberação de oxitocina promove vínculos entre a mãe e o recém-nascido e cria o desejo pela extensão do contato. Principalmente para a criança, estudos demonstram que a quantidade alta ou baixa resultante desse hormônio controlará a organização da área cerebral de controle do estresse do bebê – gerando características de segurança ou de insegurança emocional no futuro adolescente e adulto.

Todo esse desenvolvimento de vínculo e reconhecimento entre a mãe e seu bebê é intencionalmente interrompido quando a gestante substituta o entrega aos beneficiários, em geral poucos instantes após o parto (...) (WATSON, 2016, p. 220).²⁷

Do ponto de vista do bebê, todavia, sua entrega aos beneficiários já se mostrou *não* problemática. Pesquisas realizadas pela equipe de Susan Golombok no Departamento de Psicologia da Universidade de Cambridge com 42 famílias, acerca do desenvolvimento de crianças nascidas de gestação de substituição, indicam que um ano após o nascimento elas não apresentam temperamento ou grau de problemas comportamentais diferentes das que nascem a partir de doação de gametas ou por concepção natural, padrão que se mantém aos dois anos de idade, sem diferenciação de desenvolvimento cognitivo ou social e emocional. Também com três, sete e dez anos não foram observadas disparidades em termos de bem-estar psicológico (RUIZ-ROBLEDILLO; MOYA-ALBIOL, 2016, p. 189).

Por sua vez, os beneficiários, assumidos pais da criança, parecem capazes de produção de oxitocina em níveis satisfatórios, apesar de não terem experimentado fisicamente a gravidez. Um estudo feito com “ratazanas da pradaria” (espécie de roedores cujo comportamento social se assemelha mais ao de humanos do que os ratos) que nunca haviam se reproduzido demonstrou que a exposição de machos adultos a filhotes por apenas dez minutos faz aumentar consideravelmente os níveis de oxitocina, comprovando que sua produção não é iniciada exclusivamente pela gravidez e parto, mas também pelo convívio social (COMPTON, 2016, p. 32).

Há, outrossim, um estudo com humanos que adotam crianças, a partir de medições dos níveis hormonais da mãe adotante com dois meses e depois com cinco meses após o início da convivência, pelo qual os resultados foram semelhantes ao de famílias nas quais o nascimento ocorreu segundo o padrão usual (COMPTON, 2016, p. 33), podendo-se inferir que com mães a partir da gestação de substituição os resultados não seriam diferentes, pois em ambos o vínculo é socioafetivo. Além disso, existem diversas investigações que demonstram que a oxitocina não é exclusividade materna, aparecendo em níveis semelhantes nos pais, “o que enfatiza o papel

²⁷ Tradução livre da autora: “During the birthing process, large amounts of the bonding hormone, oxytocin, are released. Oxytocin’s hormonal bond, firmly established between the mother and child during gestation, is meant to be reinforced after birth by mother-to-baby physical interactions, such as breast-feeding, skin-to-skin contact and eye gazing. The oxytocin link not only facilitates key physiological processes in the baby’s development, but also helps the mother to recover after the delivery. The oxytocin release promotes bonding patterns between the mother and the neonate and creates desire for further contact. Most importantly for the child, studies show the resulting high or low level of oxytocin will control the permanent organization of the stress-handling portion of the baby’s brain – promoting lasting securely attached or insecure characteristics in the adolescent and the adult. All this essential mother-baby bonding and recognition is intentionally disrupted when the surrogate mother hands her baby over to the commissioning couple, often moments after birth (...)”.

desse hormônio fora do contexto do parto e da amamentação” (COMPTON, 2016, p. 33) e serve de resposta aos casos de pais solteiros e casais homoafetivos masculinos.

Já com relação à gestante substituta, “uma série de estudos indica que tendem a formar uma relação com o casal de beneficiários em vez de com o feto” (KARANDIKAR; CARTER; GEZINSKI; KALOGA, 2014, p. 225), o que se aplica tanto à gestação altruísta quanto remunerada. Pesquisa realizada por Hazel Baslington na Grã-Bretanha indicou que treze de quatorze mulheres ou não apresentaram qualquer dificuldade para a entrega da criança aos beneficiários (dez das quatorze), ou apresentaram por um curto período, restabelecendo-se psicologicamente com facilidade (três das quatorze):

Um resultado inesperado foi de que 10 de 14 gestantes substitutas que entregaram a criança, surpreendentemente, lidaram muito bem com isso à época da pesquisa. Três de 14 engravidaram como substitutas novamente, e uma quarta estava atuando pela terceira vez. Segundo seus depoimentos, a experiência geral era de sentimento de infelicidade no curto prazo, o que passava relativamente rápido. Se um relacionamento bom foi forjado com os beneficiários, isso facilitava a entrega. (...) [Uma das quatro mulheres que apresentaram dificuldades na entrega] admitiu sentir forte vínculo materno com o bebê, mas se sentiu capaz de retornar a seu trabalho após uma semana, tal qual inicialmente planejado. Outras duas relataram que os efeitos foram pequenos, qualquer vínculo que tenha existido foi transitório, não apresentando qualquer sinal de pesar no momento das entrevistas. (...) [A quarta] havia entregado o bebê já há dois anos e meio e ainda padecia de sentimentos de culpa, arrependimento e perda (BASLINGTON, 2002, p. 64-65).²⁸

Nesse mesmo estudo, identificou-se que há um forte componente psicológico no esforço consciente das gestantes substitutas em pensar o procedimento como um trabalho mediante pagamento, e em não pensar o bebê como delas. Caso sentimentos de apego surgissem, em vez de rejeitá-los ou negá-los, aprenderam a redirecioná-los, por exemplo, para os beneficiários (BASLINGTON, 2002, p. 67).

Outro importante estudo realizado com 34 mulheres cujo parto da gestação substituta acontecera um ano antes apresentou resultados semelhantes, no sentido de que, de uma maneira geral, elas não passam por problemas significativos para a entrega do bebê gestado, sendo que,

²⁸ Tradução livre da autora: “An unexpected finding was that 10 of the 14 women who had relinquished, had, surprisingly, coped very well at the time of the fieldwork. Three of the 14 were pregnant for a second time through surrogacy and a fourth was expecting her third surrogate baby. According to their replies, the general experience was to feel unhappy in the short term but this passed fairly quickly. If a good relationship had been forged with the couple, this eased the relinquishment. (...) Another of the three did admit feeling a close maternal bond with the surrogate baby but felt able to return to employment within a week of the birth as planned. For two of the three, the effects were short, according to subsequent statements. (...) One of the four included in Table 7 under the heading, ‘Problem in relationship with couple’ had relinquished her baby two and a half years previously and still suffered feelings of guilt, regret and loss”.

nos casos em que foram verificados, os problemas emocionais diminuíram nas semanas seguintes ao parto:

Os achados desta investigação sugerem que a gestação de substituição representou em geral uma experiência positiva para as gestantes entrevistadas e não dão fundamento às alegações mais usuais acerca dos potenciais efeitos negativos para gestantes substitutas. Por exemplo, nenhuma das mulheres neste estudo teve qualquer dúvida sobre a decisão que tomou de entregar a criança aos beneficiários. Na esteira de resultados anteriores que demonstraram que as gestantes tendem a se distanciar do feto, os resultados do presente estudo indicam que as gestantes possivelmente veem a criança que carregam em seu útero como não sendo delas, o que facilita a entrega. (...) Outra fonte de preocupação com relação à gestação de substituição é a possibilidade de consequências psicológicas adversas para a gestante. Ainda que o estudo tenha demonstrado que experimentaram alguns problemas imediatamente após a entrega, eles não foram severos, tenderam a ter pouca duração e a se dissipar com o tempo. Um ano após o parto, apenas duas mulheres (...) reportaram que se sentiam ocasionalmente tristes. Além disso, a escala de depressão de Edinburgh mostrou que nenhuma das gestantes estava sofrendo de depressão pós-parto um ano após o parto. Assim, não houve evidência de dificuldades relacionadas a esses aspectos da gestação de substituição que têm sido as maiores causas para receio quanto à prática (JADVA; MURRAY; LYCETT; MACCALLUM; GOLOMBOK, 2003, p. 2203).²⁹

Desse resultado advém outra crítica feita ao procedimento: exige-se da mulher um esforço de dissociação cognitiva, de sua mente em relação ao que está acontecendo em seu corpo, e de desconexão com o próprio útero e o bebê que nele se desenvolve. “A linha divisória nessa dissociação é extremamente danosa à integridade essencial da mulher (...). Enquanto o comprador se completa às expensas dela, ela se divide” (WATSON, 2016, p. 218).

Como se percebe, contudo, tal crítica tem forte enfoque sacralizante, com referências a uma “essência” da mulher que deveria ser mantida, independentemente das próprias escolhas que ela faz. Ensina Giorgio Agamben que são sagradas as coisas que de algum modo pertencem aos deuses, restando subtraídas do livre uso dos homens; são sacrílegos os atos que transgridam essa indisponibilidade; e profanação é exatamente o ato de restituição de algo consagrado ao livre uso humano (2007b, p. 58). Assevera ainda:

²⁹ Tradução livre da autora: “The findings of the present investigation suggest that surrogacy has generally been a positive experience for those surrogate mothers interviewed, and fail to lend support to claims regarding the potentially negative outcomes of surrogacy for surrogate mothers. For example, none of the women in the present study had any doubts about their decision to hand over the child to the commissioning couple. In line with previous findings (Ragoné, 1994) which showed that surrogate mothers tended to distance themselves from the fetus, the results of the present study indicated that surrogate mothers may view the child they are carrying as not theirs, thereby facilitating relinquishment. (...). A further source of unease in relation to surrogacy is the possibility of adverse psychological consequences for the surrogate mother. Although the study showed that surrogate mothers did experience some problems immediately after the handover, these were not severe, tended to be short-lived, and to dissipate with time. One year on, only two women (...) reported feeling occasionally upset. Furthermore, the Edinburgh Depression Scale showed that none of the surrogate mothers was suffering from post-natal depression at 1 year following the birth. Thus, there was no evidence of difficulties with respect to those aspects”.

Trata-se de uma ambigüidade que parece inerente ao vocabulário do sagrado como tal: o adjetivo *sacer*, com um contra-senso que Freud já havia percebido, significaria tanto "augusto, consagrado aos deuses", como "maldito, excluído da comunidade". A ambigüidade, que aqui está em jogo, não se deve apenas a um equívoco, mas é, por assim dizer, constitutiva da operação profanatória (ou daquela, inversa, da consagração). Enquanto se referem a um mesmo objeto que deve passar do profano ao sagrado e do sagrado ao profano, tais operações devem prestar contas, cada vez, a algo parecido com um resíduo de profanidade em toda coisa consagrada e a uma sobra de sacralidade presente em todo objeto profanado (AGAMBEN, 2007b, p. 61).

Nesse sentido, essa referenciada “essência” da mulher, seu corpo, sua relação com o feto que se desenvolve e a ideia da existência de um inerente e indissociável instinto materno são vistos como sagrados e, assim, indisponíveis ao uso pela própria mulher que os detém, por alguma razão transcendente, sublime e misteriosa. Ao mesmo tempo em que são “augustos”, intocáveis e exageradamente idealizados – sendo que as características de altruísmo e disposição ao sacrifício são frequentemente associadas à mulher como algo que faz delas “especiais” (VAN ZYL; WALKER, 2013, p. 378) –, apresentam-se igualmente como “malditos, excluídos da comunidade”, uma vez que, entre os mais diversos atos humanos, tornam-se daqueles impassíveis de serem alvos de escolhas autorreferentes. Quando o são, profanam o sagrado e, por isso, veem-se tratados como atos sacrílegos – dignos de censura.³⁰

Essa sacralização é confirmada a partir da análise da “Instrução sobre o respeito à vida humana em sua origem e sobre a dignidade da procriação” da Congregação pela Doutrina da Fé, do Vaticano, de onde consta que a gestação de substituição representa “o fracasso no cumprimento de obrigações do amor maternal, fidelidade conjugal e maternidade responsável” (RATZINGER, 1987), também alçados a níveis transcendentais.

Nada obstante, já foi cientificamente sugerido que “humanos podem ter a habilidade de exercer controle sobre a sua necessidade de apego” (BASLINGTON, 2002, p. 59), o que traz de volta ao campo da ação e deliberação das pessoas os sentimentos que vivenciam. Já em 1949 Simone de Beauvoir asseverou a inexistência de um instinto materno (1949, p. 344), não sendo a mulher definida por seus hormônios ou instintos misteriosos, mas pela forma como apreende seu corpo e sua relação com o mundo a partir da consciência social (1949, p. 856).

Inclusive, um estudo publicado em 1981 por Elisabeth Badinter, sobre a criação de crianças ao longo de trezentos anos na Europa, indicou que as mulheres mudaram seus comportamentos à medida da mudança do discurso social sobre a maternidade, concluindo que o instinto materno seria um mito criado no século XIX em reação à indiferença parental que

³⁰ De acordo com o dicionário Michaelis, sacrilégio significa: “1 Pecado grave contra a religião que consiste na violação de pessoa, lugar ou objeto sagrado. 2 Profanação de pessoas ou objetos consagrados. 3 ‘por ext’ Afronta dirigida às coisas ou pessoas dignas de respeito ou de admiração; *ato digno de censura*” (MICHAELIS, 2017).

culminou em níveis altos de mortalidade infantil. A autora destacou ainda como as pessoas mais abastadas, no passado, entregavam suas crianças para serem criadas por outras de menos posses, “amas de leite”, a fim de amamentá-las e delas cuidar às vezes até os três anos de idade ou mais. Nota-se, dessa maneira, que fatores sociais têm o condão de influenciar o comportamento materno, que não se apresenta como inato (BASLINGTON, 2002, p. 68).

Quanto às amas de leite, é ainda curioso observar que nas áreas xiitas do Irã existe a prática da gestação de substituição, inclusive mediante contraprestação, por autorização da jurisprudência local – que é feita pelas autoridades religiosas –, as quais representam a maior parte do país. “Eles consideram que a gestante substituta é bastante similar à ama de leite e não veem nenhum pecado nessa prática” (ARAMESH, 2009, p. 321), o que novamente demonstra que a visão sobre os corpos femininos e seus usos não é de modo algum universal.

Mais além, é de se questionar, como sugere Christine Straehle, se a própria premissa de que a gestante, ao atuar como substituta e entregar o bebê, efetivamente abalaria o seu “senso de *self*” (pela negação do *self*). Primeiramente, porque a decisão de assumir o controle do corpo e da vida exige por si a presença de um senso de *self* – mediante o autoconhecimento sobre valores prezados e sua própria posição no mundo – bem como porque não há registros de que a alienação vivida por gestantes substitutas seja, ainda que não impossível, maior ou menor do que a causada por outros trabalhos feitos por mulheres na economia capitalista, por exemplo, em confecções de roupas em Bangladesh (e sem que esses trabalhos recebam rejeição igual à da gestação de substituição, dessa perspectiva “alienadora”). Ao contrário, mais que nesses trabalhos, a gestação de substituição proporciona a realização de objetivos próprios e a prestação de auxílio a outrem, contrariando a ideia de prejuízo a uma visão positiva e estabelecida sobre o “eu” (STRAEHLE, 2016, p. 156).

Com isso, torna-se perceptível que a conclusão de Clara Watson no sentido de que o sentimento da gestante para com o feto seria inevitável, impassível de controle – resultando qualquer tentativa no sentido desse controle a violação de uma suposta integridade inquebrantável – não apenas se atém exclusivamente a argumentos sacralizantes como contraria evidências históricas e científicas.

Outra crítica contundente vertida contra a gestação de substituição é no sentido de que “o *status* de pai não pode ser definido de uma maneira ou de outra por indivíduos; é uma questão concernente ao Estado (...). Adicionalmente, o direito de família é governado pelo princípio do melhor interesse da criança, razão pela qual nenhuma decisão prévia será conclusiva” (MILLBANK, 2015, p. 486), o que não deixa de se aplicar à modalidade altruísta. Defende a

autora que a gestante seja definida como a genitora e, após o nascimento, caso queira, abra mão de seus poderes parentais para os beneficiários ou opte por não o fazer.

Liezl van Zyl e Ruth Walker discordam com veemência da proposição de Millbank. Em referência expressa a seu texto, asseverando que eventual mudança de ideia da gestante não pode ter o condão de se sobrepor à intenção de parentalidade ou à genética dos beneficiários, demonstram que a adoção desse modelo não é coerente com o objetivo de proporcionar maior segurança aos envolvidos:

A premissa do modelo de Millbank é de que a gestante substituta, como mulher que dá à luz a criança, deve ser considerada legalmente sua genitora se isso for de sua escolha, não obstante o conceito fundamental da gestação de substituição seja de que os beneficiários e a gestante estão criando uma criança com a exclusiva intenção de formar uma família para os beneficiários. (...) O bebê não teria sido concebido fosse outra a situação, independente de quem forneça ou gametas ou gaste o feto. Apenas se esse fato for levado a sério para regular a gestação de substituição poderá haver certeza para os envolvidos. A gestante poderá mudar de ideia e manter “seu” bebê, os beneficiários poderão recusar a criança, que sempre nascerá com uma identidade ainda a ser determinada. (...) [Se a pretensão] é prover uma alternativa à gestação de substituição transnacional, é preciso enfrentar os problemas éticos e legais mais cruciais. Não é suficiente que o Estado diga aos beneficiários que os riscos foram reduzidos de modo tal que é muito improvável que a gestante recusará a entrega do bebê ou desistirá de buscar a maternidade legalmente. O ordenamento deve tornar impossível que o acordo de gestação substituta falhe nesse ponto.

Torna-se claro que os beneficiários sofrerão se a gestante mudar de ideia, mas a própria gestante também tem muito a perder. Se os beneficiários desistirem do acordo, o sistema sugerido por Millbank deixa a gestante como genitora legal quando ela não possuía intenção alguma de ser a mãe dessa criança. (...) O que parece ser uma salvaguarda para a gestante – “entrega consensual da criança após o parto” – na verdade a torna vulnerável (VAN ZYL; WALKER, 2015, p. 385).³¹

As possibilidades destacadas por van Zyl e Walker são reais, assim como, por conseguinte, o risco causado à gestante e à criança pela não determinação prévia ao nascimento

³¹ Tradução livre da autora: “The assumption underlying Millbank’s model is that the surrogate, as the woman who gives birth to the baby, is correctly regarded as the legal mother of the baby if that is what she wants. Yet the fundamental concept of surrogacy is that the intended parents and the surrogate are creating a child with the sole intention of forming a family for the intended parents. (...) The baby would not be conceived otherwise, no matter who provides the gametes or gestates the fetus. Unless this fact is fully embraced in the regulation of surrogacy, there is no certainty for any of the parties involved. The surrogate can change her mind and keep “her” baby, the intended parents can refuse to accept the baby, and the baby itself is always born with an identity still to be determined. If states such as Australia (or New Zealand and the United Kingdom) seriously wish to provide an alternative to international surrogacy, then they must address the central ethical and legal problems with current regulations. It is not enough for the state to say to intended parents that it has reduced the risks so that it is very unlikely that the surrogate will refuse to relinquish the child or that it will decline their application for legal parentage. The regulatory framework has to make it impossible for a legal surrogacy agreement to fail in this regard.

It is clear that the intended parents suffer if the surrogate changes her mind, but the surrogate herself also has a great deal at stake. If the intended parents opt out of the arrangement, the current system, even if reformed on Millbank’s lines, leaves the surrogate as the legal mother when she had no intention on becoming a mother to this child. (...) What appears to be a safeguard for the surrogate – “consensual relinquishment after birth” – in fact makes her vulnerable”.

de que a parentalidade é dos beneficiários. Nos Estados Unidos já houve caso no qual os beneficiários desistiram de ficar com o bebê quando o exame pré-natal apontou a existência de uma deficiência. Em outro caso – Jaycee B contra a Suprema Corte de Orange County – o casal de beneficiários se divorciou antes do nascimento de Jaycee, tendo o genitor aduzido em juízo que não lhe competiria pagar alimentos porque não era o pai genético, sua esposa não havia dado à luz a criança e ele nunca teria formalmente a adotado (TIEU, 2008, p. 172-173).

Assim sendo, é de se reconhecer que, diferentemente do que aduz Jenni Millbank, não se trata da determinação de filiação de bebês a bel prazer dos indivíduos, mas sim da observância do princípio do melhor interesse da criança, da proteção à própria gestante e, especialmente, do reconhecimento de que a parentalidade ultrapassa a genética ou o ato físico do parto: ela pode ser também fruto de uma escolha, uma decisão por se assumir como pai ou mãe de alguém, mesmo antes de seu nascimento.

“Está-se diante de novas realidades que importam uma ‘desbiologização e/ou desgenetização da filiação’, daí recebendo o conceito de filiação novos contornos, passando-se a falar em ‘parentalidade voluntária’ (...)” (LAMM, 2012, p. 81).³² As técnicas de reprodução humana assistida obrigam a atenção à verdade voluntária, pela qual a filiação não se determina pelo elemento biológico tampouco o genético, mas sim pelo volitivo. Mesmo que sejam em geral utilizadas por aqueles que não querem renunciar a ter um filho com vínculo genético, não será esse elemento a determinar a filiação, mas sim a escolha, o consentimento previamente prestado (LAMM, 2012, p. 81).

Existe ainda outra crítica, feita novamente por Clara Watson, no sentido de que não deveria ser reconhecido aos beneficiários um “direito a ter uma criança”, e que partir da premissa de existência desse direito configuraria uma assunção falaciosa. Mesmo que estejam previstos, inclusive internacionalmente, os direitos à formação e respeito à família, bem como ao acesso a benefícios propiciados pelo progresso científico, segundo a autora isso não daria guarida jurídica ao “mero desejo” de formar família. “Não é suficiente adotar uma criança órfã ou criar uma criança que já esteja viva, a criança precisa ser geneticamente ligada a eles (...). Isso é não apenas o desejo de ter uma criança, mas o desejo de que a mãe se ausente” (WATSON, 2016, p. 216).

A possibilidade de ter filhos e exercer a parentalidade permite aos indivíduos uma oportunidade única de realização pessoal e de concretização de valores e objetivos

³² Tradução livre da autora: “Se está ante nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de ‘parentalidad voluntaria’ o ‘voluntad procreacional’”.

autodeterminados por toda a vida. Para pessoas cuja infertilidade inviabiliza a procriação, ou mesmo para homens homossexuais, a gestação de substituição é a única forma para que atinjam esse propósito. A adoção nem sempre preenche os desejos dessas pessoas porque, por vezes, a intenção é de que possuam um filho geneticamente ligado a eles – seja por ser a adoção um processo complexo, seja por entenderem que o compartilhamento de traços genéticos pode facilitar a criação, seja por desejarem prolongar as próprias vidas através da prole (STRAEHLE, 2016, p. 148). É possível, ainda, que mesmo que não busquem essa ligação genética, pretendam participar do processo gestacional, ainda que não por meio de seus próprios corpos.

Assim sendo, o que Watson encara como “direito a ter uma criança” é, na verdade, a concretização do direito ao livre planejamento familiar como manifestação do direito à dignidade, entendida, neste caso, como liberdade para a busca da realização pessoal. Esse direito “consiste em uma escolha da entidade familiar (...). Um espaço de autonomia delegado pela ordem jurídica para que os indivíduos que compõem aquela entidade familiar possam desenvolver sua personalidade” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 145).

Nessa toada, está previsto no art. 226 §7º da Constituição brasileira que, “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”. Todavia, como todo direito em nosso Estado democrático, possui limitações internas (porque oriundas do próprio ordenamento jurídico), quais sejam, “a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 148). Como se vê, a dignidade é igualmente fundamento e limitação do direito ao planejamento familiar.

O que se chama “direito a ter uma criança” também não foge à previsão do §7º do art. 226 da Constituição, o qual prevê que compete ao Estado propiciar recursos “científicos para o exercício desse direito [ao planejamento familiar], vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, 1988), ou ao art. 9º da Lei n.º 9.263/96 que determina que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (BRASIL, 1996).

Percebe-se da crítica feita por Clara Watson uma postura de injustificado *desdém* com relação a um tipo de projeto pessoal que entenda essencial a ligação genética com os filhos e/ou a participação no processo gestacional, quando em um Estado democrático a pretensão deve ser de abarcar pluralidades de projetos de vida a despeito de crenças pessoais ou majoritárias da coletividade. Cabe, decerto, observar se a concretização do direito que se pretende viola seus limites internos, os quais, como se identificou, são a dignidade e a parentalidade responsável.

Em outras palavras, compete observar se a viabilização do acesso à gestação de substituição viola direitos da gestante ou contraria o que se espera da responsabilidade parental.

Até aqui, já foram enfrentados alguns dos possíveis problemas ético-jurídicos envolvendo a gestante substituta, inclusive apontados por Watson, os quais mediante escrutínio se apresentaram não como forma degradante de atuação e sim como meio para consecução de projetos pessoais próprios, de tal modo que não se vislumbra possível identificar violação à dignidade da gestante. Outros serão estudados no decorrer do trabalho. Além disso, no que toca à parentalidade responsável, igualmente não se entende possível falar que seja violada pela gestação de substituição, na medida em que o nascimento e a criação da criança, mais do que em muitos casos de procriação por métodos usuais, são extremamente desejados e planejados pelos pais, do ponto de vista psicoemocional e financeiro. Como discorre Stephen Wilkinson:

A proibição (...) resultaria no não nascimento de muitas crianças que teriam vidas que valeriam a pena ser vividas. Não obstante seja demais dizer que esse grupo (as crianças meramente possíveis) seria violado, os Estados deveriam, no mínimo, tomar cuidado ao legalmente proibir que venham a existir quando: (a) a criança será desejada por seus pais; (b) os pais têm condições de cuidar da criança e de provê-la com um bom lar; e (c) a criança terá uma boa qualidade de vida (2016, p. 137).³³

Como se vê, a gestação de substituição promove direitos constitucionalmente previstos, guardando o respeito devido a seus limites internos. No sentido do exposto, é interessante notar a argumentação expendida pelo Parlamento Português no Projeto de Lei n.º 183/XXIII/1ª em prol da aprovação de lei que autorizasse a gestação de substituição altruísta no país, o que veio a se concretizar em 22 de agosto de 2016:

(...) a regulação da gestação de substituição é também da maior importância. Ela responde, nos moldes em que a propomos, a situações concretas que necessitam de resposta. No caso de mulheres sem útero ou com lesão ou doença deste órgão que impeçam a gravidez, o alargamento do acesso a técnicas de PMA [procriação medicamente assistida] é insuficiente, como se percebe. Para estes casos concretos, é necessário prever, permitir e regular o acesso a uma gestante de substituição. Só assim garantiremos que também estas mulheres têm [sic] a possibilidade de concretizar, caso queiram e pretendam, um projeto de parentalidade.

(...) A iniciativa legislativa que aqui apresentamos é também resultado da discussão dos últimos meses, mas é, acima de tudo, resultado da necessidade de uma resposta a muitas mulheres que em Portugal estão impedidas de serem mães biológicas por não poderem aceder à gestação de substituição.

³³ Tradução livre da autora: “(...) prohibiting (...) may result in, and indeed is designed to result in, many possible future children not being born (...) most of whom would have had worthwhile lives. While it would be going too far to say that this group (the merely possible future children) would be harmed, governments should, at the very least, be cautious about using legal prohibition to prevent people from coming to exist in cases where: (a) the child would be wanted by its parents; (b) the parents can afford to take care of the child and are capable of providing him or her with a decent home; and (c) the child would have a reasonable quality of life”.

São na sua maioria casos dramáticos aos quais urge dar uma resposta e uma solução: uma mulher com síndrome de Rokitansky que tenha nascido sem útero pode ser mãe biológica uma vez que produz ovócitos, mas necessita sempre de recorrer a uma gestante de substituição; uma mulher que na sequência de uma doença oncológica tenha feito uma histerectomia apenas poderá ter um filho biológico se lhe for permitido o recurso à gestação de substituição... Estes são apenas dois exemplos, entre muitos possíveis, que materializam a necessidade deste projeto de lei e da gestação de substituição nos termos em que é proposta (PORTUGAL, 2016, p. 2-3).

A atual “normatividade brasileira” referente à gestação de substituição, oriunda das regras do Conselho Federal de Medicina, não encara nenhuma das críticas até aqui mencionadas – ruptura forçada do vínculo formado entre gestante e bebê, imposição de dissociação cognitiva à mulher, violação do instinto materno, impossibilidade de voluntariedade na determinação da filiação e suposta inexistência de um direito a ter uma criança – como problemática, já que, mediante aceitação da modalidade altruísta, demonstram entendê-las superadas. Outrossim, além dessa normatividade do CFM, é possível identificar com relação às mesmas questões uma boa recepção pela jurisprudência nas vezes em que foi instada. Daí decorre a afirmação de que o *status* brasileiro no que tange à gestação de substituição, se comparado a diversos outros países, apresenta-se, de certa maneira, como um dos mais vanguardistas (SÁ; RETTORE, 2016, p. 77).

Veja-se que conquanto a questão registral no Brasil tenha sido pacificada, em termos, pelo Provimento n.º 52/2016 do CNJ, antes de sua publicação era comum que pedidos de registro fossem feitos judicialmente. Assim, a análise desses julgados afigura-se importante em virtude de, como pano de fundo, em algumas delas ser possível perceber a existência de entendimento jurisprudencial tendente à aceitação da gestação de substituição, ao menos na forma como atualmente normatizada pelo CFM.

Por exemplo, em 2011, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi instado a se manifestar sobre o registro de duas crianças gestadas no útero da irmã da genitora beneficiária (RIO GRANDE DO SUL, 2011). O Cartório havia se recusado a proceder ao registro das crianças na condição de filhos da beneficiária, ao argumento de que inexistia com ela vínculo genético (tendo em vista ter ocorrido fertilização com material genético de doadora anônima), bem como por não ter sido ela quem deu à luz aos infantes, de modo que o registro da maneira requerida careceria de base legal e representaria afronta ao princípio da legalidade.

Nesse caso, a par da questão registral, nota-se que do acórdão é possível depreender manifestação favorável ao reconhecimento de que o vínculo de maternidade ou paternidade escolhido ultrapassa o biológico, do parto, podendo ser também fruto da manifestação de vontade e de um projeto parental:

(...) há muito está superada a noção de que o reconhecimento da maternidade/paternidade decorre exclusivamente da existência de vínculo biológico ou gestacional, sobrelevando, em muitos casos, a maternidade/paternidade socioafetiva, fruto exclusivo da vontade, e não da genética.

Esse elemento social e afetivo da maternidade sobressai-se em casos como o dos autos em que o nascimento das crianças decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida (com fertilização in vitro e gestação em útero de substituição) e solidariedade familiar. O pleito [de registro das crianças como filhos da genitora beneficiária], portanto, é perfeitamente viável, porém não na forma como foi deduzido, em feito sujeito ao contraditório (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Igualmente, em 2014, por sentença da Comarca de Três Lagoas no Mato Grosso do Sul, em caso oriundo da negativa de registro, entendeu-se que não havia razão para impedi-lo porque a parentalidade e a determinação da filiação devem ultrapassar o vínculo genético ou do parto, sendo igualmente genuínas e legitimadas como fruto de opção feita antes da concepção:

Nada mais autêntico do que reconhecer como pais aqueles que agem como pais, que dão afeto, que asseguram proteção e garantem a sobrevivência. É necessário encontrar novos referenciais, pois não mais se pode buscar na verdade jurídica ou na realidade bio-fisiológica a identificação dos vínculos familiares.

A relação parental não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos. O avanço no campo dos procedimentos de fertilidade acabou com a presunção de que a maternidade é sempre certa devendo o registro civil acompanhar essa evolução (TRÊS LAGOAS, 2014).

Tem-se ainda o Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, em agosto de 2012, numa ação que não tratava sobre registro, mas sobre tempo de licença maternidade, reconheceu que a mãe-beneficiária de uma gestação de substituição deveria licenciar-se pelo mesmo tempo concedido às genitoras biológicas (no caso, cento e oitenta dias), por “acompanhar diuturnamente seu filho sendo gestado em útero alheio, o que significa, necessariamente, consequências psicológicas típicas de uma mãe gestante” (BRASIL, 2012). A questão se pôs tendo em vista que a empregadora, a Universidade Federal de Pernambuco, pretendeu conferir prazo menor de licença maternidade (cento e cinquenta dias) à mãe cujo filho fora fruto de gestação de substituição, por equivalência ao prazo à época conferido às genitoras cujo vínculo de filiação se forma por meio da adoção.

Reconhece-se, dessa maneira, que não apenas a parentalidade, mas até mesmo os efeitos de uma gravidez não seriam oriundos tão somente das vicissitudes físicas vividas por uma mulher diante dos limites diretos de sua composição bioquímica, mas pela *escolha por vivenciá-la*, ainda que por meio do corpo de outrem, acompanhando intimamente e assumindo a gestação como parte de seu *eu*, desde a decisão pela concepção até o momento do parto.

Nesse sentido, apreende-se que o corpo pode ultrapassar seus limites, e que as consequências psicofísicas vividas podem ser mais o fruto das opções feitas pelo indivíduo do que das limitações colocadas diante do humano pelos entornos estritamente corpóreos de seus “invólucros orgânicos”. A possibilidade da vivência de experiências extracorpóreas, inclusive com *incorporação do corpo alheio* – e independentemente do gênero desses corpos – já é fato assentado como possível e relativamente fácil de ser experimentalmente reproduzido, segundo estudos de neurociência, como relata Miguel Nicolelis:

Olaf Blanke, professor do Instituto do Cérebro e da Mente da École Polytechnique Fédérale de Lausanne, na Suíça, e seus colegas descobriram que múltiplos aspectos de uma experiência extracorpórea podem ser replicados em sujeitos saudáveis por meio da estimulação não invasiva da área da junção dos lobos temporal e parietal no hemisfério direito, usando uma técnica conhecida como estimulação magnética transcraniana.

Expandindo esses achados, o neurocientista sueco Henrik Ehrsson, do Karolinska Institutet, em Estocolmo, empregou um aparato de realidade virtual para manipular sinais táteis e visuais em sujeitos saudáveis. Nesses experimentos, voluntários foram capazes de experimentar a estranha sensação de existir fora de seus próprios corpos, assumir a posse de um corpo totalmente novo ou mesmo trocar de corpo com outras pessoas. (...) Ehrsson e seu time de pesquisadores expandiram essa abordagem e demonstraram que pares de sujeitos eram capazes de trocar de corpo um com o outro, por meio de uma experiência extracorpórea que também podia ser induzida pela manipulação de sinais táteis e visuais. (...) sem qualquer protesto, em apenas alguns minutos, esses sujeitos tranquilamente renegaram seus próprios invólucros orgânicos, que tinham servido como a moradia de sua consciência e senso de eu por décadas, para assumir uma nova residência e identidade corpórea. (...) Vale ressaltar que os experimentos demonstraram também que a transferência de corpos entre sujeitos não foi afetada quando as duplas eram formadas por sexos opostos. Homens podiam assumir um corpo de mulher e mulheres podiam assumir um corpo masculino sem qualquer tipo de preconceito ou dificuldade, um achado que demoliu uma série de dogmas neurofisiológicos. Os experimentos ainda diminuíram consideravelmente o apelo ao culto do corpo como razão única da vida, ao sugerir que tais invólucros realmente não passam de uma artimanha dissimulada do mestre de todos os arquitetos da realidade: o cérebro humano. (...) a definição dessa imagem corporal dentro do cérebro não parece se limitar à última camada do tecido epitelial da pele que recobre nosso frágil corpo de primata (...). Em cada um de nós esse órgão está trabalhando continuamente, numa rotina frenética de assimilação de tudo aquilo que nos rodeia, com o intuito de modelar nossa autoimagem corpórea com base num incessante fluxo de informação (...). Uma vez que seus sentimentos primordiais são despertos, o cérebro não titubeia: ele imediatamente abraça tudo que o rodeia, sem pensar mais por um só instante onde ficavam, momentos atrás, suas vãs fronteiras! (NICOLELIS, 2011, p. 122-129)

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que na realidade social brasileira, na qual desde 1992 – portanto, há um quarto de século – impera a aceitação (ao menos) à modalidade altruísta da gestação de substituição, os apontamentos éticos feitos em contrário ao procedimento e já analisados neste trabalho encontram-se, de certa maneira, suplantados.

Isto é, já se tendo permitido até mesmo que uma funcionária gestasse pela empregadora (Parecer n.º 5501/2015 do CRMMG (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS

GERAIS, 2015)) – relação na qual não há nenhuma garantia de que à gestante substituta será permitido contato com a criança no decorrer de seu crescimento, diferentemente do que pode ser esperado da gestação entre parentes –, impõe-se admitir que no Brasil há um amplo consenso social no sentido de que a entrega do bebê pela gestante aos beneficiários não causa a qualquer deles dano insuperável, bem como que qualquer esforço de dissociação cognitiva pela gestante pode ser benéfico ou, no mínimo, não prejudicial, e que o compromisso de entrega do bebê pela gestante após o parto não a viola nem a um suposto instinto materno natural.

Além disso, é possível afirmar a existência de entendimento – neste caso, inclusive referendado pelo Provimento n.º 52/2016 do CNJ – também com relação à possibilidade de que a filiação das crianças nascidas a partir da técnica seja, previamente e com o consentimento de todos, atribuída aos beneficiários, independentemente de terem ou não vínculo biológico com ela, pois podem tê-la concebido por meio de doação de gametas masculinos e femininos.³⁴ Como visto, a Resolução n.º 2.168/2017 do CFM exige a assinatura por gestante e beneficiários, antes da concepção, de termo de compromisso definindo a filiação da criança, bem como que durante a gravidez os beneficiários providenciem a documentação que garanta o registro da criança, enquanto o Provimento do CNJ veda que Oficiais de Cartórios questionem essa parentalidade previamente estabelecida. Por fim, nota-se que o direito à escolha pela gestação de substituição como forma de procriação é visto como legítimo para aqueles que não dispõem de outra forma para fazê-lo.

O que importa, enfim, reconhecer, é *que por uma questão de coerência*, diante do narrado consenso – médico, jurisprudencial e até mesmo popular – existente quanto à modalidade altruísta no Brasil, nenhuma das críticas à gestação de substituição analisadas poderia ser feita em nosso país em relação à efetivação do procedimento mediante troca financeira com a gestante. Afinal, da análise dos aspectos selecionados depreende-se que são de aplicação indiferente seja para a gestante que recebe ou para a que não recebe contrapartida, de tal forma que entender superadas tais questões para a modalidade altruísta obriga entendê-las também superadas para a modalidade remunerada, sob pena de se incidir em um contrassenso.

Ao mesmo tempo, é de se reconhecer que, não obstante já se tenha estabelecido no Brasil, por delongado período, uma aceitação geral quanto à gestação de substituição altruísta,

³⁴ Quando se trata de filho fruto de doação de gametas femininos e masculinos (que é viabilizada pela fertilização *in vitro*), inexistente até o momento previsão por lei federal quanto à constituição de filiação dele para com os pais, na medida em que o art. 1.597, V do Código Civil contempla apenas a inseminação artificial heteróloga, ou seja, assume a possibilidade de doação de gametas masculinos mas considera que haverá vínculo genético com a mãe.

esse consenso padece de riscos de retrocesso em virtude de Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional. Apesar de o mais recente, PL n.º 115/2015, de autoria do deputado maranhense Juscelino Rezende Filho, apontar mudanças sem retrocessos com relação aos temas tratados neste tópico, ele se encontra apensado a outros quinze,³⁵ sendo que o principal deles (PL n.º 1.184/2003, de autoria do senador Lucio Alcantara) traz em seu art. 3º determinação no sentido de proibição geral da gestação de substituição, inclusive prevendo no art. 19 pena de reclusão para qualquer pessoa que participe do procedimento (BRASIL, 2003).

Os projetos apensados encontram-se atualmente sob análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, e serão debatidos por meio de audiência pública cuja data ainda pende de designação,³⁶ do que decorre a importância de que em referida audiência o tema seja detalhadamente enfrentado e os interessados exponham aos representantes do Poder Legislativo razões para disponibilizar meios para a consecução de projetos de parentalidade àqueles que necessitam, no que a argumentação aqui expendida pode se mostrar relevante, mesmo para, a depender da forma como aprovado, sustentar que se trata de Lei fadada à declaração de inconstitucionalidade.

Passa-se, adiante, à análise de críticas à gestação de substituição que ultrapassam os temas que, de um modo ou de outro, já se encontram abarcados pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, carecendo de uma fundamentação ético-jurídica mais aprofundada, afinal, como propuseram Sá e Moureira em outra ocasião,

Para o propósito aqui almejado, propõe-se uma compreensão do Direito enquanto fenômeno comunicativo que deve ser analisado *problematicamente*, a aliar teoria e prática, em um constante processo hermenêutico que não se fecha em conceitos prontos e imutáveis, mas os reconstrói argumentativamente, possibilitando a participação e a contradição no processo sócio-histórico de sua permanente reformulação. (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 31).

3.2.4 *Em busca da superação de críticas ético-jurídicas à gestação de substituição não identificáveis expressamente na normatividade brasileira em vigor*

³⁵ Apensados ao projeto de 2015, estão: PL 1184/2003; PL 120/2003; PL 4686/2004; PL 2855/1997; PL 4665/2001; PL 1135/2003; PL 2061/2003; PL 4889/2005; PL 4664/2001; PL 6296/2002; PL 5624/2005; PL 3067/2008; PL 7701/2010; PL 3977/2012; PL 4892/2012 e PL 7591/2017, este último referente apenas à “capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão”.

³⁶ O trâmite desse conjunto de projetos pode ser acompanhado por meio do endereço eletrônico disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275&ord=1>>. Acesso em: 05 out. 2017. Em 18 de agosto de 2015, consta da última movimentação que foi aprovado requerimento do Sr. Ivan Valente requerendo a inclusão de convidados para compor a mesa da Audiência Pública para debater o Projeto de Lei n.º 1184, de 2003 (bem como seus apensos).

3.2.4.1 Reificação e exploração da gestante

Uma das questões mais frequentemente trazidas à baila por críticos da gestação de substituição mediante contraprestação financeira é de que não deve ser permitida a instrumentalização da mulher e de seu corpo, no sentido de sua reificação. Entende-se, de um lado, que se trata da sociedade fazendo os corpos femininos de instrumento, meio para um fim, e de outro, que a própria mulher escolhe fazer de seu corpo um meio para obter dinheiro e, ainda, transformá-lo em algo que pode ser precificado segundo negociações. Com isso, consideram essa (auto)reificação uma degradação da dignidade inerente à pessoa humana, como bem resume Sharyn L. Roach Anleu:

Outra classe de argumentos foca nas implicações para as mulheres como grupo se seu valor for medido exclusivamente em termos de capacidade reprodutiva. A gestação de substituição reduz a mulher a um mero veículo reprodutivo, a úteros alugados. Elas se transformam em incubadoras que viabilizam que homens tenham filhos genéticos. A capacidade reprodutiva feminina se torna uma mercadoria a ser comprada e vendida no mercado. A venda reduz severamente o direito da mulher de fazer escolhas sobre seu próprio corpo. A desvalorização mais profunda da mulher resultará nos bordeis reprodutivos descritos no livro “O Conto da Aia” de Atwood (ANLEU, 1990, p. 65).³⁷

Assemelha-se referido argumento ao que Michael Sandel denomina “argumento da corrupção”, o qual

(...) centra-se no caráter dos bens propriamente ditos e das normas que devem governá-los. Não pode, assim, ser atendido simplesmente pelo estabelecimento de condições justas de barganha. Mesmo numa sociedade sem diferenças injustas de poder e riqueza, continuaria havendo coisas que o dinheiro não deve comprar. Isso porque os mercados não são simples mecanismos; eles também encarnam certos valores. E às vezes os valores de mercado podem jogar para escanteio normas alheias a ele que merecem ser preservadas (SANDEL, 2014, p. 112).

O que tal argumento deixa de observar, no entanto, é que todos os corpos em uma sociedade são a todo tempo reificados, e frequentemente também autorreificados, sem que isso seja considerado degradante na grande maioria das vezes.

³⁷ Tradução livre da autora: “Another set of arguments focuses on the implication for women as a group if their value is measured solely in terms of reproductive capacity. Surrogacy reduces women to mere reproductive vehicles, to rented wombs, they become incubators which enable men to have children with whom they have genetic links. Women’s reproductive capacity becomes a commodity to be bought and sold on the market. The sale severely curtails a woman’s right to make choices about her own body. The ultimate devaluation of women will result in reproductive brothels (Corea 1987) which Atwood’s (1985) novel *The Handmaid’s Tale* describes”. O livro “o Conto de Aia” foi adaptado para o formato de série televisiva e recebeu grande repercussão. Em ambos, Offred é uma aia, uma das poucas mulheres férteis restantes no mundo, forçada a manter relações sexuais com homens poderosos e gestar seus filhos (CAIN, 2017).

Lesley A. Sharp descreve “anúncios que detalham características desejadas de uma gestante substituta idealizada, cujo valor advém de sua propensão genética à inteligência, de sua beleza, modos, escolaridade, formato corporal” (2000, p. 302), o que remete imediatamente à forma de seleção de modelos (masculinos ou femininos), ou ainda, com bastante frequência, de atores de televisão e cinema. Como é cediço, não se veem considerações sobre indignidade de homens ou mulheres que figuram em anúncios de grandes marcas, selecionados apenas com base em seus atributos físicos – e recebendo por isso –, já que grande parte das vezes seu nome, história ou interesses sequer são conhecidos pelo público-alvo.

“No campo de guerra, o poder do homem pode ser arruinado pelo inimigo por meio da destruição deliberada de seu corpo e de sua humanidade, por exemplo, pela decapitação” (SHARP, 2000, p. 294). Conquanto a prática descrita no campo de guerra, em si, não seja considerada digna, as profissões que podem levar pessoas à guerra – onde a possibilidade de acontecer o que foi descrito existe –, a exemplo de militares, não são vistas como indignas ou corporalmente degradantes, ainda que quem as exerça seja remunerado em contrapartida.

Além disso, a partir do alistamento militar as pessoas inclusive contratam a perda do controle de seus corpos, podendo ser levadas em certas ocasiões para lugares onde, de outra forma, não escolheriam ir, e trabalhar segundo métodos que podem vir a lhes ser danosos (STRAEHLE, 2016, p. 153). Existem também usos dos corpos que os põem em risco, por vezes, até de danificá-lo severa ou permanentemente, como no caso de diversos esportistas – alguns, remunerados com quantias astronômicas. “Pode-se dizer que o esporte profissional há muito se distanciou do ideal de saúde e corpo saudável” (LARA, 2014, p. 79).

O nadador Michael Phelps, por longo período, seguiu dieta de 12.000 calorias com frituras, doces e diversas bebidas energéticas, levando diariamente seu corpo e seus níveis metabólicos ao limite. Jogadores de futebol americano – um dos esportes mais rentáveis do mundo (e mais bem remunerado aos jogadores) – frequentemente são diagnosticados com uma doença degenerativa denominada encefalopatia traumática crônica, em virtude das concussões por pancadas na cabeça inerentes ao esporte (MAIA, 2013; PIMENTEL, 2017), ao passo que jogadores de futebol precisam submeter-se a sucessíveis cirurgias por conta de lesões, como aconteceu com Ronaldo, o *fenômeno*, para quem, após uma série delas no joelho, restou a aposentaria antecipada em 2011, assumindo sentir dores até ao subir escadas (LARA, 2014, p. 80). Nenhuma das escolhas feitas pelos personagens desses casos, no entanto, é vista como indigna. Ao contrário, suas atitudes em prol do esporte geralmente são glorificadas e admiradas.

Por outro lado, em várias partes do mundo, outras formas de usos dos corpos – como a venda de gametas masculino e feminino – são vedadas. No Brasil, até pouco tempo atrás a

doação dos gametas femininos era impedida pelo Conselho Federal de Medicina, podendo ser feita apenas como “doação compartilhada de oócitos”³⁸ – sob a justificativa de que para estímulo da ovulação a mulher precisa se submeter a uma diversidade de medicamentos, o que difere do homem para doação de esperma, que é muito mais simples. Ignorava-se a possibilidade de escolha da mulher para a eles se submeter mediante consentimento informado, o que foi, felizmente, corrigido com a edição da Resolução n.º 2.168 em novembro de 2017.

O que se percebe é que o problema não se centra intrinsecamente no uso do corpo como instrumento, seja pela sociedade como um todo, seja pela pessoa sobre ela mesma. Daí a se perquirir a razão de serem direcionadas tamanhas críticas nesse sentido à gestação de substituição, quando o mesmo não acontece com tantos outros atos humanos. Pode-se indagar se seria pelo profundo grau de envolvimento corporal que ela exige, como faz Anne Phillips:

Não faria sentido impor proibição para trocas monetárias envolvendo o corpo, pois fazê-lo implicaria proibir qualquer tipo de contrato de trabalho. (...) não podemos realizar nenhum tipo de trabalho sem trazer o corpo conosco, e a proibição à venda de serviços que envolvem o corpo não faria sentido algum.

(...) É possível distinguir, como faz Pateman, entre atividades para as quais o corpo é incidental e para as quais o corpo é todo o objetivo – dança, por exemplo, ou futebol profissional. Reservas em relação à venda de serviços do corpo também não podem se basear na proibição do toque, pois isso faria da fisioterapia algo inapropriado ao mesmo tempo em que a gestação de substituição seria apropriada se os beneficiários nunca viessem a tocar o corpo da gestante (PHILLIPS, 2011, p. 733).³⁹

No sentido do raciocínio da autora, impõe-se reconhecer que não haveria como afirmar que demais atividades, como as já mencionadas (guerra e esportes profissionais) exijam menor envolvimento corporal do que a gestação de substituição. Em comum, tem-se que em todas essas atividades as pessoas se põem sob risco (quicá muito mais intenso) e fazem uso deliberado de seus processos metabólicos.

³⁸ Doação compartilhada de oócitos ocorre na ocasião “em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015). Assim, uma mulher que se submeta à fertilização *in vitro* e tenha interesse em doar os oócitos excedentes poderá fazê-lo para outra mulher que necessita de receber óvulos de outrem, sendo que esta última arcará com os custos da fertilização da primeira.

³⁹ Tradução livre da autora: “It would not, then, make sense to impose an embargo on all monetary exchanges involving “the body”, for to do so would imply an embargo on any kind of labour contract. (...) we cannot do any kind of work without dragging the body along, and a prohibition on the sale of services that involve the body would make no sense at all.

(...) We can certainly distinguish, as Pateman does, between activities to which the body is incidental and those for which it is the whole point – dancing, for example, or professional football. Reservations about the sale of bodily services also cannot be based on a prohibition on touch, for this would rule out as inappropriate the physiotherapist, while ruling in as entirely unproblematic the surrogate mother, whose body need never be touched by the commissioning couple”.

Além disso, cabe também a pergunta: ainda que se entenda pela existência de alguma diferença, embora não se explicita exatamente qual, entre o uso do corpo pela gestante substituta para o que é feito em demais situações de instrumentalização, por que razão o corpo dela não poderia ser utilizado?

Já se tendo exposto sobre a sacralização de alguns elementos na sociedade, a do corpo é das que mais salta aos olhos, pois ao mesmo tempo em que usos até mesmo drásticos, como nos exemplos, podem ser feitos mediante remuneração sem questionamentos, outros são postos em xeque. “Na contemporaneidade, o corpo é protagonista de um paradoxo. De um lado, (...) pode ser visto como um espaço de autorrealização (...), de outro lado, persiste a resistência à sua livre manipulação, marcada pela concepção de intangibilidade e sacralidade corporal” (LARA, 2014, p. 64).

Torna-se importante evidenciar que é a sacralização de elementos humanos o motivo que subjaz a assertiva de que haveria indignidade no ato da mulher manipular a sua possibilidade reprodutiva com finalidades financeiras, afinal, este é um fato que frequentemente foge à superfície de supostos problemas éticos, mas que aparece quando submetido a melhor escrutínio. E, como dito, o que se torna consagrado é inacessível ao uso humano, e a mera intenção de uso é desde logo censurada.

A razão para a sacralização desses elementos está inegavelmente ligada ao fenômeno religioso, mas em muito o ultrapassa. Ao discorrer sobre o *homo sacer*, observa Agamben que “(...) a sacralidade é, sobretudo, a forma originária da implicação da vida nua na ordem jurídico-política, e o sintagma *homo sacer* nomeia algo como a relação ‘política’ originária, ou seja, a vida enquanto, na exclusão inclusiva, serve como referente à decisão soberana” (2007a, p. 92). É homem sacralizado, *homo sacer*, “aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos” (2007a, p. 92), podendo sobre ele impor decisões e excluí-lo das deliberações sobre si mesmo, exatamente no sentido do que ocorre com o corpo da mulher e com várias de suas decisões quanto à reprodução.

Nesse sentido, pode-se dizer que “não há nenhum exagero em se afirmar que controlar o corpo pode significar controlar a própria pessoa” (STANCIOLI *apud* LARA, 2014, p. 53). Como ensina Mariana Lara, à luz das lições de Michel Foucault, não existe apenas um poder repressivo que atua de cima para baixo: existe ainda um poder exercido nas relações de comunidade e pessoais, que não parte da escolha de um determinado sujeito dessa comunidade (pois não podem ser voluntariamente escolhidos), mas são fruto de desigualdades estruturais entre os interlocutores. Um poder sutil chamado por Foucault de *biopoder*, o qual pelo controle dos corpos é capaz de induzir comportamentos (LARA, 2014, p. 53-54).

O empoderamento das pessoas sobre seus corpos e sobre a reprodução em seus diversos níveis implica tornar a modificação do mundo como o conhecemos cada vez mais tangível, o que resulta em movimentações de *biopoder* no sentido de evitar, com maior sucesso nas relações desiguais (como sói ocorrer com o corpo feminino), possibilidades de modificação do *status quo* e nas relações de poder atualmente vigentes – ações estas que têm caráter inequivocamente jurídico-político. Torna-se, assim, compreensível a existência de uma postura corrente de proibição geral da gestação de substituição em níveis mundiais, assim como a concessão feita, em alguns lugares, à sua forma altruísta, quantitativamente muito mais restrita e que mantém certo grau de controle dos corpos.

Por sua vez, perpassa o imaginário humano uma relação de deslumbramento e de temor com relação à natureza, de onde decorre uma ideia de intocabilidade em tudo aquilo que é “natural”, como ocorre com a própria reprodução, e se estende especialmente para o corpo da mulher, o único capaz de gestar. Como uma divindade personificada, a natureza é vista como “mãe e sábia” – quando, em contrapartida, essa visão é contestada por vários fatos: processos evolutivos não visam a uma finalidade específica, tanto assim que os seres vivos possuem várias imperfeições (como a faringe humana, cuja função simultaneamente respiratória e digestiva causa frequentes episódios de sufocamento) (LARA, 2014, p. 35), além da ocorrência de uma série de desastres naturais que devastam a vida dos seres vivos em geral, em um sentido absolutamente contrário ao do que se pretende expressar com o vocábulo “maternidade”.

Assim, tem-se como possível responder ao questionamento sobre a razão pela qual existiriam, apenas na ação da gestante substituta (e de outras formas sacralizadas de instrumentalização do corpo, sem, contudo, pretender-se esgotar o tema), limitações à sua escolha como se indigna fosse, ainda que se assemelhe a muitos outros usos autorizados: “a vida sacra é sempre, de algum modo, ligada a uma função política” (AGAMBEN, 2007a, p. 108), nesse caso, o controle do corpo e da reprodução, o impedimento à superação dos limites postos pela “natureza”.

É também possível indagar se a visão sobre a gestação de substituição remunerada como degradante estaria ligada à de que a gestante o faria exclusivamente pelo dinheiro: “aceitar engravidar por dinheiro é visto como reflexo de motivos pragmáticos, egoístas, mercenários e instrumentais – a antítese do papel feminino” (ANLEU, 1990, p. 71).

De saída, ressalta-se que estudos feitos com gestantes substitutas indicam que a razão que noticiam para ter atuado como tal, na maior parte das vezes, não é a remuneração. Em um deles, dentre 34 mulheres entrevistadas (sendo-lhes autorizado apontar mais de uma razão), a motivação mais reportada foi de ajudar um casal que não pudesse ter filhos (31), seguida de

sentir a satisfação da gravidez (5) e de se autorrealizar (2). Apenas uma entrevistada apontou o pagamento como motivação (JADVA; MURRAY; LYCETT; MACCALLUM; GOLOMBOK, 2003, p. 2199). Já Millbank assevera que conquanto em algumas pesquisas a remuneração apareça como uma motivação reconhecida pelas gestantes, ela não é a única, tampouco algo que as faria realizar o que, de outra maneira, considerariam censurável (2015, p. 482) – raciocínio que explica, inclusive, porque muitas mulheres não se envolvem com prostituição.

Janet Radcliffe Richards expõe interessante raciocínio, outrossim, no sentido de que há um equívoco entre querer algo por ele mesmo e querer algo porque ele se encontra entre um determinado conjunto de coisas. No caso da gestação de substituição, o procedimento poderia de fato ser algo que a gestante não faria com motivação exclusivamente altruísta; no entanto, considerando que ela poderá assim atuar *e ainda* receber contrapartida financeira, ela o faz, o que não significa que fez exclusivamente pelo dinheiro (WILKINSON, 2016, p. 134).

É de se ressaltar, nada obstante, que mesmo que a motivação exclusiva das gestantes substitutas fosse efetivamente a remuneração, isso não deveria representar um problema moral. Fazê-lo representaria, mais uma vez, sacralizar o uso de seus corpos. Ora, são tantas as atividades perpetradas pelas pessoas em nosso mundo tão somente em busca de dinheiro (quantas são as pessoas que exercem a Medicina – de quem se espera vocação com o cuidado da saúde alheia – apenas pela boa remuneração que propicia?), que verter essa preocupação (e essa investigação de motivos) para as gestantes de substituição se mostraria incoerente e desleal.

Mais do que isso, cabe o questionamento feito por Anne Phillips: uma vez que a gestação de substituição (bem como a própria doação de óvulos, que diferentemente da doação de sêmen, exige que a mulher se submeta a uma série de medicações) é algo trabalhoso, que vai além do que se pode razoavelmente esperar que uma pessoa faça a título de “obrigação”, seria apropriado exigir que fossem feitos gratuitamente – especialmente quando esses atos podem ser propiciados apenas por pessoas de um tipo de gênero?⁴⁰ (PHILLIPS, 2011, p. 11)

⁴⁰ “Não surpreende que muitas gestantes substitutas entendam que devam ser remuneradas por sua *expertise*, tempo, inconveniência e desconforto. Muitas pessoas, como profissionais da saúde, bombeiros e assistentes sociais escolhem caminhos que envolvem risco físico, desconforto, envolvimento emocional intenso e disponibilidade integral (como as que ficam em regime de sobreaviso). Frequentemente são pessoas que possuem motivação altruísta para fazerem o que fazem, mas que ainda assim esperam ser remuneradas ainda que não sejam contabilizadas todas as horas”. Tradução livre da autora: “It’s hardly surprising that many women who are surrogates believe that they should be reimbursed for their expertise, time, inconvenience, and discomfort. Many people, such as health care workers, firefighters and foster parents, are engaged in pursuits that involve physical risk and discomfort, significant emotional involvement and continued engagement (such as being ‘on call’). They often have altruistic motives for doing what they do and yet they still expect to be paid even if every hour is not accounted for” (BUSBEY; VUN, p. 27).

Por outro lado, não se pode deixar de considerar que, infelizmente, existem situações nas quais mulheres efetivamente atuam como gestantes substitutas por necessitar do dinheiro, sendo que, não fossem as dificuldades financeiras, sequer considerariam a opção. Inclusive, várias delas enfrentam forte estigma em seu contexto social por fazê-lo, mas ainda assim o fazem porque precisam da remuneração. Trata-se de situação que se tornou comum na Índia, cuja imagem como “país onde mulheres eram exploradas” restou tão abalada que, em outubro de 2015, viu-se obrigado a vetar a prática para estrangeiros (RABINOWITZ, 2016, p. 68).⁴¹

Todavia, é preciso compreender que o caso indiano não deve levar à conclusão de que a gestação de substituição é procedimento que, por sua natureza, afeta a dignidade das mulheres. Diferentemente, os problemas primordiais que envolveram a técnica na Índia são relativos ao consentimento das gestantes, como será posteriormente apresentado no item 4.2.4.

Em resumo, conclui-se sobre o argumento da instrumentalização/reificação das gestantes substitutas, que ela efetivamente acontece e não deve ser considerada como obstáculo ético para a permissão do procedimento em nenhuma de suas modalidades. É imprescindível, todavia, que esse uso do corpo como instrumento goze do consentimento da gestante (sendo, por isso, também uma forma de autorreificação), encarando-o como um dos meios para a realização de seus projetos pessoais – o que se torna a maior prova de que a reificação, nesse caso, nunca se dará por completo, na medida em que não abrange todas as dimensões da pessoa:

[A reificação] (...) não alcança a pessoa – que não prescinde do corpo, mas não se reduz a ele – em todas as suas dimensões. A reificação é perfeitamente aceitável, desde que haja a autorização (manifestação da autonomia da vontade) de quem será reificado. Os exemplos podem ser os mais diversos: desde intervenções médicas (precedidas de consentimento informado) até situações laborais, em que a força de trabalho é instrumentalizada em prol do ganho financeiro. Mais além, não parece que a autonomia da vontade possa estar subordinada à ordem pública. Pelo contrário, a autonomia é um dos elementos constitutivos da ordem pública! Pensar em autonomia da vontade é não pensar em atomismo. Deve-se tomá-la como construto dialógico, em que todos os interessados sejam chamados à manifestação. Nesse sentido, a ordem pública não deve ser uma imposição, mas uma construção ético-discursiva que envolva, primordialmente, todos afetados pela norma.

⁴¹ “Em outubro de 2015, o governo indiano apresentou declaração perante a Corte Suprema da Índia, aduzindo que a disponibilização da gestação de substituição comercial para estrangeiros convidava à exploração feminina. Dentro de dias, o Conselho de Pesquisa Médica Indiano, um órgão regulador do governo, determinou que médicos de reprodução assistida não mais aceitassem clientes estrangeiros. O Ministério do Interior Indiano passou a negar vistos a estrangeiros em busca do procedimento. Rapidamente, a gestação de substituição não se tornou ilegal, mas virtualmente impossível”. Tradução livre da autora: “In October 2015, the Indian government filed an affidavit in the Indian Supreme Court, arguing that commercial surrogacy on the part of foreigners invited the exploitation of poor women. Within days, the Indian Council of Medical Research (ICMR), a government regulatory body, ordered fertility doctors not to accept new foreign surrogacy clients. The Indian Home Ministry followed up by denying visas to foreigners seeking surrogacy. Swiftly, international surrogacy became not illegal, but virtually impossible” (RABINOWITZ, 2016, p. 68).

(...) Impedir que os anões [ou, como entendemos ser semelhante, as gestantes substitutas] façam usos de seus corpos por imposição unilateral de uma norma é, *aí sim*, uma reificação de sujeitos de direito, que não foram tomados como verdadeiros atores de seus direitos subjetivos (STANCIOLI, 2010, p. 108-109).⁴²

Quanto a este ponto, impera por fim analisar se o reconhecimento de que a mulher possa exigir remuneração pelo uso de seu corpo para fins de gestação, submetendo-o a determinadas regras diante de outras pessoas, não retomaria a *manus iniectio* romana, por aplicação da Lei das XII Tábuas, por volta do século II a.C., pela qual, diante de uma dívida patrimonial não saldada, era concedido ao credor poder sobre o *corpo* do devedor. A preocupação volta-se, em suma, à inadequação de um retorno ao período no qual patrimonialidade e pessoalidade se misturavam, e em que “o valor do indivíduo era reconhecido pelos créditos que possuía” (SÁ, 2003, p. 41), podendo este até mesmo perder a vida para solver dívidas não pagas.

Nesse modelo, o devedor que descumprisse a obrigação ficava submetido “ao poder direto do credor, e, por se converter em *coisa*, seu corpo passava a ser objeto da propriedade do credor (...). A execução dirigia-se contra a pessoa, não contra os bens do devedor condenado” (FIUZA, 2012, p. 7-8). Assim, se o devedor não pagasse a dívida ou ninguém a pagasse por ele, teria o credor “o direito de levá-lo para casa e aprisioná-lo (...) poderá vendê-lo ou fazer dele escravo (...). Havia também, ao que tudo indica, o direito de matar o devedor. E se fossem vários os credores, podiam retalhar o corpo do devedor em tantos pedaços quantos fossem os débitos” (FIUZA, 2012, p. 8).

Com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, por volta do ano 300 a.C., deu-se grande passo rumo à adoção do sistema de responsabilidade patrimonial, pela abolição da pena capital e de meios vexatórios ou cruéis aos quais se podia submeter o devedor, voltando-se a execução a seu patrimônio ou, na ausência deste, a seu corpo – e embora ainda pudesse ser posto a serviço do credor, restou proibido o seu agrilhoamento (FIUZA, 2012, p. 8).

Essa transformação no processo executivo é bastante cara ao direito por ser representativa de uma importante mudança de visão face à pessoa. Impedir a imposição do poderio de outrem sobre corpos humanos, oriundo de uma questão patrimonial (dívida) – e nesse sentido, impedir a reificação, a coisificação da pessoa – significou alçá-la a uma condição de dignidade outrora ignorada. Daí adviria a compreensível inquietação já mencionada: a

⁴² O texto original refere-se a anões, no famoso caso referente a pessoas portadoras de nanismo que, em festivais locais ocorridos no França, eram arremessados a título de esporte – o que veio a ser proibido pelo Conselho de Estado francês ao argumento de violação da dignidade humana (STANCIOLI, 2010, p. 106), com protesto dos anões participantes que viviam da remuneração fruto de sua participação no arremesso. Optou-se pela inclusão da referência às gestantes substitutas por entender se tratar de situação eminentemente semelhante.

autorização para que se possa livremente dispor do próprio corpo mediante contrapartida financeira retomaria a permissão de imiscuir corpo e patrimônio, então indigna?

A resposta parece ser negativa. Ao contrário do que ocorria pela *manus iniectio* – pela qual um negócio de objeto patrimonial firmado pelo devedor poderia ser executado alcançando seu corpo –, na gestação de substituição há uma *escolha* feita pela mulher por envolver seu corpo em um negócio, sendo que, como será visto no Capítulo 4, o não cumprimento do estabelecido poderá ter apenas consequências patrimoniais. Dessa forma, além de no primeiro caso uma escolha patrimonial gerar consequência indesejada sobre o corpo e, no segundo, uma escolha que alcança o próprio corpo gerar consequência patrimonial, tem-se o importante elemento de que as disposições sobre o corpo no caso da gestação de substituição sempre exigirão consentimento, o que lhe confere seguros contornos de dignidade. Nesse sentido, convém repisar que o sentido de reificação/coisificação adotado para retratar o caso romano envolve violação à dignidade humana, o que a presença do consentimento na gestação de substituição – embora efetivamente haja reificação (e, especialmente, autorreificação) – por si só ilide.

Ademais, a *Lex Poetelia Papiria* e o princípio da responsabilidade patrimonial inauguraram a separação, em direito, entre pessoalidade e patrimonialidade, quando reconheceram a desvinculação entre um e outro. Daí em diante o direito, em especial o direito civil, tornou-se marcado pela patrimonialidade em vertentes que ultrapassavam a executoriedade da obrigação: como ensina Ana Carolina Brochado Teixeira, citando lição de Orlando de Carvalho, o Código de Napoleão (inspirador do Código Civil brasileiro de 1916) é eminentemente burguês, voltado à especificação de formas e direitos atinentes apenas ao *ter*, ignorando o *ser*, o homem concreto sujeito a necessidades (TEIXEIRA, 2010, p. 143).

No Brasil, a Constituição de 1988 significou, então, mudança epistemológica no sentido da despatrimonialização (ou repersonalização) do direito, alçando o homem (em lugar do patrimônio) à posição central do ordenamento, de forma que ainda que alguém não possua bens, “a pessoa passa a ter relevância ímpar para a ordem jurídica, a partir do momento em que sua dignidade deve ser preservada e promovida. (...) Em função da pessoa, qualquer instituição merece ser sacrificada, uma vez que [a instituição] passou a ter caráter meramente instrumental” (TEIXEIRA, 2012b, p. 280), como meio para promover a realização das pessoas.

Diante disso, assume-se igualmente possível perquirir se a remuneração à gestante substituta teria o condão de representar, ao menos em seu campo de aplicação, retorno à patrimonialização do direito – o que, contudo, também não é verdade. Isso porque a assunção da possibilidade de receber contrapartida não contraria, e sim reafirma, a pessoa como centro

do ordenamento, na medida em que o objetivo é assegurar as possibilidades de exercício de sua autonomia mediante instrumentos de tutela adequados que guardem a devida proteção e preponderância da vertente existencial. Assim, não se trata de retorno ao privilégio do patrimônio sobre a pessoalidade, mas sim da ampliação das possibilidades de exercício de objetivos existenciais plurais, dessacralizando (profanando) usos dos corpos habitualmente sacralizados, sem deixar de observar a primazia da seara existencial quando necessário.

Passa-se, então, à análise de outra crítica comum à gestação de substituição: a de que ela implicaria exploração feminina. De início, importa reconhecer que, em virtude de experiências como a já mencionada na Índia, formou-se um estigma com relação a mulheres que se propõem a atuar como gestantes substitutas mediante remuneração. Erving Goffman descreve estigma como um atributo de profundo descrédito, socialmente construído, que reduz o portador de uma pessoa completa a uma pessoa contaminada, como “o outro” marginalizado (ABRAMS, 2015, p. 181). Os estigmas são absorvidos, principalmente, por pessoas que desconhecem detalhes sobre o tema – o que representa a grande maioria – e, de certa forma, fazem parte de um “imaginário popular”.

No caso da gestação de substituição, um dos estigmas predominantes é o de que atuarão como gestantes substitutas apenas mulheres pobres e desesperadas, em condição de serem exploradas e forçadas a vender seus corpos e “seus bebês”, apesar de isso não ser sempre verdade e apesar do fato de envolver, em diversos locais onde é praticada, mulheres da classe média trabalhadora (ABRAMS, 2015, p. 181), que não se encontram em situação de pobreza.

Novamente, entretanto, o que se percebe é que o problema não é inerente à gestação de substituição, e se volta a uma questão de consentimento: o caso indiano, típico da ausência de consentimento informado das gestantes substitutas (TANDERUP; REDDY; PATEL; NIELSEN, 2015, p. 470), como será demonstrado no item 4.2.4 deste estudo, representava ambiente bastante propício à exploração.

Prova de que a exploração não é inerente à gestação de substituição é a nítida alteração dos discursos avaliativos da gestante globalmente, mesmo se considerada a perspectiva dos *apoiadores* da técnica – os quais, conquanto superem os estigmas comumente relacionados ao procedimento, porque o apoiam, não fogem a estereótipos de classe, gênero e nacionalidade em suas narrativas, que se alternam conforme o lugar onde a gestante esteja situada.

Assim, por exemplo, nos EUA, quando se trata sobre gestantes substitutas americanas, o foco é vertido para motivações altruístas e desviado do objetivo também financeiro, com críticas às gestantes que precisam do dinheiro e que o aduzem como única motivação, as quais são vistas, inclusive, como menos dignas de confiança. Já quando se fala sobre gestantes

indianas, é precisamente o ganho financeiro que as exime de críticas, em narrativas que se formam sobre o empoderamento proporcionado pelo dinheiro – ainda que essas gestantes não sejam livres para negociar quantias recebidas – como um “salvamento e resgate” dessas “outras” mulheres, vistas como “vítimas” (MARKENS, 2012, p. 1748-1751).

Daí porque, em entrevistas feitas com beneficiários ocidentais, os que buscaram mulheres americanas não expressaram incerteza sobre a situação das gestantes de seus filhos; em contraste, no caso dos que recorreram a indianas, as falas se voltam ao benefício propiciado individualmente a cada uma delas, podendo-se depreender de seus discursos uma real preocupação com a possível exploração dessas mulheres por uma indústria global (ARVIDSSON; JOHNSDOTTER; ESSÉN, 2015, p. 8).

Na verdade, a exigência de que, mesmo no caso de gestantes que atuem mediante contrapartida, seus objetivos *principais* devam se ater ao altruísmo e ao desejo de auxílio ao próximo é exatamente a responsável por gerar um ambiente mais propício à exploração, pois “gestantes desencorajadas de evidenciar abertamente suas motivações financeiras são inibidas de poder negociar uma remuneração justa adequadamente” (VAN ZYL; WALKER, 2014, p. 378).

Enfim, como observa Stephen Wilkinson, grande parte das críticas referentes à exploração feminina nesse caso são, na verdade, cabíveis a qualquer tipo de exploração de trabalhadores em uma sociedade capitalista, porque estruturalmente semelhantes. Destaca-se, nesse sentido, a de que a pessoa é explorada porque recebe um benefício injustamente insuficiente ou por sofrer quantidade injustamente alta de dano (2016, p. 128-129), questão que pode se dirimir pela melhoria da remuneração e pelo ajustamento das condições em que atuam – raciocínio igualmente aplicável às gestantes substitutas:

Em casos padrão de exploração, nos quais trabalhadores são pagos insuficientemente, trabalham mais do que deveriam, sujeitos a desconforto ou dor, ou postos em risco por chefes inescrupulosos, um aspecto fundamental da exploração é o de que eles devem receber remunerações melhores, ver diminuída a exigência de trabalho ou ter melhores condições de trabalho. E se essas questões forem enfrentadas então, na maior parte dos casos, a exploração não subsistirá; seria difícil seguir argumentando que um trabalhador é explorado enquanto é pago de modo justo e bem tratado em todos os sentidos (WILKINSON, 2017, p. 127).⁴³

⁴³ Tradução livre da autora: “For in standard cases of exploitation, where workers are underpaid, overworked, subjected to discomfort or pain, or endangered by unscrupulous bosses, a fundamental aspect of worker-exploitation is the fact that they ought to be paid more, ought to be worked less hard, or ought to have better working conditions. And if all such complaints were dealt with then, in most cases, the exploitation would have been vanquished; it would be hard to claim that a worker was exploited whilst also maintaining that she was fairly paid and well treated in all respects”.

O exemplo indiano, portanto, torna-se importante da perspectiva sobre o que deve ser *evitado* para não se incidir nos mesmos equívocos do sistema que lá se implantou.

De qualquer maneira, ainda como ressalta Wilkinson, “se a situação das gestantes é de desespero financeiro tanto quanto supõem os críticos, então é altamente provável que a proibição lhes será ainda mais danosa, pois perderão uma forma de serem remuneradas”. Afinal, a falta de melhores alternativas para remuneração é ponto chave dessa classe de argumentos (2016, p. 137). Isso, inclusive, corresponde a uma das mais contundentes críticas feitas ao impedimento de acesso por estrangeiros a técnicas de reprodução assistida na Índia (em lugar de uma devida regulação da prática), porque levará diversos integrantes dessa indústria à atuação clandestina.⁴⁴ Como reporta Nguyen sobre enunciado de Julian Savulescu, “é uma dupla injustiça dizer a uma pessoa pobre que ela não pode ter acesso ao que a maior parte das pessoas tem, e que não lhes será permitido fazer o que querem para consegui-las” (NGUYEN, 2011, p. 3).

Ressalva-se, ainda, que em um estudo feito por Shamila Rudrappa em contextos de gestantes em situações de pobreza, foi constatado que a conjuntura das mulheres como trabalhadoras em fábricas têxteis, antes de atuarem como gestantes substitutas, era sentida como muito mais exploradora do que quando viveram a realidade da gestação de substituição, a qual acaba por lhes propiciar uma vida com mais significado (RUDRAPPA *apud* ARVIDSSON; JOHNSDOTTER; ESSÉN, 2015, p. 9). Além disso,

(...) em todas as outras formas de trabalho em que não há escolha, e sim imposição [quando não se deseja uma atividade mas se é compelido a fazê-la por ser a única forma de sobrevivência], o problema é mais complexo, pois implica que o Estado e a sociedade estão se furtando ao papel que lhes cabe de efetivar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais: ou seja, fornecer condições que possibilitem à pessoa fazer escolhas autônomas e ter uma vida digna (autorrealizar-se). Destaca-se que a pobreza não gera por si só a incapacidade de fazer escolhas, mas torna o problema mais complexo, sendo necessário analisar outros fatores, o que fugiria aos propósitos do presente trabalho (LARA, 2014, p. 81).

Por fim, quanto à temática exploratória, convém advertir sobre a possibilidade de algumas posturas diante do consentimento da mulher – independente se na gestação de

⁴⁴ “Quanto o Ministério do Interior da Índia abruptamente proibiu a gestação de substituição para estrangeiros homossexuais em 2012, as clínicas de fertilidade indianas passaram a enviar gestantes para o Nepal. Quando o Nepal proibiu a gestação de substituição em 2015, assim como a Tailândia, pessoas de dentro dessa indústria me informaram acreditar que gestantes indianas passaram a ser enviadas para países africanos. Dizem que a proibição levará a prática à clandestinidade”. Tradução livre da autora: “When the Indian Home Ministry abruptly banned gay foreign surrogacy clients in 2012, Indian fertility clinics shipped Indian surrogates across the border to Nepal. When Nepal also banned transnational surrogacy in 2015, as did Thailand, industry insiders told me they believed that Indian surrogates were being rerouted to African countries instead. They say that the ban will drive the practice underground” (RABINOWITZ, 2016, p. 69).

substituição altruísta ou remunerada – as quais, sob o argumento de evitar que sejam exploradas (por vezes, permeado de boa intenção), acabam, na verdade, por lhes negar reconhecimento quanto à capacidade para exercício de sua autonomia. Isso ocorre em três ocasiões, expostas detalhadamente por Paula Abrams.

A primeira delas é referente a uma desconfiança que paira sob a capacidade de julgamento da mulher quando se trata sobre questões relacionadas à gravidez, por exemplo, de deliberar sobre a entrega da criança antes de seu nascimento. A aptidão para o consentimento informado é reconhecida a todas as pessoas que gozam de discernimento e competência – o que pode chegar a abranger até mesmo incapazes. Dessa forma, desde que preenchidos os requisitos para o consentimento informado, como em qualquer outra situação na qual ele seja exigido, não remanesce espaço para ceticismo com relação à escolha feita pela mulher (ABRAMS, 2015, p. 185).

A segunda trata de uma injusta expectativa de arrependimento, ligada à presunção de veracidade de determinados pressupostos, outrora já analisados: de que o fato biológico da gestação determinaria a maternidade e de que a decisão pela entrega da criança seria antinatural.

Já a terceira, muito relacionada à anterior, corresponde a uma assunção paternalista no sentido de que a mulher, quando trata de questões “sensíveis” como a gestação, necessitaria ser protegida de suas próprias decisões (ABRAMS, 2015, p. 185). Torna-se, portanto, importante haver um cuidado na análise sobre o consentimento da mulher para adentrar um procedimento de gestação de substituição, a fim de que as posturas narradas não sejam confundidas com outras que poderiam, efetivamente, vir a invalidá-lo.

Um exemplo muito comum de suspeição sobre a capacidade de consentimento da gestante com relação a comprometer-se à entrega da criança se dá pela usual proibição ou recomendação contrária à sua atuação simultaneamente ao uso de seus próprios gametas (caso no qual ela será ao mesmo tempo doadora dos óvulos e gestante do feto, de modo que terá vínculo genético com o feto). Muitos textos sobre a temática da gestação de substituição, inclusive, diferenciam o método “tradicional/genético” do “gestacional”: no primeiro, a mesma mulher que gesta contribui com o óvulo para conceber a criança; no segundo, ela recebe gametas de terceiros, sejam doadores ou os próprios beneficiários (RUIZ-ROBLEDILLO; MOYA-ALBIOL, 2016, p. 187-188).

Adverte-se, quanto a isso, que a Resolução n.º 2.168/2017 do CFM determina que “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores ou vice-versa”, enquanto a gestação tradicional/genética acabaria por implicar o conhecimento da identidade da doadora de óvulos. Como no caso da gestação de substituição, uma vez que a Resolução não goza do *status* de lei

federal, ela não pode ser cogente aos brasileiros; todavia, como já se manifestou em outra oportunidade,⁴⁵ entende-se favoravelmente à manutenção do anonimato. Porém, convém consignar entender-se igualmente recomendável a adoção de um método misto, ou de *double track* (GUIMARÃES, 2016, p. 164), no qual prevalece o anonimato *salvo* nos casos em que o doador optar por se fazer conhecido, mediante consentimento informado, podendo os beneficiários, da mesma forma, optar por receber doação de pessoa anônima ou conhecida.

No caso de consentirem a gestante substituta e os beneficiários com relação ao conhecimento de suas identidades em um procedimento tradicional/genético, o consentimento informado da gestante para a entrega da criança não pode ser considerado menos válido do que numa relação apenas gestacional. Primeiramente, porque um vínculo maior entre gestante e bebê nesses casos não é empiricamente verificado, e sim equivocadamente presumido (pelas razões antes destacadas, a exemplo da desconfiança sobre sua capacidade de julgamento), como se pôde depreender de entrevistas com 34 gestantes um ano após a entrega da criança:

Embora possam haver pressuposições de que gestantes substitutas genéticas tenderiam mais a sentir um vínculo especial para com a criança, isso não foi verificado. No entanto, gestantes geneticamente relacionadas apresentavam maiores probabilidades do que as não relacionadas de desejar que a criança viesse a ter conhecimento sobre seu nascimento por gestação de substituição (JADVA; MURRAY; LYCETT; MACCALLUM; GOLOMBOK, 2003, p. 2203).⁴⁶

Além disso, “um bebê que nasce a partir da gestação de substituição não deixa de ser um bebê da gestante substituta por não ter vínculo genético com ela, mas sim porque ela assim determinou e entende que ele não o é” (MILLBANK, 2015, p. 477). Já foi emanada tese pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na Repercussão Geral 622 de que não existe hierarquia entre tipos de filiação (BRASIL, 2016), de modo que faltam razões jurídicas para afirmar que o vínculo genético deveria ter o condão, mais do que qualquer outro, de inviabilizar o consentimento da gestante.

De mais a mais, é preciso observar que o ordenamento brasileiro acolhe a ideia de rompimento definitivo e irreversível de vínculo de filiação de origem genética, que é o que ocorre nos processos de adoção. Outrossim, no caso de doações de gametas, é aceito que a

⁴⁵ Novamente, seja consentido remeter a SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. O impacto do Provimento n.º 52/2016 do CNJ na garantia de anonimato a doadores de gametas no Brasil: necessidade de uma definição. In: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de; LIMA, Renata Mantovani de (orgs.). *Direito civil na contemporaneidade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 97-124, v. 4.

⁴⁶ Tradução livre da autora: “Although it may be assumed that genetic surrogate mothers would be more likely to feel a special bond towards the child, this was not found to be the case. Genetically related surrogate mothers were, however, more likely than genetically unrelated surrogate mothers to wish the child to be told about the surrogacy arrangement”.

ligação genética do doador com a criança não induz a formação de vínculo de filiação. Assim sendo, não subsistem razões para considerar que a participação da gestante com seus gametas para a concepção do bebê fará dele mais ou menos seu filho do que faria se os óvulos proviessem de outra mulher.

Nesse sentido, caso a própria gestante entenda possível, por razões pessoais, que o vínculo genético poderia ampliar a possibilidade de apego à criança ou dificultaria a entrega à qual pretende se comprometer, ela pode optar por atuar *desde que* não contribua com seus gametas; caso contrário, a deliberação sobre a doação (ou venda, se for o caso) de seus óvulos deverá fazer parte de seu consentimento informado.

Diante do exposto, podendo-se concluir que a gestação de substituição não guarda problemas, em sua natureza, de caráter exploratório da gestante, vê-se atendido o princípio do biodireito da precaução, que comanda a adoção de medidas acautelatórias em caso de risco de dano grave e irreversível (SÁ; NAVES, 2015, p. 40), uma vez constatada, diante da análise de questões especialmente da perspectiva ética – sem se descuidar de que bioética e biodireito se interligam intimamente –, a ausência de riscos à gestante desde que presente o consentimento informado.

3.2.4.2 Reificação, comercialização de crianças e a mercantilização da reprodução

Censura também comum em face da gestação de substituição mediante contrapartida é a de que representaria reificação e comercialização de crianças vez que, como aponta Clara Watson, “desconsidera os direitos e a dignidade da criança ao transformá-la em um produto a ser comprado e vendido, reassentando crenças históricas de que a criança é propriedade de seu pai” (2016, p. 223). A autora aponta, ainda, que o procedimento faria levantar a seguinte questão existencial: “por que existo? Existo porque alguém pagou por mim” (2016, p. 223).

O temor pode também ser oriundo da perspectiva de que, se adotado o modelo, mulheres passarão a propagandear seus serviços, competindo entre si para atrair clientela e ameaçando reter o “produto” se o pagamento não se efetivar. De outro lado, existe o receio de que os beneficiários estejam livres para buscar o “melhor negócio” e exigir a restituição do pagamento no caso de insatisfação com o resultado do “produto” (VAN ZYL; WALKER, 2013, p. 377).

No entanto, “não há qualquer evidência de que pessoas que se tornam pais e mães por meio de retribuições financeiras venham a tratar seus filhos como se fossem bens de consumo. Beneficiários se veem comprando trabalho reprodutivo (...) e não a criança, em si”, como apontam as pesquisadoras van Zyl e Walker (2013, p. 377). De fato, as afirmações no sentido

das feitas por Clara Watson não são acompanhadas de evidências científicas sobre observações empíricas quantitativas ou qualitativas daquilo que se alega, mas sempre de argumentos retóricos seguidos da citação de texto legislativo contrário à prática em algum país do mundo.

Stephen Wilkinson responde referidas questões dizendo que se tratam de argumentos questionáveis e enganosos, uma vez que os beneficiários possuem inegável papel causal diante do nascimento do bebê – o que em muito os diferencia de situações nas quais “estranhos” procuram pagar para em troca receber uma criança. Afinal, não fosse a decisão deles de propiciar a concepção (*porque desejam ser pais*), ela nunca teria nascido. Quanto à crítica sobre a retomada do paradigma de “propriedade” parental sobre a criança, explica o autor que os beneficiários não a terão no sentido de efetiva propriedade, uma vez que ela não virá a ser *escrava* de ninguém (WILKINSON, 2016, p. 132). Ora, a gestação de substituição em nada se aproxima, e por isso não significa retomada, do poder do *pater familias* na Roma antiga, como se vê da descrição feita por Fustel de Coulanges:

Vemos no direito romano, e também nas leis de Atenas, que o pai podia vender o filho. Era o pai que podia dispor de toda a propriedade pertencente à família, e o próprio filho podia ser considerado como propriedade sua, porque os seus braços e o seu trabalho eram fonte de receita. O pai podia, pois, à sua escolha, guardar para si esse instrumento de trabalho, ou cedê-lo a outro. Cedê-lo era o que se chamava vender o filho. Os textos que possuímos do direito romano não nos esclarecem devidamente sobre a natureza desse contrato de venda e sobre as reservas que poderia conter. Parece certo que o filho assim vendido não se tornava inteiramente escravo do comprador. O pai podia estipular no contrato que o filho lhe fosse revendido. Conservava pois o seu poder sobre o filho, e depois de reavê-lo podia vendê-lo outra vez. A Lei das Doze Tábuas autoriza essa operação até três vezes, mas declara que depois dessa terceira venda o filho ficaria, por fim, liberto do poder paterno. Pode-se julgar por aí como, no direito antigo, a autoridade do pai era absoluta (COULANGES, 2007, p. 99-100).

No que toca a evidências empíricas, inclusive, tem-se por possível a conclusão de que crianças nascidas a partir da gestação de substituição não padecerão do sofrimento existencial apontado como se houvessem sido trazidas à existência apenas por uma questão monetária.

Pesquisa feita com 42 famílias (sendo que em 19 delas a gestante participou também com seus gametas, sendo geneticamente ligada à criança) indicou que a maior parte dos filhos aos 7 e 10 anos demonstrou ter certa compreensão sobre a forma de sua concepção e gestação, o que se evidenciou principalmente pela ciência de que isso se deu no corpo de pessoa que não a sua mãe. Uma das crianças relatou que “a barriga de sua mãe não estava funcionando, por

isso foi carregada por outra pessoa”,⁴⁷ indicando o nome da gestante substituta (JADVA; BLAKE; CASEY; GOLOMBOK, 2012, p. 3011).

Aos 10 anos, nenhuma das crianças apontou sentimentos negativos face à forma pela qual foram gestadas, sendo que 67% delas já se mostravam neutras/índiferentes quanto a isso, a exemplo da seguinte resposta: “Me sinto bem. Não me sinto mal ou zangado em nenhum sentido. É basicamente a natureza, então não há o que eu possa fazer. Eu não *gostaria* de fazer nada a respeito...”⁴⁸ (JADVA; BLAKE; CASEY; GOLOMBOK, 2012, p. 3012).

Conquanto se tenha demonstrado que a reificação do humano, diversas vezes feita por ele mesmo, é procedimento a todo tempo adotado em nossa sociedade, não se entende possível afirmar que a gestação de substituição representa reificação ou instrumentalização de crianças. A criança não é utilizada pela gestante como meio para um fim: o que se dá é a utilização, pela gestante, de seu próprio corpo como instrumento para a gestação desse bebê, de onde exsurge a autoinstrumentalização já comentada neste trabalho. O alvo da remuneração recebida pela gestante é o trabalho exercido por ela, fazendo uso de seu corpo, durante a gestação, como um serviço prestado; e não a criança, que não se apresenta como produto ou bem de consumo.

Maior prova disso é o fato de que, como será estudado adiante, caberá à gestante acordar sobre restrições *a seu comportamento* durante a gestação (termos da prestação de um serviço), ao mesmo tempo em que questões referentes à própria criança (por exemplo, recusa pelos beneficiários quando apresente deficiência) não serão negociáveis, na medida em que ela não é o objeto do negócio, mas um resultado.

(...) é crescente o entendimento de que a recompensa financeira reflete uma compensação ética e humana pelo trabalho, desconforto, restrições e riscos associados à gestação e parto da criança, em vez da venda dessa criança. De fato, parece injusto que profissionais de reprodução assistida possam cobrar milhares de dólares para propiciar uma gestação de substituição, enquanto a mulher que carrega o fardo e o risco da gravidez não possa receber compensação financeira além de suas despesas imediatas (TREMELLEN; EVERINGHAM, 2016, p. 561).⁴⁹

Paralelamente, a criança também não é instrumentalizada pelos beneficiários – ao menos não mais do que por quaisquer genitores de crianças biológicas (pois são muitos os pais

⁴⁷ Tradução livre da autora: “Well my Mum’s womb, I think... well it was a bit broken, so [...] [surrogate mother] carried me instead of my Mum”.

⁴⁸ Tradução livre da autora: “Um, I feel fine. I don’t feel bad or cross in anyway. It’s just pretty much nature so I can’t do anything about it. I wouldn’t *like* to do anything about it...” (destaque no original).

⁴⁹ Tradução livre da autora: “(...) there is a growing understanding that financial recompense reflects humane and ethical compensation for the labour, discomfort, restrictions and risks associated with carrying and delivering a child, rather than the actual sale of a child. Indeed, it appears unjust that IVF providers may charge thousands of dollars to help create a surrogate pregnancy, yet the woman who carries the burden and risk of pregnancy should receive no financial compensation beyond her immediate expenses”.

que veem em seus filhos meio para alcançar objetivos de vida próprios, delineando previamente ao nascimento um futuro que por si entendem como bom e pretendem lhes direcionar, sem que ninguém os questione por isso). Assim, o desejo dos beneficiários com a concepção de um filho é em todos os sentidos comparável ao desejo de genitores que planejam e gestam seus filhos por métodos mais usuais, não sendo possível identificar qualquer espécie de instrumentalização paterno-filial exclusiva do procedimento de gestação de substituição.

Outra crítica contumaz a essa técnica de reprodução assistida envolve a chamada “mercantilização da reprodução”, porque faria do ato de criação de vidas humanas um negócio. Nesse sentido, em um comentário *online* narrado em pesquisa de Susan Markens, foi dito ser “degradante para a vida em geral tornar tão aceitável buscar uma gestante ‘de pechincha’ (logo, um bebê ‘de pechincha’) quanto encontrar o melhor preço para comprar uma câmera” (2012, p. 1748). Trata-se de crítica muito relacionada à instrumentalização da reprodução que, como a da gestante e do bebê, já foi abordada neste estudo. Contudo, cabem ainda certas considerações específicas.

Inicialmente, compete dizer que o processo da gestação de substituição, mesmo que pago, não é escolhido por aqueles que precisam por meio de uma decisão fácil ou simples. Estudo feito com quinze casais suecos indicou que o procedimento foi tratado consistentemente como uma decisão difícil e um último recurso, independentemente de ter sido realizado nos Estados Unidos ou na Índia (ARVIDSSON; JOHNSDOTTER; ESSÉN, 2015, p. 5). Além disso, resultados de pesquisas também demonstram que mães beneficiárias *não* buscam a técnica por mera conveniência, escolhas de carreira ou por não quererem engravidar: ao contrário, predomina uma longa jornada de busca por meios de lidar com a própria infertilidade e, apenas quando concluem não ser possível gestar a criança por si mesmas, recorrem à gestação de substituição (BUSBY; VUN, 2010, p. 46).

Com isso, é possível perceber que o contexto de procura pela técnica não é comparável, ainda que nos procedimentos pagos – e mesmo considerando-se quem já recorreu à Índia, onde os preços eram mais acessíveis – com a compra de um bem de consumo, seja uma “câmera”, como mencionou o comentarista selecionado por Markens, ou uma casa. A despeito do pagamento, a decisão não é imediata, tanto por existir intensa procura prévia por outros métodos, quanto por ser, uma vez escolhida, fruto de um processo de maturação e reflexão.

Ademais, não se pode deixar de observar que as técnicas de reprodução humana assistida já são mercantilizadas, o que por si só não as banaliza – além de não haver “pechincha”. No Brasil, com regular aplicação das normas do CFM, clínicas especializadas, médicos e psicólogos (dentre outros nichos), participam de negócio extremamente lucrativo viabilizando

a geração de vida humana. “Esses profissionais e especialistas recebem compensação monetária significativa por seu trabalho. Por que, então, apenas as gestantes deveriam trabalhar sem serem compensadas?” (SEMBA; CHANG; HONG; KAMISATO; KOKADO; MUTO, 2010, p. 356)

É por essa razão que Millbank assevera que a discussão sobre compensação de gestantes ou outros voluntários em reprodução humana mascara *considerável hipocrisia*, exemplificando que, na Austrália, um grupo concentrado de empresas privadas bastante rentáveis é responsável por fornecer tratamentos de fertilidade, uma delas inclusive tendo se alçado ao mercado de ações. Ressalta ainda a autora que, para esses intermediários do processo, inexistiu discussão com relação à fixação de remuneração máxima pelos serviços prestados (2015, p. 482).

Pesquisa feita também na Austrália, inclusive, indicou que 45% dos entrevistados entendiam que o valor a ser pago à gestante deveria ser negociado entre ela e os beneficiários, sem o estabelecimento de valor máximo possível (TREMELLEN; EVERINGHAM, 2016, p. 560), mas essa ampla aceitação popular não tem se prestado a modificar o *status* do procedimento no país, onde apenas a modalidade altruísta é permitida.

Resultados de estudos indicam ainda, por fim, que a profissionalização de agentes participantes do processo de reprodução assistida, mediante remuneração em geral – de gestantes, médicos, clínicas – apenas tem a beneficiar todos os envolvidos. Uma figura nesse processo, as “agências”, não existe no Brasil em vista da Resolução do Conselho de Medicina; mas existe no Reino Unido e Estados Unidos, dentre outros países.

Trata-se de empresas com funções muitas vezes assumidas pelas próprias clínicas de reprodução, especializadas em facilitar o procedimento como um todo: procurando gestantes, recebendo beneficiários, propiciando atendimentos e exames psicológicos/físicos necessários, compatibilizando gestantes e beneficiários segundo seus perfis, gerenciando o dinheiro pago e a remuneração ao longo do procedimento, etc. Na pesquisa indicada, foram comparados três modelos: da Califórnia, do Colorado (ambos estados dos EUA) e do Reino Unido.

No Reino Unido, só é permitida a gestação de substituição altruísta, com recebimento de “despesas razoáveis” pela gestante; as agências devem ser, obrigatoriamente, sem fins lucrativos. No Colorado, gestantes também podem receber apenas “despesas razoáveis”, mas as agências podem visar ao lucro. Por fim, na Califórnia, é permitida a remuneração da gestante além de suas despesas bem como que agências tenham finalidade lucrativa (GALBRAITH; MCLACHLAN; SWALES, 2005, p. 20).

Na comparação efetuada pelos pesquisadores, que adotam uma abordagem econômica, percebeu-se que porque as agências com fins lucrativos fornecem serviços variados à gestante e aos beneficiários, seja com gestação de substituição paga (Califórnia) ou altruísta (Colorado),

há redução de “custos de transação”.⁵⁰ Por exemplo, uma vez que a credibilidade da agência (e por conseguinte, seu lucro) depende de bons resultados, há intensa verificação dos perfis de gestante e beneficiários, bem como preocupação com a compatibilidade entre eles; outrossim, as agências se responsabilizam por criar e gerenciar uma conta bancária onde o dinheiro ficará durante o procedimento (sendo que, no Colorado, são pagas as “despesas razoáveis”), repassando-o conforme negociado, o que impede que qualquer das partes busque renegociar em momento posterior à concepção (GALBRAITH; MCLACHLAN; SWALES, 2005, p. 24-25).⁵¹

Em comparação, as “agências voluntárias disponibilizam muito poucos dos serviços que reduzem custos de transação fornecidos por agências comerciais” (GALBRAITH; MCLACHLAN; SWALES, 2005, p. 25), de modo que, por exemplo, compete à própria gestante e aos beneficiários localizarem-se sem intermediação. Trata-se de processo muito mais demorado e custoso, financeira e emocionalmente, do que o proporcionado por especialistas que concentram em si essa função. Assim, a coordenação e os serviços prestados por agências que lucram com a viabilização de técnicas de reprodução assistida se presta a – ao contrário de mercantilizar a reprodução em um sentido que a denigra – propiciar mais integridade ao processo e mais segurança para todos que participam.

Feitas essas considerações de base ético-jurídica, passa-se à perquirição sobre a natureza das situações jurídicas subjetivas que um negócio jurídico de gestação de substituição no Brasil envolve, bem como à identificação sobre a possibilidade de fazê-lo, a partir da perspectiva dinâmica e funcional, daí identificando estrutura consentânea para que atraia os tipos de tutela adequadas às suas peculiaridades e seja existente, válido e eficaz.

⁵⁰ “Custos de transação são custos de troca. Uma troca tem três etapas. Primeiramente, um negociante deve ser encontrado. Isso envolve encontrar alguém que deseje comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, uma barganha tem início entre os negociantes e, sendo alcançada, pode incluir a redação de um instrumento. Por último, após a conclusão do negócio, ele deve ser garantido, o que envolve monitoramento da performance das partes e a punição por violação do acordo. Podemos entender as três formas de custos de transação como correspondentes a essas três etapas da troca: (1) custos de busca; (2) custos de barganha; e (3) custos de garantia do cumprimento” (COOTER; ULEN, 2016, p. 88). Tradução livre da autora: “Transaction costs are the costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you’re selling or sell what you’re buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners. A bargain is reached by successful negotiation, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. Enforcement involves monitoring performance of the parties and punishing violations of the agreement. We may call the three forms of transaction costs corresponding to these three steps of an exchange: (1) search costs, (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs”.

⁵¹ Os autores observam que na Califórnia há o pagamento de despesas à gestante muito menor do que no Colorado e no Reino Unido, já que, além dessas despesas, ela recebe remuneração. Assim, no Colorado e no Reino Unido, conquanto se trate da modalidade altruísta, as gestantes recebem valores praticamente compatíveis com os recebidos por gestantes na Califórnia, apenas sob alcunha distinta (GALBRAITH; MCLACHLAN; SWALES, 2005, p. 27).

4 O NEGÓCIO JURÍDICO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

4.1 Os centros de interesse das situações jurídicas subjetivas e os interesses objetivamente verificados no negócio jurídico de gestação de substituição: uma busca por tutelas jurídicas adequadas

Um negócio de gestação de substituição envolve diretamente ao menos quatro centros de interesses: o da gestante substituta, do(a)(s) beneficiário(a)(s), da criança a nascer e da clínica de fertilização. O estudo aqui empreendido será voltado primordialmente ao negócio jurídico entre gestante e beneficiários, reconhecendo que as relações de ambos com a clínica de fertilização correspondem a negócios conexos ou coligados (LIMA; SÁ, *no prelo*, p. 7).

Um esforço de decomposição dos interesses objetivamente verificáveis de cada um dos centros envolvidos nesta relação jurídica consta do Quadro 2 adiante, registrando-se que a criança a nascer *também* é centro de interesses que a integra (independentemente de se entender ou não possível nele identificar a presença de sujeito dotado de personalidade), para com o qual os demais centros se correlacionam mediante situações jurídicas específicas: os beneficiários, como pais, detêm um “poder jurídico”, poder-dever que comanda sua atuação em prol do interesse da criança, enquanto a gestante detém um “interesse legítimo” por sua proteção, devendo também agir em prol dela, por si e exigindo dos beneficiários que atuem nesse sentido.

Como se nota, o negócio jurídico de gestação de substituição, em qualquer de suas modalidades, envolve interesses e expectativas bastante variados que emanam de cada um de seus centros (situações jurídicas subjetivas), revelando, por óbvio, uma relação complexa. Daí a pertinência da aplicação do critério funcional explicitado no Capítulo 2 para identificar a natureza desse negócio: a partir da investigação sobre a natureza de cada um dos interesses objetivamente verificados, buscar responder à pergunta sobre “para que serve” cada um deles e, sendo o caso, concluir pela natureza dúplice da situação como um todo. Pretende-se, nesse sentido, empreender o mesmo trajeto feito naquele Capítulo para o caso dos garotos-propaganda, no qual ficou claro que um mesmo centro de interesses pode possuir variados propósitos, de naturezas distintas, e atrair, por conseguinte, diferentes tipos de tutela.

Quadro 2 – Interesses envolvidos

	CENTRO DE INTERESSES DA GESTANTE SUBSTITUTA	CENTRO DE INTERESSES DOS BENEFICIÁRIOS
	Interesses comuns a ambas as modalidades	
1	Escolher os beneficiários para quem atuará	Escolher a gestante substituta
2	Esclarecer se haverá e como será o relacionamento com os beneficiários durante a gravidez	Esclarecer se haverá e como será o relacionamento com a gestante durante a gravidez
3	Esclarecer se haverá e como será seu contato futuro com a criança, inclusive sobre se vai ou não amamentar/ Manter seu sigilo perante a criança/ Garantir que a criança saiba sobre si no futuro	Esclarecer previamente se haverá e como será o contato futuro da gestante com a criança, inclusive sobre se ela vai ou não amamentar/ esclarecer sobre possível sigilo
4	Poder exercer seu direito de arrependimento	Estabelecer previsão de ressarcimento no caso de exercício do direito de arrependimento
5	Estabelecer previsão de ressarcimento no caso de exercício do direito de arrependimento	Poder exercer seu direito de arrependimento
6	Gestar bebê cuja parentalidade será de outrem	Ter a gestação de seu filho viabilizada pelo útero da gestante escolhida
7	Preservar sua autonomia corporal e privacidade nos moldes do que estabeleceu consensualmente quanto a seu comportamento no período da gestação no contrato	Garantir que a gestante se atenha aos comportamentos estabelecidos consensualmente
8	Participar ou não participar da gestação também com seus gametas	Usar gametas próprios/ usar gametas de doadores (podem ou não ser da gestante)
9	Garantir que, independente de como a nasça a criança, os beneficiários serão legalmente pais dela, de modo que no caso de falta ou conflito entre eles, o destino da criança esteja bem definido/ não pretende ser mãe da criança	Ser legalmente pai/mãe da criança desde que concebida; receber a criança nascida após o parto, combinando como ocorrerá essa entrega
10	Garantir que o pagamento de todo o acompanhamento necessário durante a gravidez, médico e psicológico, será integralmente feito pelos beneficiários	Arcar com o tratamento necessário à gestante durante a gravidez - na modalidade altruísta, sem lhe pagar remuneração
11	Não ter prejuízos com a gravidez, por exemplo, se houver complicações	
	Interesses exclusivos da modalidade remunerada	
12	Negociar e estabelecer o valor recebido e a forma do pagamento	Negociar e estabelecer o valor a pagar e a forma do pagamento
13	Negociar e estabelecer previsões com relação à possibilidade de intercorrências na gravidez e sua relação com o pagamento	Negociar e estabelecer previsões com relação à possibilidade de intercorrências na gravidez e sua relação com o pagamento

	CENTRO DE INTERESSES DA CRIANÇA A NASCER EM QUALQUER DAS MODALIDADES
14	Ser gestada em boas condições de saúde e cuidado
15	Garantia de segurança jurídica desde sua concepção
16	Garantia de possibilidade de conhecer as condições de seu nascimento
17	Garantia de possibilidade de conhecer sua origem genética
18	Garantia de possibilidade de conhecer a gestante

Fonte: Elaboração pela autora.

Os três primeiros interesses que constam do Quadro 2 são pertinentes à fase que precede a celebração do negócio, pela qual o principal objetivo é o acerto da compatibilidade de perfis

entre os negociantes, questão especialmente cara à gestação de substituição que, uma vez levada a efeito por meio da concepção da criança, mais do que em outros negócios existenciais (e ainda mais em relação a negócios patrimoniais), não guarda possibilidades de retorno ao *status quo ante*. Assim, as partes devem ter liberdade de se escolher livremente, esclarecendo mútua e antecipadamente sobre expectativas recíprocas de comportamentos futuros durante e após a gestação do bebê, antes de firmar qualquer espécie de acordo.

Diz-se sobre a imperatividade de que gestante e beneficiários possam escolher uns aos outros com base em dois exemplos observados no mundo: o primeiro deles, a Índia, onde as clínicas de fertilização escolhiam por si próprias a gestante que atuaria para seus clientes, e não só não promoviam o relacionamento entre eles como o desestimulavam. Como relata Rabinowitz, além da dificuldade de comunicação já existente pela disparidade de idiomas, clínicas indianas advertiam clientes de que buscar contato com a gestante os sujeitaria a chantagens, e por meio dessa imagem negativa mantinham consigo o controle das negociações (2015, p. 79).

O segundo exemplo – neste caso, a ser replicado – é o californiano, onde as agências fomentam a compatibilização de perfis por meio de formulários, testes psicológicos e encontros entre negociantes com a presença de facilitadores profissionais, inclusive para que a gestante se certifique de que atuará para beneficiários que, de seu ponto de vista, são capazes de criar bem a criança que ela irá gestar (GALBRAITH; MCLACHLAN; SWALES, 2005, p. 23).

Ademais, importa que as partes compreendam previamente as expectativas de todos quanto a como deve ser o relacionamento entre eles e com a criança durante e após a gestação, pois “conhecer os riscos e antecipar obstáculos em potencial pode ao menos prevenir ilusões ou erros de percepção, que causam os piores fracassos. Uma vez que muitas das expectativas derivadas da confiança não são ditas, deve-se estimular todos os participantes a explicitá-las” (BEIER, 2015, p. 645). Mais além, sendo certo que muitas gestantes de substituição costumam demandar contato com os beneficiários e, posteriormente, com a criança, torna-se importante que as intenções sejam conhecidas e debatidas, acompanhando-se da preparação necessária para levar (ou não) o negócio a efeito:

Em termos de qualidade de relacionamento, já foi demonstrado que o contato direto com a gestante e a confiança dos beneficiários nela são muito importantes, sendo estes os fatores mais cruciais para o bem-estar psicológico e redução de estresse dos beneficiários durante o processo. As gestantes de substituição também demonstram, na maior parte dos casos, uma necessidade de manter contato com a criança e os

beneficiários, o que tem se mostrado bastante benéfico para os pais e seus filhos (RUIZ-ROBLEDILLO; MOYA-ALBIOL, 2016, p. 191).⁵²

Neste ponto, rememora-se que gestante e beneficiários não podem prescindir de se orientar também segundo os interesses da situação jurídica subjetiva correspondente à criança, aí se identificando a garantia de que possa vir a conhecer a forma pela qual nasceu e, caso queira, sobre sua origem genética bem como, possivelmente, a própria pessoa da gestante (Quadro 2, itens 16 a 18). São profundos os debates em doutrina jurídica com relação a esses pontos, os quais não serão abordados porque ultrapassam o escopo deste trabalho.⁵³

A fim de discernir a natureza dessas negociações que recomendavelmente devem preceder o negócio jurídico de gestação de substituição, uma resposta à pergunta sobre para que servem permite perceber predominante propósito existencial. Diferentemente do que se observa, por exemplo, em negociações que antecedem contratos patrimoniais como são os de compra e venda – nos quais a intenção é de acertar detalhes a fim de evitar futuros prejuízos, além de vincular as partes –, esses ajustes se prestarão a elucidar propósitos para que os negociantes se preservem de conflitos cujas consequências serão intensas e inescapavelmente de ordem pessoal.

Por essa razão, não se pode entender cabível aplicar a este negócio os arts. 427 e seguintes do Código Civil – os quais constam de seção atinente à formação dos contratos e são voltados à lógica contratual –, pois a rigidez de tratamento com relação à formalização da proposta e à aceitação não é a tutela adequada às situações existenciais. Nelas, em especial na gestação de substituição aqui tratada, caso haja desistência pelo proponente ou pelo oblato, é melhor que se materialize do que levar adiante o negócio considerando obrigado qualquer dos envolvidos, o que se liga aos itens 4 e 5 que constam do Quadro 2 e ora passam a ser analisados.

Por se tratar a gestação de substituição de exercício de direito da personalidade pela gestante, não há como lhe negar direito de arrependimento, ao menos até a nidação do embrião (já que, a partir desse momento, qualquer medida resultaria em aborto, criminalizado pela

⁵² Tradução livre da autora: “In terms of the quality of relationships, it has been shown that direct contact with the surrogate and the confidence of the intended parents in her are very important, these being the most critical factors for sustaining the psychological well-being and reducing levels of stress in the intended parents during the process. Gestational surrogates also show, in most cases, a need to keep in contact with the child and intended parents, and this has been shown to have great benefits for the parents and offspring”.

⁵³ Em outra oportunidade, já se defendeu a existência de um direito ao conhecimento sobre as próprias origens como parte do desenvolvimento da personalidade – o que imporia aos pais informar à criança que ela foi gestada por meio dessa técnica de reprodução humana assistida, permitindo que viesse a conhecer determinadas características da gestante e/ou dos doadores de gametas, mas não suas identidades civis, salvo sob consentimento de cada um deles (SÁ; RETTORE, 2017, p. 119-120).

legislação brasileira).⁵⁴ Da mesma forma, o exercício do direito ao livre planejamento familiar e da paternidade responsável pelos beneficiários são de ordem existencial, não se podendo obrigá-los a serem pais, razão pela qual impera igualmente admitir o arrependimento (isto, decerto, até o momento da nidação).

Rose Melo Vencelau Meireles ensina que em vista da impossibilidade de tratar situações existenciais como pretensão a obter prestação igual ou equivalente à que o sujeito se obrigou na relação, não há que se falar em coercibilidade ou execução forçada, mas apenas em responsabilização civil por perdas e danos, até mesmo pela tutela da confiança da contraparte (MEIRELES, 2009, p. 253; 296). Não há meio aceitável para obrigar gestante ou beneficiários à continuidade do procedimento se se arrependeram antes da nidação do embrião (ou da implantação, a depender do ponto de vista da gestante que deve ser consensualmente esclarecido previamente, pois já se trata de intervenção em seu corpo). Como, todavia, pensar essa responsabilização civil?

Na modalidade altruísta, a conclusão de Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá de que “não se deve imputar àquela que tem a intenção de realizar uma liberalidade deveres de natureza pecuniária em favor de eventuais beneficiários (...) [o]s pais jurídicos devem assumir os ônus e os riscos, (...) [sob pena de] violação ao princípio da justiça contratual” (LIMA; SÁ, *no prelo*, p. 13) parece ser a mais correta.

Todavia, em contrapartida, se forem os beneficiários a exercer o direito de arrependimento, não podem deixar de ser responsabilizados a pagar perdas e danos à gestante, inclusive lucros cessantes, se os houver (por exemplo, se ela tiver sido obrigada a se ausentar do trabalho em razão da gravidez); bem como, querendo a gestante e a depender do grau de avanço temporal do caso concreto, danos morais em razão de violação a seu direito da personalidade, já que o exercício de sua autonomia corporal para se submeter a tratamentos hormonais invasivos, etc., deu-se em prol da gestação de um bebê, e por atuação culposa dos beneficiários tais mudanças em seu corpo acabarão por ter ocorrido sem qualquer objetivo com o qual ela tenha consentido.

Uma alternativa à responsabilização civil, a qual dependerá de judicialização para fixação do *quantum* indenizatório, é de prever no negócio jurídico cláusula de *jus poenitendi*

⁵⁴ O embrião é implantado e em seguida ocorre a nidação, isto é, sua fixação na parede interna do útero, chamada endométrio. Apenas mediante essa fixação a mulher é considerada grávida (e dá início à produção do hormônio beta HCG, identificado por testes de gravidez). Existem fármacos, como a “pílula do dia seguinte”, que alteram o endométrio e impedem a nidação, fazendo o embrião ser eliminado junto à menstruação (ARAGUAIA). Marcelo Truzzi Otero também manifesta o momento da nidação como limite temporal para o arrependimento (OTERO, 2013, p. 282).

(ou multa penitencial), cujos termos são adiante explicitados por Orlando Gomes à luz do contexto contratual, mas aplicáveis à situação aqui tratada, como se demonstrará:

Podem as partes estipular que o contrato será resilido se qualquer delas se arrepender de o haver concluído. Asseguram-se convencionalmente o *poder* de resili-lo mediante declaração unilateral de vontade. A autorização não provém da lei, mas, no caso, do próprio contrato. São, realmente, os próprios contratantes que estipulam o *jus poenitendi*.

Normalmente, o exercício da faculdade de arrependimento tem sua contrapartida no pagamento de *multa penitencial*. (...) Estipulada a *multa penitencial*, a parte que faz jus a seu recebimento não pode opor-se à rescisão do contrato, visto que o arrependimento da outra parte é faculdade contratualmente assegurada. Pagado a multa, libera-se do vínculo. Não é outra sua função.

A *multa penitencial* não se confunde com a *cláusula penal*, que pressupõe a inexecução do contrato ou o inadimplemento de obrigações contratuais, correspondendo ao ressarcimento dos danos respectivamente provenientes. A *multa penitencial* nada tem a ver com a execução do contrato. É devida como compensação do exercício da faculdade de arrependimento. Garante o poder de resili-lo, de sorte que o contratante arrependido mais não tem a fazer do que pagar a multa, desvinculando-se por seu mero arbítrio (GOMES, 2002, p. 187).

Se as partes estabelecem de comum acordo uma “faculdade de arrependimento” por qualquer delas, caso esta venha a ser exercida, não será possível falar em inexecução negocial (e sim rescisão), nem, por conseguinte, em responsabilização civil. Por isso, será devido apenas o pagamento da multa consensualmente estabelecida (e que pode sê-lo para cada uma das fases do procedimento, segundo o avanço de seus estágios), nada mais. Na modalidade altruísta, pelos argumentos já expendidos, a multa penitencial poderá ser fixada apenas para o caso de arrependimento pelos beneficiários, mas não pela gestante, que age por liberalidade.

Note-se que o “direito ao arrependimento” outrora mencionado difere da “faculdade de arrependimento” negocialmente estabelecida e mencionada por Orlando Gomes. O primeiro

(...) decorre do princípio do consentimento qualificado, sobretudo, quando da disposição resulte limitação ao exercício de *direito da personalidade*, pois somente a limitação *voluntária* é admissível. Permite-se que o disponente se arrependa da declaração de vontade que expressou e a revogue, até o momento anterior ao da execução material do ato.

Observa-se que nos atos de autonomia existenciais que têm regramento aplicável, a possibilidade de revogação é uma característica significativa, especialmente, comparando-se com as relações contratuais, nas quais vigora o princípio da obrigatoriedade (MEIRELES, 2009, p. 246-247).

Pelo exercício do “direito ao arrependimento”, a gestante pode não mais desejar seguir com o procedimento para engravidar, exercitando direito da personalidade à sua autonomia corporal, e os beneficiários podem não mais desejar a parentalidade naquele momento. Trata-se de direitos que emanam da personalidade, de modo que esse arrependimento não poderá ser

inviabilizado na medida em que decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Tal direito à revogação costuma inexistir na seara contratual, à qual se vincula prioritariamente o princípio da obrigatoriedade (MEIRELES, 2009, p. 247).

A “faculdade de arrependimento”, por sua vez, é consensualmente estabelecida e surge da vontade das partes: se não for prevista, o arrependimento implicará inexecução negocial e gerará responsabilidade civil; se o for, o arrependimento será apenas o exercício da faculdade de resilir e implicará, quando for o caso, o pagamento da multa penitencial prevista. Como se vê, a segunda opção oferece maior segurança e previsibilidade, desde logo gerenciando expectativas inclusive para o caso de frustração do acordado por qualquer dos envolvidos – o que é a exata razão pela qual esse instituto do direito contratual, conquanto criado para a lógica patrimonialista, merece ser visto como tutela adequada a essa situação jurídica existencial.

Já na modalidade remunerada da gestação de substituição, além da multa penitencial, surge como possibilidade também a fixação de cláusula acessória atinente a *arras penitenciais* (equivalente ao “sinal” dado como primeira parcela de pagamento) (LIMA; SÁ, *no prelo*, p. 12-13), que figuram no art. 420 do Código Civil e, como a multa penitencial, também se relacionam ao reconhecimento negocial de um direito (*rectius*, faculdade) de arrependimento – sendo que arras não se aplicariam à gestação altruísta porque nela inexistente sinal, por inexistir pagamento. Por meio das arras penitenciais, se os beneficiários se arrependerem, o que pagaram de sinal servirá como indenização à gestante; já se a gestante se arrepender, terá de devolver o sinal recebido e pagar valor equivalente aos beneficiários.⁵⁵

Assim como a multa penitencial, as arras também não admitem a busca de indenização suplementar, por expressa disposição do mencionado art. 420. A diferença entre uma e outra atine ao fato de que, pelas arras penitenciais, a gestante se vê por um lado beneficiada por receber o sinal antecipadamente e não ter de buscar receber a quantia após eventual arrependimento dos beneficiários; por outro lado, elas podem lhe ser desfavoráveis por se restringir ao valor do sinal, o qual não poderá ser vinculado a montantes proporcionais ao estágio de avanço dos procedimentos para a gestação tal qual permite a multa penitencial.

Diga-se, por fim, quanto ao direito de arrependimento das partes que a indenização aqui tratada, salvo nas exceções mencionadas (quando tiver havido violação a direito da

⁵⁵ Uma possibilidade de importante previsão refere-se a casos nos quais a gestante decide receber a implantação de embrião geneticamente ligado aos beneficiários (ou a algum deles), que tenha sido congelado e está sendo utilizado em momento no qual estes beneficiários não mais conseguem produzir outros embriões seus. O exercício do direito de arrependimento pela gestante, em situação assim peculiar, torna-se questão mais sensível porque inegavelmente desemboca na “perda de uma chance” por parte dos beneficiários, o que pode levar a questionamentos sobre, neste caso, o pagamento de indenização de maior monta.

personalidade), refere-se apenas a perdas e danos: “[a]nte a incoercibilidade das situações existenciais, compete ao denunciante apenas indenizar o prejudicado dos danos que eventualmente a rescisão unilateral ocasionar” (MEIRELES, 2009, p. 296-297). Não as havendo (a exemplo de arrependimento da gestante antes da realização de procedimentos clínicos), não haverá dever de indenizar, pois “[a] mera expectativa gerada com a declaração de vontade não é suficiente para o surgimento da obrigação de indenizar. (...) Revogar o ato de autonomia existencial é ato lícito e, como tal, não gera o dever de indenizar” (2009, p. 262).

Os itens 6, 7 e 8 do Quadro 2 retratam interesses da gestante relacionados ao exercício de um direito da personalidade seu, referente à sua autonomia corporal e livre uso do corpo. Por meio desse exercício, a mulher se presta a gestar o bebê alheio (contribuindo ou não com seus próprios gametas, segundo as ressalvas já feitas no Capítulo anterior) e pode vincular-se a certos comportamentos negocialmente acordados, a exemplo de não pintar o cabelo, fumar, consumir bebidas alcoólicas ou até mesmo de não se submeter a atividades de risco, sejam profissionais ou esportivas, no período gestacional.

Esse tipo de vinculação comportamental já é usualmente encontrado em outros contratos atinentes ao exercício de direitos da personalidade, firmados entre pessoas e empresas mediante a ligação da imagem do contratado à marca, o que, por via transversa, exige que este se obrigue à restrição de determinados comportamentos ou frequência a certos lugares, exatamente porque algo reprovável que venha a fazer poderá repercutir no valor da marca. Nesses casos, o exercício é não apenas do direito à imagem, mas também de direitos à liberdade, privacidade, intimidade e, possivelmente, até mesmo à autonomia corporal, quando previstas restrições ao consumo de certos itens. Trata-se do estabelecimento de uma “cláusula moral”, importada do direito americano, como ensinam Ana Paula Pereira Leite e Zilda Mara Consalter:

Em se tratando de atletas, o ponto de partida da ocorrência da cláusula moral ocorreu com Babe Ruth, um jogador de baseball, que tinha, em seu contrato mantido com seu time, uma cláusula em que deveria abster-se do consumo de álcool e deveria estar na cama até a 01h00 durante a temporada de jogos.

Ocorre que, quando atletas ou celebridades agem de forma reprovável, não apenas do sentido de violação estrita da lei e em face das suas atividades profissionais, mas também em sua vida pessoal, é possível que o contratante tenha um prejuízo em razão da transferência que os consumidores fazem da imagem da pessoa para o próprio produto.

Exemplificativamente, é o caso da modelo inglesa Kate Moss, que teve fotografias publicadas em todo o mundo em momento no qual consumia cocaína. Na época, a modelo mantinha contratos publicitários milionários com marcas como H&M®, Chanel® e Burberry®, que a dispensaram de suas campanhas publicitárias (LEITE; CONSALTER, 2017, p. 41).

Conquanto a vinculação negocial a certos comportamentos seja legitimada pela tão só possibilidade de exercício da autonomia corporal pela pessoa, isso apenas se fortalece quando também corresponde a meios de preservação do bom desenvolvimento fetal, voltando-se ao centro de interesses do bebê para com o qual os demais guardam inerentes responsabilidades (item 14 do Quadro 2). Todavia, ainda que nem todas as previsões de uma cláusula moral guardem esse intento – a exemplo de negociação pela abstinência sexual da gestante em lugar da obrigatoriedade do uso de preservativo, cuja eficácia de proteção ao bebê seria a mesma, salvo se por alguma peculiaridade médica –, entende-se igualmente aceitável que a gestante, em exercício de sua própria autonomia, possa com elas consensualmente se comprometer.

Pensar a inserção de uma cláusula moral em um contrato de gestação de substituição da modalidade remunerada demanda a análise de interesses que mais se relaciona à que foi feita no Capítulo 2 em relação aos garotos-propaganda, uma vez que, como naquele caso, o mesmo centro de interesses relativo à posição jurídica da gestante que escolhe livremente dispor de sua autonomia corporal guarda propósitos imediatos de ordem patrimonial e existencial. Quando a gestante exercita sua autonomia corporal – escolhendo gestar o bebê dos beneficiários e, sendo o caso, comprometendo-se a ter ou a evitar certos comportamentos – isso serve, a uma, ao recebimento de contrapartida financeira (situação patrimonial), sem abrir mão, a duas, da intenção de que sua disponibilidade corporal se atenha exclusivamente aos limites consentidos (situação existencial). Aí se encontra uma situação jurídica dúplice.

Se violado o negócio em relação à situação patrimonial, a tutela atraída será a usualmente vertida a situações patrimoniais, porque negocialmente consolidado um direito subjetivo da gestante. Consequentemente, é cabível a execução judicial do débito, condenação ao pagamento de eventuais danos patrimoniais, aplicação de juros de mora ainda que não tenham sido convencionados (art. 406 do Código Civil), etc. Também para esse caso parece ser mais vantajoso que as partes desde logo insiram no negócio cláusulas penais compensatórias e moratórias, garantindo maior previsibilidade dos efeitos da avença.

Entretanto, na hipótese de transgressão de termos negociais atinentes à situação jurídica existencial, a tutela atraída será diversa. Caso os beneficiários insistam em exigências comportamentais que ultrapassem o negociado com a gestante, a violação de direito da personalidade comanda a aplicação do *caput* do art. 12 do Código Civil, possibilitando à gestante exigir que cesse a ameaça ou lesão a seu direito e/ou, se for o caso, pleitear a condenação ao pagamento de danos morais, aplicáveis se violado direito da personalidade.

Não obstante, é de se reconhecer que mesmo no caso de os beneficiários pretenderem exigir da gestante comportamentos que não ultrapassem o negociado (e sim que tenham sido

consentidos), não lhes será permitido demandar pela tutela específica, sob pena de violação da autonomia corporal da mulher que, como direito da personalidade, goza de especial proteção pelo ordenamento. Se o fizerem, é a gestante quem poderá exigir que cesse a ameaça ou lesão a direito seu e, a depender do caso, pleitear danos morais, desde que não se configure, neste último caso e diante da situação concreta, abuso de direito.

Assim como o pai biológico de uma criança não possui condições jurídicas para impedir comportamentos da mãe biológica durante a gestação do filho comum, sejam eles casados ou não (OTERO, 2013, p. 291), o mesmo se aplica aos beneficiários, independentemente de sua pretensão apoiar-se em cláusula negocial regular – mais um exemplo de como o raciocínio patrimonial não se ajusta a situações existenciais, em vista das suas peculiaridades, descabendo a estrita lógica de débito, crédito e obrigação.

Quanto a estes danos morais que se mencionou poderem ser pleiteados pela gestante, uma vez que não mais será possível, na altura da vigência desta cláusula (isto é, já no curso da gestação), falar-se em possibilidade de arrependimento, torna-se incabível a previsão de multa ou arras penitenciais. Todavia, nada há que impeça às partes negociar a previsão de um valor a ser pago a título de danos morais no caso de eventual infração, por meio da inserção de uma cláusula penal compensatória no negócio, instituto que Orlando Gomes leciona ser voltado ao “inadimplemento de obrigações contratuais, correspondendo ao ressarcimento dos danos respectivamente provenientes” (GOMES, 2002, p. 187).

Ainda que a cláusula penal esteja usualmente relacionada a perdas e danos (portanto, a danos patrimoniais), ela parece também se adequar à previsão do *quantum* de danos morais feita pelas partes no próprio negócio, exatamente por garantir maior segurança jurídica às partes ao propiciar previsibilidade de efeitos negociais ainda que na possibilidade de sua frustração, uma vez que, como comanda o parágrafo único do art. 416 do Código Civil, restará impedida a exigência de indenização complementar, salvo previsão negocial.

Porém, se, da perspectiva dos beneficiários, o interesse é de garantir aderência da gestante aos comportamentos aos quais anuiu no negócio, mas a eles não é permitido exigir tutela específica (isto é, o cumprimento da obrigação), certo é que inexiste impedimento para que prevejam cláusula penal compensatória pelo descumprimento do avençado – com relevante caráter dissuasivo – podendo o valor estabelecido refletir proporcionalmente o da remuneração principal (rememorando-se que o art. 412 do Código Civil impede que a cominação dessa cláusula exceda o valor do pagamento). “(...) [A] estipulação de cláusula penal para obrigações sobre os direitos da personalidade é válida. O inadimplemento daquele que se obrigou quanto aos seus direitos da personalidade gera responsabilidade contratual” (BORGES, 2005, p. 121).

Na ausência de uma tal cláusula, poderão buscar junto ao Judiciário a configuração de responsabilidade civil da gestante, se comprovado que o descumprimento lhes gerou dano material (por complicação na gravidez que onerou custos do tratamento, ou posteriormente, se tiver havido reflexos no filho que demandem gastos não ordinários, etc.) e/ou moral (pela violação a direito da personalidade, sustentando-se, por exemplo, violação do direito ao planejamento familiar que exerceram por meio daquele negócio, indissociável dos direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade, assim se incluindo na categoria dos direitos da personalidade já que o rol presente no Código Civil não é taxativo).

Todavia, diante da análise aqui empreendida, impera concluir que no caso da gestação de substituição altruísta não há sentido na previsão de cláusula moral para comportamentos da gestante salvo com o intuito de orientá-la sobre o que entendem ou não adequado fazer (tipo de orientação cuja relevância, todavia, não se ignora, até mesmo em vista de que a própria negociação dos termos dessa diretriz pode se prestar a um maior acerto de vontades). Isso porque, como visto, é impossível a pretensão de os beneficiários obterem tutela específica, além de também não ser cabível a responsabilização civil da gestante, pois, retomando os dizeres de Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, não se deve imputar àquela que realiza uma liberalidade deveres de natureza pecuniária em favor de eventuais beneficiários, sob pena de violação ao princípio da justiça contratual (*no prelo*, p. 13). Nos negócios altruístas, portanto, não é cabível a fixação de cláusula penal compensatória em razão de quaisquer comportamentos da gestante.

De mais a mais, em qualquer dos casos e independentemente da existência de negócio jurídico ou cláusula específica, não se pode esquecer que se de um comportamento indevido da gestante resultar prejuízo ao desenvolvimento do bebê, isso corresponderá ao exercício de ato ilícito, na medida em que, a uma, por ação ou omissão voluntária, violou direito e causou danos a outrem (a depender do caso, aos beneficiários e/ou à criança), e a duas, excedeu os limites do direito ao livre uso do corpo postos, no mínimo, pelos ditames da boa-fé objetiva – o que por si dá azo à cobrança de indenização pelo ofendido.

Diga-se por fim, quanto a este tema, que mais uma vez a Índia se presta como um útil *contraexemplo*, porque lá se definiam limitações de comportamento às gestantes por elas não consentidas e sequer informadas aos beneficiários. As gestantes eram mantidas e reunidas pelas agências em albergues, que se de um lado se prestavam a resguardar os cuidados consigo, sua saúde, alimentação, medicações e períodos de repouso dentro de horários estabelecidos – tendo em vista a condição de pobreza vivida por muitas, que poderia prejudicar o desenvolvimento do bebê – serviam, de outro, ao propósito de que fossem constantemente monitoradas, inclusive

impedindo que tivessem relações conjugais com seus maridos. Mais do que isso, apenas lhes seria permitido que vissem seus próprios filhos ocasionalmente, desde que “se comportassem” (PANDE, 2010, p. 981-982). Paralelamente, aos beneficiários era dito que, dado o quadro de pobreza normalmente por elas vivido, o período que passavam nos albergues lhes proporcionava temporada de vida *luxuosa* (RUDRAPPA; COLLINS, 2015, p. 948).

Partindo à análise do item 9 do Quadro 2, constata-se que o negócio jurídico de gestação de substituição pressupõe uma convergência de vontades no sentido da determinação de filiação da criança: gestante e beneficiários tencionam que os segundos se estabeleçam como genitores, bem como que essa pretensão do outro negociante não se modifique no curso da gestação.

A questão referente à possibilidade de mudança de ideia pela gestante é das mais recorrentes quando se trata da matéria gestação de substituição, especialmente em virtude de o caso *Baby M*, que transcorreu entre 1985 e 1988, ter sido o primeiro sobre o tema a ser muito divulgado pela mídia, sem que qualquer outro posterior tenha recebido cobertura comparável (MARKENS, 2011, p. 1745). Em *Baby M*, a americana Mary Beth Whitehead comprometeu-se a ser inseminada artificialmente com gametas de William Stern e, após o nascimento, a entregar-lhe a criança, abrindo mão dos direitos parentais em prol dele e da esposa, recebendo em troca determinada quantia. Todavia, Mary Beth desistiu da entrega e da renúncia a direitos, aduzindo que a experiência da gravidez a levou a mudar de ideia (ANLEU, 1990, p. 66-67).

Afora a complexidade da situação vivenciada por estes personagens, a excentricidade daquele primeiro conflito dessa ordem, o rumo tomado pelos julgamentos nos Tribunais e o próprio resultado da controvérsia (Mary Beth logrou manter seus direitos parentais, mas apenas em último grau de recurso; William Stern ficou com a custódia definitiva de M., e Mary Beth com direito a visitas) amplificaram a conexão do caso à noção de acentuado sofrimento:

Whitehead se tornou duplamente condenável. Primeiro, porque sua participação em um negócio de útero de substituição foi definida como um desvio de normas de gênero que enquadram mulheres como motivadas por altruísmo, emoção, preocupação com outras pessoas, e que tomam a gravidez como um elemento natural, sem caráter econômico, do papel feminino. Contudo, infringir este mesmo contrato não restaurou seus direitos pré-contratuais, quais sejam, direitos maternais. Ao contrário, a Corte e a mídia a condenaram por seu desvio inicial [ter aceitado, em um contrato remunerado, entregar o bebê que ia gestar e ceder direitos parentais], tendo-se determinado que ela deveria aceitar as consequências desse desvio das normas de gênero, deixando-a impotente (ANLEU, 1990, p. 67).⁵⁶

⁵⁶ Tradução livre da autora: “Whitehead became doubly deviant. First, her participation in a surrogacy contract was defined as deviation from gender norms specifying women as motivated by altruism, emotion, concern for others, and identifying childbirth as a natural not economic element of women’s roles. However, reneging on the contract did not restore her pre-contractual, that is maternal, rights, rather the Court and the media damned her for her initial ‘unnatural’ act and for not accepting the contractual terms. In other words, the Court held Whitehead

Existe, por isso, enorme relação entre esse caso, o grau de cobertura midiática que recebeu à época e a inexistência de outros que tenham tomado igual proporção, com o ideário de que gestantes de substituição inevitavelmente se apegarão ao bebê gestado e desistirão do compromisso de entregá-lo, merecendo ser “protegidas” *antes* da tomada desse tipo de decisão, sob pena do risco de vivenciarem desamparo, sofrimento e intensas batalhas judiciais –, o que representa uma atitude inequivocamente paternalista.

Entretanto, como analisado no Capítulo 3, essa ideia contraria evidências históricas sobre o papel da mulher e da maternidade – o qual se altera conforme o contexto cultural e social, inexistindo qualquer instinto materno *inato* que impossibilite a mulher de optar por entregar a criança que gestou – bem como evidências fruto de pesquisas com gestantes substitutas: “[e]studos empíricos em países ocidentais, aplicando diferentes metodologias, mostram de modo consistente que as gestantes estão satisfeitas (...), embora resultados de pesquisas recentes na Índia não corroborem essa conclusão” (BUSBY, 2013, p. 288) – sendo que o resultado indiano guarda relação mais com o *modus operandi* adotado pelas clínicas no país (especialmente a ausência do consentimento informado em diversos níveis) do que com a gestação de substituição em si mesma.

Reitera-se, nesse ponto, uma das conclusões do Capítulo 3: uma indeterminação da filiação – relegando a possibilidade de escolha à gestante após o parto e dependendo posteriormente de decisão do Estado, como propôs Jenni Millbank (2015, p. 486) – apenas tende a prejudicar a gestante, os beneficiários e a própria criança (desprovido-a de segurança quanto a seu estado jurídico e familiar, o que contraria o interesse do item 15 do Quadro 2):

A gestante poderá mudar de ideia e manter “seu” bebê, os beneficiários poderão recusar a criança, que sempre nascerá com uma identidade ainda a ser determinada. (...) Torna-se claro que os beneficiários sofrerão se a gestante mudar de ideia, mas a própria gestante também tem muito a perder. Se os beneficiários desistirem do acordo, o sistema sugerido por Millbank deixa a gestante como genitora legal quando ela não possuía intenção alguma de ser a mãe dessa criança. (...) O que parece ser uma salvaguarda para a gestante – “entrega consensual da criança após o parto” – na verdade a torna vulnerável (VAN ZYL; WALKER, 2015, p. 385).⁵⁷

responsible for the initial deviance and ruled that she must accept the consequences of deviating from gender norms, thereby rendering her powerless”.

⁵⁷ Tradução livre da autora: “The surrogate can change her mind and keep “her” baby, the intended parents can refuse to accept the baby, and the baby itself is always born with an identity still to be determined. (...) It is clear that the intended parents suffer if the surrogate changes her mind, but the surrogate herself also has a great deal at stake. If the intended parents opt out of the arrangement, the current system, even if reformed on Millbank’s lines, leaves the surrogate as the legal mother when she had no intention on becoming a mother to this child. (...) What appears to be a safeguard for the surrogate – “consensual relinquishment after birth” – in fact makes her vulnerable”.

Estabelecer a filiação do bebê desde sua concepção como dos beneficiários, tal qual é a intenção de todos os envolvidos quando da conclusão do negócio, torna despiciendo os debates sobre a pertinência jurídica de se admitir a executoriedade de cláusula que estabeleça a entrega da criança pela gestante a eles – pois deverão ter consigo a criança em virtude de sua *potestà*, poder-dever (que perante a gestante assume a forma de direito potestativo) de reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha (art. 1.634 do Código Civil), inclusive pela via da busca e apreensão se necessário – ou sobre qualquer possibilidade de os beneficiários decidirem “recusar” ou “devolver” o bebê como se produto fosse.

Responder à pergunta sobre qual o propósito deste interesse – ou “para que ele serve”, aí se incluindo, por certo, também o que atine ao centro de interesses da criança –, leva à conclusão de que se trata, neste ponto, de um ato jurídico da seara familiarista, tal qual é o reconhecimento de filho feito por escritura pública ou testamento (art. 1.609 do Código Civil), atraindo a tutela respectiva e adequada: poderes e obrigações inerentes à autoridade parental. Assim, constará do negócio jurídico de gestação de substituição cláusula de ato jurídico *stricto sensu*, o que faz do negócio um ato jurídico misto, como ensina Marcos Bernardes de Mello:

O direito, ao regular os atos humanos que têm na vontade o seu elemento nuclear, quando os não veda ou os declara vedáveis pela atuação das próprias pessoas, permite-os, mas,

(a) ou os recebe em certo sentido, portanto, sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela vontade dos interessados, ou

(b) diferentemente, outorga liberdade às pessoas para, dentro de certos limites, autorregurar os seus interesses (...).

Na espécie *a*, denominada ato jurídico *stricto sensu* ou ato não negocial, a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados (donde dizer-se que são *efeitos necessários*, ou *ex lege*).

(...) É possível haver atos jurídicos em que estejam combinados ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. (...) Estes são os chamados *atos jurídicos mistos*, que, em rigor, não constituem uma categoria específica de ato jurídico, mas uma combinação de espécies classificáveis nas duas classes: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico (MELLO, 2011, p. 188-192).

Não se discute, todavia, que a entrega da criança deva ocorrer de forma harmoniosa, razão pela qual é recomendável que, também quanto a este ponto, os negociantes decidam previamente como isso deve acontecer, gerenciando suas próprias expectativas ou, até mesmo, percebendo uma incompatibilidade de perfis que sugira que o negócio sequer deva ser concluído entre eles.

Isso porque são identificáveis na literatura casos de beneficiários que não desejam que a gestante veja ou segure o bebê após o parto, de gestantes que preferem essa mesma maneira, bem como de outras que preferem conhecê-lo e segurá-lo por curto período. Por isso, é importante o prévio esclarecimento de intenções, para que também quanto a isso haja consentimento, evitando situações como as descritas na Índia:

Muitos entrevistados disseram que a fim de “proteger” a gestante de desenvolver vínculo com o bebê, não permitiam que ela o segurasse ou o amamentasse. Em vez disso, faziam uso de mamadeiras. Assim, sua ansiedade em relação à configuração de sua própria parentalidade era remodelada como um ato de benevolência em prol das mães, independentemente do que as mulheres por si desejavam (RUDRAPPA, 2016, p. 292).⁵⁸

Afinal, conquanto se entenda que, no caso de resistência da gestante para entrega do bebê após o parto, os beneficiários estejam amparados por normas de direito de família que lhes permite reclamar o filho de quem o detenha ilegalmente, merece ser respeitado o possível desejo da gestante de contato com a criança no momento pós-parto – que pode ou não existir, mas em existindo – porque atine à sua dignidade. Uma abrupta retirada da criança do contato com a gestante e em contrário à forma por ela preferida implicaria violar sua dignidade, vista como direito da personalidade, porque constitutiva desta.⁵⁹ Apenas se a gestante ultrapassar os limites de um contato inicial não acordado estará configurado abuso de direito, o qual legitimará atuação dos beneficiários para terem consigo a criança. E, como já se ressaltou, a depender do caso concreto a violação de direito da personalidade poderá dar azo a uma condenação por dano moral.

Neste ponto, interessa ainda destacar a ocorrência de um caso inusitado no qual uma gestante substituta californiana, Jessica Allen, deu à luz a gêmeos com beneficiários japoneses.

⁵⁸ Tradução livre da autora: “Many interviewees said that in order to “protect” the surrogate mother from bonding with the baby, they did not allow her to hold or breast-feed the baby. Instead, they bottle-fed the babies. Thus, their anxieties about establishing their parenthood were recast as an act of benevolence toward the mothers, regardless of what the women themselves wanted”. Ressalta-se apenas que não se entende adequado o uso do vocábulo “mothers” (“mães”, na tradução), por entender-se que expressa *a priori* ponto de vista segundo o qual a gestante é mãe da criança que gesta conquanto tenha concordado em não o ser.

⁵⁹ A caracterização da dignidade como direito da personalidade é feita a partir do entendimento de que ela busca seu fundamento ético na própria pessoa: “(...) só pode ‘ser considerado direito da personalidade aquele direito que encontrar fundamento ético na personalidade humana’. Aqui há, pois, uma perspectiva *bem mais ampla* que a imposta pelos *fracos limites estatais* a que se vinculam os direitos fundamentais. Encontra-se, portanto, a verdadeira distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, para muito além dos limites territoriais de um dado espaço de soberania. ‘O que for verdadeiramente emanção da personalidade humana tem que ser reconhecido por todos, porque a personalidade é a própria base comum do diálogo social’” (STANCIOLI, 2010, p. 25). Os trechos entre aspas são citação direta feita pelo autor a partir da obra de Ascensão: ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 342, abr-mai-jun, 1998.

Já depois do nascimento e da entrega dos bebês percebeu-se que um deles era filho genético seu e de seu cônjuge (sem que isso houvesse sido planejado, pois a fertilização *in vitro* se deu sem uso de gametas de qualquer dos dois), em virtude do raríssimo acontecimento de ovulação durante a gravidez (superfetação), o que se somou à falha do método anticoncepcional por ela utilizado em relações com o marido (MÃE, 2017). Nesse caso raro, como se percebe, não houve intenção da gestante tampouco dos beneficiários de que esse bebê fosse filho dos últimos, razão pela qual a filiação será formada com a própria gestante. Em concreto, Jessica decidiu assumir essa maternidade, todavia, mesmo que assim não decidisse, isso não impediria a formação de referida filiação – a ela restando, fosse o caso, apenas a alternativa de entrega da criança para adoção.

Tratando-se, mais além, dos itens 10 e 11 do Quadro 2, impõe-se reconhecer ser interesse da gestante que os beneficiários arquem, exclusivamente, com todos os gastos referentes ao pagamento da clínica de fertilização ou hospital, assim como com quaisquer necessidades de saúde durante a gravidez. É dizer, interessa a ela formalizar a existência de obrigação dos beneficiários para que qualquer tratamento de saúde que se faça necessário em virtude da gravidez seja pago por eles diretamente à clínica ou ao hospital. Esses tratamentos estarão sujeitos a condições suspensivas referentes à concretização dos fatos de saúde da gestante que os demandem, e que suspenderão apenas a eficácia das respectivas cláusulas sem impactar o negócio como um todo. Essa obrigação para com a gestante dá azo à imediata e consequente criação de obrigação correlata deles para com parte que não ela própria (isto é, a clínica ou o hospital), o que será elemento de negócio jurídico coligado a ser tratado adiante neste Capítulo.

Esse interesse da gestante se volta, por certo, à função existencial de cuidado com a própria saúde. Todavia, é dúplice, porque possui simultaneamente uma função patrimonial: mesmo no caso da gestação altruísta, à gestante não interessa se ver obrigada a realizar qualquer tipo de gasto quando o que pratica já é uma custosa liberalidade, razão pela qual deverá exigir a formalização desta obrigação dos beneficiários para com a clínica ou hospital. Exatamente por essa razão, tal interesse deve receber a tutela que o ordenamento jurídico disponibiliza às questões patrimoniais, assumindo a forma e atraindo características de um direito subjetivo, de modo tal que, caso os beneficiários deixem de arcar com algum dos gastos da gestante, ela poderá deles exigir o cumprimento da obrigação ou, sendo o caso, a indenização decorrente de responsabilidade civil por descumprimento – a qual, no caso desse interesse dúplice, pode abranger danos patrimoniais e morais a depender do caso concreto.

Portanto, é possível notar a presença de elementos existenciais e patrimoniais não apenas na modalidade remunerada da gestação de substituição, mas também na altruísta, por haver também nela interesses com propósitos não preponderantemente existenciais, sem que por isso deixem de ser igualmente funcionalizados à tutela da pessoa humana. A estes elementos não se poderia negar a atração da tutela jurídica vertida para institutos patrimoniais – que lhes é a mais adequada e a que mais atende aos interesses dos negociantes – somente pelo fato de se inserirem em um negócio altruísta. Desse modo, torna-se evidente que o negócio jurídico de gestação de substituição, em qualquer de suas modalidades, possui natureza dúplice.

Passa-se, enfim, aos interesses que constam dos itens 12 e 13 do Quadro 2, exclusivos da gestação de substituição remunerada, relacionados ao interesse de negociar e determinar o valor a ser recebido pela gestante. São, por certo, interesses de ordem patrimonial, que atraem o tipo de tutela respectiva, já detalhada em parágrafos anteriores. Nesse ponto, é de se demonstrar a importância de se viabilizar a negociação direta pelas próprias partes quanto aos termos do negócio bem como à remuneração – ainda que isso se dê com auxílio profissional, como é recomendável – tomando-se novamente como *contraexemplo* a situação indiana, cujos resultados desastrosos são também oriundos dessa ausência de comunicação.

Na Índia, a disparidade cultural e diferença nos idiomas de beneficiários e gestante contribuíam para obstar uma negociação direta ou o desenvolvimento de qualquer tipo de relação entre eles, de modo que se conheciam pouco mais do que trabalhadores e consumidores de qualquer tipo de cadeia produtiva global. Embora os beneficiários as encontrassem por uma ou duas vezes durante o processo e acreditassem que a quantia que lhes era repassada fosse capaz de transformar as suas vidas,⁶⁰⁻⁶¹ quando questionados sobre o valor, não sabiam dizê-lo

⁶⁰ Constava do site de uma das agências indianas, a “Surrogacy Centre India”, segundo tradução livre, que: “É preciso uma mulher generosa e amorosa para ser uma gestante substituta para um casal infértil (...). As gestantes da SCI Healthcare abrem mão de mais de um ano de suas vidas por nosso programa. São mulheres de coração grande, que sentem muito por nossos clientes e a dor pela qual passaram tentando ser pais (...). As gestantes da SCI Healthcare são bem pagas e bem tratadas, física e emocionalmente. Os excelentes cuidados de saúde, apoio familiar e compensação monetária são o mínimo que podemos oferecer pelo maravilhoso presente que oferecem – o presente da vida! Nossas gestantes de substituição sentem imenso orgulho e satisfação por poder ajudar nossos clientes a construir famílias” (RUDRAPPA; COLLINS, 2015, p. 947). Tradução livre da autora: “It takes a generous and loving woman to act as a surrogate mother for an infertile couple (...). SCI Healthcare’s surrogate mothers give up more than one year of their lives for our program. They are women with big hearts, who feel deeply for our clients and the pain they have endured trying to become parents (...) SCI Healthcare’s surrogate mothers are well paid and well cared for, both physically and emotionally. The excellence healthcare, family support and monetary compensation is the least we can offer our surrogates for the amazing gift they give – the gift of life! Our surrogate mothers feel immense pride and satisfaction in being able to help our clients become families”.

⁶¹ “Baylis menciona que trabalhadoras rurais indianas recebem pela gestação de substituição o equivalente a dez anos de rendimentos salariais, enquanto um relatório que constou do *The Lancet* em 2012 reportou que gestantes substitutas indianas recebem entre cinco e sete mil dólares, descrevendo o valor como um enorme montante para

ao certo por não serem informados pelas clínicas quanto a isso (RABINOWITZ, 2016, p. 74). “A manutenção, pela agência, da distância entre gestantes e futuros pais facilita sua tarefa de moldar as interações segundo roteiros cuidadosamente delineados a fim de preservar sua própria imagem e a dos envolvidos” (RUDRAPPA; COLLINS, 2015, p. 948).

Pelo exposto, ao mesmo tempo em que se demonstrou que também a gestação altruísta guarda em seus centros interesses de ordem patrimonial, a decomposição dos atributos do negócio jurídico de gestação de substituição como um todo implica a demonstração de que, na gestação remunerada, o centro de interesses da gestante é correlato a inúmeras e complexas finalidades existenciais – independente de existir ou não em seu íntimo (o que não cabe a ninguém perquirir, salvo com finalidades científicas) qualquer intenção de que a prática, além de lhe prover certa remuneração, sirva-lhe a algum propósito de realização pessoal.

Passa-se, então, à exploração de uma estrutura cabível a este negócio jurídico a fim de que possa ser considerado existente, válido e eficaz, entendendo-se os contornos até aqui traçados como elementos hábeis para que uma tal estrutura seja desenvolvida em atenção à proposta do modelo funcional, de forma coerente com as peculiaridades da dupla natureza – patrimonial e existencial – dos interesses presentes em todas as situações jurídicas subjetivas envolvidas nessa relação.

4.2 Um negócio jurídico de gestação de substituição existente, válido e eficaz

4.2.1 Existência

Como exposto no Capítulo 2, o primeiro plano dos negócios jurídicos é o da existência, que não possui previsão textual no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse plano analisa-se tão somente a presença de uma vontade negocial, isto é, procura-se identificar a presença da manifestação de uma ou mais vontades (ainda sem qualificadores, bastando-se a vontade exteriorizada de alguma maneira) como suporte fático suficiente para sobre ele incidir alguma

mulheres que normalmente receberiam trezentos dólares por ano”. Tradução livre da autora: “Baylis mentions that rural Indian women stand to gain the equivalent of ten years’ salary by becoming surrogates, while a 2012 report in *The Lancet* claims that ‘Indian surrogates earn between \$5000 and \$7000 and describes this as ‘an enormous sum for women who would normally only earn about \$300 a year’” (WILKINSON, 2016, p. 129). Conquanto se trate, dentro do contexto local, de quantia vultosa recebida pelas gestantes, relata-se que frequentemente não conseguiam ser usados por elas próprias, como planejado inicialmente (em geral, adquirir uma casa própria ou investir na educação dos filhos) pois, uma vez que raramente dispunham de tamanha quantia de uma só vez, familiares e amigos lhes pediam auxílio financeiro com dívidas, problemas de saúde, etc., os quais, atendidos, consumiam a maior parte do valor recebido em pouco tempo (RUDRAPPA; COLLINS, 2015, p. 955).

norma jurídica – pois, caso contrário, sequer adentrariam ao mundo jurídico e permaneceriam como mero fato da vida (MELLO, 2011, p. 207-208).

No caso da gestação de substituição, a vontade manifestada por gestante e beneficiários é capaz de configurar uma vontade negocial: isso porque, não obstante inexistir lei expressa sobre o tema, trata-se de vontades que inequivocamente recebem a incidência de normas jurídicas constitucionais e federais que garantem o livre desenvolvimento da personalidade e o exercício da autonomia como espaço de não direito (sobre o qual se tratou no Capítulo 3), assim propiciando que conduzam suas escolhas nesse campo por meio de negócios jurídicos pelos quais definem, por si, o regramento e as consequências aplicáveis. Note-se que, nesse plano, independe a verificação sobre eventual proibição de comportamentos, uma vez que mesmo sobre atos ilícitos incidem normas jurídicas.

Com isso, pode-se concluir que o encontro de vontades de gestante com beneficiários em um negócio jurídico de gestação de substituição faz dele *existente* segundo a teoria dos planos (ou escada ponteana), indo além de mero fato da vida, razão pela qual é capaz de, dessa perspectiva e ao menos em tese, criar, modificar e/ou extinguir situações jurídicas.

4.2.2 *Validade*

O escrutínio do negócio pelo plano da validade demanda que seja precedido de uma importante reflexão. A definição de requisitos para a validade de um negócio (e, por conseguinte, de situações nas quais ele será declarado inválido, isto é, nulo ou anulável) é usualmente relacionada apenas ao seu “momento patológico”, qual seja, ao momento no qual se busca a aplicação de sanções previstas pelo ordenamento jurídico para negócios que fujam às regras por ele estabelecidas. Por exemplo, como ilustra Rose Melo Vencelau Meireles ao tratar da incapacidade de agente que pratica um negócio jurídico:

A lógica utilizada pela codificação civil é a seguinte: se o incapaz pratica o ato de autonomia privada ou negócio jurídico, se assim preferir, sem representação ou assistência, este ato é nulo ou anulável, respectivamente; se o incapaz é representado na celebração de um negócio jurídico e a representação é conflituosa com os interesses do incapaz, resta-lhe o caminho da anulação.

Mas quando se trata de situações existenciais não parece suficiente a tutela das incapacidades nestes termos. Assim como a reparação do dano causado pelo ilícito, a nulidade e anulabilidade cuidam apenas do momento patológico da situação (MEIRELES, 2009, p. 135).

No entanto, entende-se que a imposição da invalidade como sanção pelo ordenamento não se presta apenas a atribuir consequências após a formação defeituosa de um negócio

segundo os requisitos desse plano (leia-se, não se presta a atuar apenas no seu momento patológico). Ao contrário, entende-se que as regras de validade se prestam a agir de maneira imprescindível *em momento anterior à formação do negócio*, na medida em que os negociantes dispõem do conhecimento sobre essas exatas regras para imbuir seus esforços em prol de adequadamente atendê-las e, assim, evitar as sanções colocadas pelo ordenamento jurídico.

Desse modo, tem-se que o estabelecimento de regras para validade do negócio jurídico – sem se esquecer de adequá-las às peculiaridades do negócio dúplice aqui tratado segundo ao modelo funcional – figura como meio eficiente para garantia de proteção a todos os negociantes, os quais, interessados em que o negócio a ser feito possa valer tal qual o estabeleceram (e especialmente diante da importância da gestação de substituição para ambas as partes da perspectiva existencial, somada à dimensão do que têm a perder se o negócio vier a se frustrar depois do irreversível momento da nidação) deverão cuidar de implementá-las rigorosamente.

Daí decorre recomendação aos envolvidos para que cuidem de se certificar quanto à presença de adequado assessoramento jurídico para deliberação e redação de termos negociais, tanto para si quanto para o outro negociante – senão pela própria cooperação com o outro, ao menos em vista da capacidade que ele detém, como participante do negócio, de (tentar) frustrá-lo caso venha a entender pela presença de algum defeito. Em tempos nos quais o próprio processo civil – desenvolvido majoritariamente para relações de litígio entre pessoas – cuida de estimular a participação delas próprias na resolução de suas questões sem interveniência estatal (art. 3º, §3º do Código de Processo Civil de 2015), a atuação do advogado deve se voltar prioritariamente à prestação de consultoria e assessoria jurídica satisfatórias (art. 1º, II do Estatuto da Advocacia) e em prol de evitar a configuração de litígios, mais do que propriamente à atuação nestes últimos.

O negócio jurídico que tem como objeto o uso de certos direitos de personalidade *deve ser o mais específico e detalhado possível*. A permissão para o uso do direito de personalidade deve ser expressa. O negócio deve conter todos os detalhes sobre como aquele direito de personalidade será empregado, qual é a finalidade do uso negociado, durante quanto tempo o uso estará permitido, que lugares essa permissão alcança. Além disso, todas essas disposições terão, necessariamente, interpretação restritiva. Deve-se estabelecer, ainda, a remuneração pelo uso do direito de personalidade em questão, se se tratar de negócio jurídico bilateral quando aos efeitos. Com a delimitação detalhada do uso do direito da personalidade, permite-se à pessoa a fruição econômica do uso desses direitos e, ao mesmo tempo, garante-se a proteção dos direitos de personalidade, que não saem de sua esfera jurídica (BORGES, 2005, p. 122, sem destaque no original).

Já no que de fato tange exclusivamente ao momento patológico do negócio, prevê o art. 182 do Código Civil que na sua invalidade as partes ou serão restituídas ao estado anterior, ou,

não sendo isso possível, “indenizadas com o equivalente” a esse estado anterior.⁶² Rose Melo Vencelau Meireles afirma que essa disposição não deve ser aplicada a negócios existenciais, nos quais “não funciona a lógica da restituição ao estado anterior ou indenização pelo equivalente, porque a primeira opção é quase sempre inviável e a segunda simplesmente não existe. (...) Como indenizar esta pessoa pelo equivalente?” (2009, p. 136-138).

Acredita-se, todavia, que embora de fato seja impossível indenizar os negociantes com valor que equivalha ao estado anterior, o art. 182 é aplicável desde que mediante uma interpretação funcionalizada ao objetivo existencial atinente ao negócio realizado entre as partes – isto é, na impossibilidade de atribuição do equivalente, impende a atribuição da figura disponibilizada pelo ordenamento para situações existenciais que (até o presente momento) é a que mais consegue dele se aproximar: a determinação de pagamento de dano moral, sendo o caso, por aquele que conscientemente tenha dado causa ao vício.⁶³

4.2.2.1 *Agente capaz*

Feita a ressalva do item precedente, o primeiro requisito a se destrinchar no plano da validade é a participação de agentes capazes no negócio. A princípio, isso faz excluir os absolutamente incapazes (menores de dezesseis anos), que precisariam ser representados para serem partes, mas não poderão sê-lo porque o exercício de direito personalíssimo deve partir diretamente do seu titular (TEIXEIRA; PENALVA, 2008, p. 298) (que, no caso da gestante, é a autonomia corporal, e no caso dos beneficiários o reconhecimento de filiação, dentre outros). Já os relativamente incapazes (os quais pela letra do Código são pessoas entre dezesseis e dezoito anos, ébrios habituais, viciados em tóxicos, pródigos e aqueles que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente) poderão, também a princípio, ser

⁶² O termo “anulado” constante do art. 182 deve ser lido como “invalidado”, por aplicar-se tanto à anulabilidade quanto à nulidade, como reconhece a jurisprudência: “(...) 6. Constatado que o retorno à situação fática anterior é inviável, não resta ao julgador que declarou nulo negócio jurídico, outro caminho que não a determinação da resolução mediante recompensa monetária, *nos termos do art. 182, do Código Civil, que também se aplica à nulidade absoluta*. (...) (REsp 1353864/GO, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 07/03/2013, DJe 12/03/2013, sem destaque no original).

⁶³ Rose Melo Vencelau Meireles dá o seguinte exemplo para corroborar sua tese de inaplicabilidade do art. 182 do Código Civil a situações existenciais: “(...) imagine que uma pessoa é submetida a cirurgia para retirada de um dos rins, o que seria a melhor alternativa para se evitar a metástase do câncer que lhe acometia, sendo descoberto, posteriormente, que o diagnóstico de câncer estava errado (...) [pois] fora enganada pelo médico para captação de membros para um banco de órgãos a serem transplantados. Como reverter a situação? Como indenizar esta pessoa pelo equivalente? Na esteia do entendimento de Pasquale Femia, é certo que as categorias da nulidade e da invalidade foram construídas com prevalente ou exclusiva atenção ao contrato de troca” (MEIRELES, 2009, p. 138). Defende-se, pela razão explicitada no trabalho, que o art. 182 deverá ter aplicação funcionalizada (já que o propósito do negócio tratado era existencial) para atribuir responsabilização por danos morais a quem tiver dado causa à invalidade: no caso do exemplo, o médico, pela presença do dolo previsto pelo art. 145 do Código Civil.

partes desde que devidamente assistidos ao exercitarem esse direito – todavia, por se tratar de questão com viés também existencial, pode-se questionar se seria juridicamente possível a assistência por curador.

Diz-se “a princípio” em ambos os casos *supra* porque a capacidade para o exercício de situações jurídicas subjetivas existenciais, de uma perspectiva funcionalizada, pode ultrapassar a previsão sobre o que configura capacidade em termos estritamente legais, alçando-se à identificação sobre discernimento e competência em termos bioéticos: “um paciente é competente se souber entender e valorizar a informação que o levará a tomar uma decisão” (CULVER *apud* NAVES; SÁ, 2017, p. 122), e tem discernimento quando age “(1) intencionalmente, (2) com entendimento e (3) sem influências controladoras que determinem sua ação” (BEAUCHAMP *apud* TEIXEIRA, 2010, p. 161). Isso, todavia, especialmente em virtude de recente alteração no texto sobre capacidade no Código Civil promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – a qual ainda vem sendo absorvida e investigada em seus efeitos pela comunidade jurídica – vai além do escopo do presente estudo por se tratar de questão imbricada que demanda análise mais detida.

Assim, tendo em mente o fato de que a escolha pela participação em um negócio de gestão de substituição não envolve questões das quais pode depender a vida do agente, como seria o caso de optar por determinados tratamentos de saúde, quanto aos quais é ainda mais importante que ampla participação possa vir a ser garantida de maneira responsável, para os fins aqui perquiridos assume-se como premissa que apenas pessoas com capacidade em termos jurídicos estritos configuram agentes hábeis para participar do negócio aqui aventado.

Assevera-se, não obstante, e reconhecendo as limitações fruto do recorte do objeto deste estudo, as seguintes possibilidades: a uma, que poderão não o ser algumas pessoas com capacidade jurídica, mas sem discernimento para determinados atos, e a duas, que poderão sê-lo algumas pessoas que, embora não gozem dessa capacidade jurídica, possuam tal discernimento.⁶⁴ Porém, para essas definições é necessária pesquisa voltada a essa perspectiva e, provavelmente, também a análise de cada caso concreto, modulando-se casuística e individualmente a questão.

4.2.2.2 Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

⁶⁴ “(...) diante de um negócio jurídico existencial, a automática aplicação do art. 3º [e 4º] do Código Civil pode até impedir que se realize a sua função, porque se estaria excluindo o titular da participação de um ato que diz respeito à realização da sua própria personalidade. A condição real de discernimento em cada caso passa a ser fundamental para que tenha alguma eficácia a manifestação de vontade daquele considerado civilmente incapaz. De fato, o discernimento é critério imprescindível (...)” (MEIRELES, 2009, p. 129).

Adiante, é preciso investigar requisitos para a presença de objeto lícito, possível, determinado ou determinável no negócio, o que pressupõe compreender o objeto do negócio jurídico aqui tratado: trata-se, principalmente, do exercício de direitos da personalidade pela mulher gestante, pois é em volta dele que orbitam quaisquer outros objetos que se possa perceber nesse negócio jurídico a partir dos demais interesses presentes e já analisados:

(...) verificam-se inúmeros negócios jurídicos que, pelo seu objeto e função que exercem, determinam que a normativa aplicável seja a das situações existenciais. Isso ocorre *a priori*, quando sua função está ligada, de forma direta, a algum aspecto ensejador do livre desenvolvimento da personalidade, como por exemplo, a cessão gratuita de útero, de serviços educacionais ou médicos, de depósito de embriões criopreservados. Todos esses casos se referem, de forma inegável, a aspectos da personalidade, cujo objetivo negocial é prioritariamente efetivá-los, de modo a potencializá-los, proporcionando o livre desenvolvimento da personalidade da(s) parte(s) envolvida(s) (TEIXEIRA, 2010, p. 165)

Importa precisar, dessa maneira, que o objeto do negócio jurídico de gestação de substituição não é, em hipótese alguma, o bebê a ser gerado tampouco o corpo ou o útero da gestante, mas sim o exercício de direitos da personalidade por parte dela (em especial a autonomia corporal), os quais, ao fim e ao cabo, consistirão no compromisso negocial pela gestação da criança filha dos beneficiários (ato do qual o substrato físico da pessoa é indissociável, mas que a ele não se reduz), com todas as vicissitudes já tratadas até o momento.

Perquirir sobre a licitude desse objeto negocial demanda certas reflexões que se somam às expostas no Capítulo 3, a saber, quanto à possibilidade de renúncia ou limitação voluntária ao exercício de direito da personalidade (que ocorre em ambas as modalidades, altruísta e remunerada, da gestação de substituição), bem como de que isso possa ser feito inclusive em negócio remunerado, sem violar limites postos pelo ordenamento tais como “ordem pública” e “bons costumes”:

Quando tratamos da autonomia privada, vimos que, no direito civil, as principais limitações são relacionadas ao conteúdo ou objeto do negócio jurídico, uma vez que ele deve ser lícito e possível, além de determinável. Quanto a isso, um dos maiores problemas está em que muitos autores incluem no conceito de licitude não apenas a contrariedade à lei, mas a contrariedade à moral, à ordem pública e aos bons costumes. (...) Quanto à ilicitude propriamente dita, ou seja, a contrariedade a dispositivo de lei, consideramos que, em si mesma, não é fator determinante, uma vez que o dispositivo pode ser considerado inconstitucional. (...) há dúvidas acerca da constitucionalidade de artigos do Código Civil de 2002, principalmente dos que se referem à disposição do próprio corpo, assim como há dúvidas sobre a constitucionalidade de artigos da Lei n. 9.434/97, dentre outros, por considerarmos que, em alguns desses casos, o Estado, por meio da atividade legiferante restritiva, intromete-se, inconstitucionalmente, em esferas de vida das pessoas que são protegidas, pela Constituição Federal (BORGES, 2005 p. 135).

Tomando inicialmente a análise sobre a contrariedade à lei pelo negócio de gestação de substituição, compreende-se que os artigos do Código Civil de 2002 podem não ser eivados de inconstitucionalidade *desde que* submetidos a uma leitura à luz da própria Constituição de 1988, assim guardando a proteção que o constituinte reservou à esfera de vida das pessoas, como acima exposto por Roxana Cardoso Brasileiro Borges.⁶⁵

Em suas literalidades, o art. 11 do Código Civil estabelece que direitos da personalidade são irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária; o art. 13 proíbe o ato de disposição do próprio corpo que importe diminuição permanente da integridade física ou contrarie os bons costumes, salvo se por exigência médica; e o art. 14 estatui que é válido dispor gratuitamente do corpo para depois da morte com objetivo científico ou altruístico. De uma leitura estrita, torna-se premente concordar com as famosas palavras de João Baptista Villela – homem, professor e doutrinador sempre à frente de seu tempo – no sentido de que o Código teria agrilhado a pessoa a seus direitos, limitando-os a pretexto de protegê-los.

Nessa esteira, bem-sucedido foi o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil, fruto de proposta do autor, segundo o qual a leitura do art. 11 deve ser no sentido de que “[o] exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral” (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 17), que desde então ganha cada vez mais força na doutrina jurídica: “[a] presunção deve ser sempre da liberdade de ação. (...) a *renúncia* é *fator fundante do livre desenvolvimento da personalidade* e da afirmação da personalidade. Ela é a mais perfeita expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade” (STANCIOLI, 2010, p. 109), ou, como ilustra Ana Carolina Brochado Teixeira,

Soa, portanto, irreal que o Código Civil simplesmente vede a limitação voluntária ao exercício de direitos personalíssimos, pois não é isso que acontece na realidade. Ademais, a tutela da autonomia privada pela Constituição de 1988 demonstra outra diretriz que, contrastada com esta do Código Civil, apenas nos permite chegar a uma conclusão: a inconstitucionalidade parcial do art. 11 ou a necessidade de interpretá-lo de acordo com a efetiva proteção da pessoa humana, determinada pela Constituição Federal. (...)

Quando inexistem situações de hipossuficiência ou vulnerabilidade do titular do direito, padece de sentido a restrição hermética do art. 11, vedando a autonomia privada, pois ele contraria a ideia anteriormente construída da existência de um espaço

⁶⁵ Retoma-se, nesse tópico, o que se falou no Capítulo 3: o §4º do art. 199 da Constituição, segundo o qual “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”, não é aplicável à gestação de substituição: (1) o objeto do procedimento não é a remoção de qualquer espécie de “substância humana” do corpo da gestante (que se restringe ao uso do útero e da capacidade de gestação como um todo), (2) não há a finalidade de transplante, pesquisa ou tratamento e (3) normas restritivas de direitos somente podem ser interpretadas restritivamente.

exclusivamente destinado a decisões pessoais, que não está disciplinado em regras taxativas, guardando fundamento na principiologia constitucional. (...)

Ora, a construção da personalidade é dinâmica e processual, como já afirmamos. Por isso, cada pessoa, dentro do seu projeto de vida, constrói-se de formas diversas, priorizando alguns valores e dispensando outros, o que pode implicar em renúncia de bens tidos como essenciais por alguns, mas dispensáveis por outros. Consequentemente, a essencialidade universal dos direitos da personalidade, como imposição às pessoas, é imprópria no âmbito do Estado Democrático de Direito, construído sobre os pilares do pluralismo, da dignidade e de iguais liberdades para todos. Afirmar a possibilidade de a pessoa escolher o destino a ser dado aos seus direitos personalíssimos é confirmar a tutela positiva dos direitos de personalidade (...) (2010, p. 224-226).

Repisa-se que, como afirma Teixeira, uma completa vedação à limitação voluntária de exercício de direitos da personalidade é continuamente posta em xeque pela simples contemplação da realidade, porque tais limitações acontecem *verdadeiramente a todo tempo* sem grandes questionamentos sociais: pessoas abrem mão de sua privacidade em redes sociais, escrevem livros autobiográficos sobre detalhes de suas vidas íntimas, cedem suas imagens a campanhas publicitárias, realizam cirurgias estéticas dos mais variados tipos (a retirada estética de pele pós-emagrecimento é bom exemplo de “diminuição da integridade física” se se partir da análise literal do conceito), e abrem mão até mesmo de sua liberdade (como é o caso das freiras que vivem em regime de clausura e silêncio em Itajaí, Santa Catarina (SPAUTZ, 2014)).

Assim, uma leitura constitucionalizada do Código Civil leva à conclusão de que a limitação voluntária torna-se possível pois significa renúncia a *exercício* de direito da personalidade – que a qualquer momento poderá cessar segundo escolha de seu titular pela sua retomada – e não ao próprio direito em definitivo, o qual está indissociavelmente conectado à pessoa e por isso é efetivamente indisponível, já que sua perda “pode acarretar a própria ausência de significado da personalidade” (SÁ; NAVES, 2015, p. 68). Isso atende a comandos constitucionais de dignidade e proteção à pluralidade democrática, sem interferências paternalistas que remontariam ao Estado Social.

É de se reconhecer, todavia, que existem situações nas quais uma escolha pela limitação voluntária de direitos da personalidade, conquanto revogável a qualquer momento, pode ter consequências irreversíveis em determinados casos: a disponibilização de vídeos na Internet, por exemplo, não guarda garantias de que, assim querendo o titular da imagem, possa ser totalmente revertida; do mesmo modo, na gravidez de substituição, a renúncia ao exercício da autonomia corporal pela gestante nos níveis com os quais consentiu será reversível apenas até a nidação do embrião, já que a partir daí a desistência significaria aborto, que é criminalizado. Essas questões, todavia, não ilidem o fato de que se trata de limitação voluntária temporária e restrita e, portanto, juridicamente cabível.

A interpretação do art. 13 do Código Civil deve se orientar no mesmo sentido da exposta sobre o art. 11, por ser igualmente paternalista o entendimento de que apenas em caso de exigência médica poderia a pessoa optar pela diminuição permanente de sua integridade física. Tal interpretação é também continuamente questionada pela vida real, como no caso das mencionadas cirurgias de retirada de pele, que partem de demanda estética e não são fruto de “exigência” médica. Todavia, para o estudo que aqui se empreende, tem-se que a gestação de substituição é estado temporário vivido pela mulher que não importa diminuição permanente de sua integridade física, razão pela qual ultrapassa análise específica dos comandos desse artigo.⁶⁶ Já pelo art. 14, importa reconhecer que seu texto atine apenas à validade de disposição gratuita do corpo *para depois da morte*, sem se poder extrair dessa norma qualquer sentido de vedação, seja quanto à ausência de gratuidade, seja com relação às possibilidades da pessoa nessa seara durante a vida.

Superada a ausência de contrariedade à lei, alça-se, neste momento, ao estudo da questão mais complexa sobre o negócio de gestação de substituição, e que envolve a modalidade remunerada: a possibilidade jurídica (à qual se somam questões éticas enfrentadas no Capítulo 3 referentes à exploração, instrumentalização e reificação da mulher) de se atribuir remuneração à gestante ou, em termos mais gerais, à superação jurídica da característica de extrapatrimonialidade que, embora não conste de texto positivado em nosso ordenamento, é associada aos direitos da personalidade:

(...) a extrapatrimonialidade consiste na insuscetibilidade de apreciação econômica destes direitos, ainda que a eventual lesão possa produzir consequências monetárias (...). É certo e incontroverso que a honra, a privacidade e demais bens jurídicos personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária. Não são susceptíveis de aferição monetária (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 113).

⁶⁶ Como exposto, em vista de a gestação de substituição não importar, ao menos diretamente, redução da integridade física da mulher, o estudo sobre essa integridade não será aprofundado neste trabalho pelas limitações de seu objeto. Ressaltam-se apenas dois pontos cruciais: primeiramente, que não se ignora a existência de questionamentos sobre a interpretação literal quanto ao que seja “integridade física”, os quais sugerem uma releitura: “(...) experimentado o autodomínio de si, a intangibilidade [integridade] torna-se um mito a ser esquecido e o livre uso do corpo sobreleva-se como direito da personalidade adutor da autorrealização e da vida boa” (STANCIOLI; CARVALHO, 2011, p. 283). Em segundo lugar, que se reconhece que a escolha feita pela gestante se dá assumindo que não haverá complicações; todavia, não se pode negar que ela indiretamente assume riscos de complicações que podem causar diminuição de sua integridade física, se vista em sentido literal (a exemplo de eventual necessidade de retirada do útero). Por isso, afirma-se que aqui importa tratar da sua escolha *direta* (pela gravidez) e não a indireta (consequências possíveis) – diferenciando-se, por exemplo, da escolha de *wannabes* para retirada de algum membro do corpo, cuja implicação sobre a integridade física (em sentido literal) é direta (os *wannabes* são portadores de apotemnofilia, uma parafilia que se caracteriza pelo desejo de se ver amputado em uma ou mais partes do corpo). Ora, acaso o art. 13 impedisse escolhas que possam indiretamente implicar diminuição de integridade física (novamente, ainda que em sentido literal), não seria possível a qualquer mulher optar por engravidar sequer de filhos próprios.

6.3. Extrapatrimonialidade. Uma das características mais evidentes dos direitos puros da personalidade é a ausência de um conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente, ainda que sua lesão gere efeitos econômicos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 146).

Além de inatos, oponíveis *erga omnes* e imprescritíveis, [os direitos da personalidade] não estão sujeitos a comercialização. A extrapatrimonialidade representa um elemento intrínseco dessa categoria de direitos existenciais, posto se tratar de bens fora do mercado. É essa a razão justificadora da impossibilidade de alugar o útero para gerar criança ou vender órgãos (TEIXEIRA, 2010, p. 215-216).

Abalizada doutrina extrai da extrapatrimonialidade o “princípio jurídico da gratuidade”, o qual imporia que o negócio jurídico extrapatrimonial não poderia gerar ao disponente qualquer espécie de benefício ou vantagem, como expõe Rose Melo Vencelau Meireles:

Como corolário da extrapatrimonialidade das situações existenciais, extrai-se o princípio da gratuidade. De acordo com esse princípio, os negócios jurídicos de cunho existencial são necessariamente gratuitos, ou seja, não geram benefício ou vantagem para o disponente.

Carlos Nelson Konder identifica como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana um subprincípio que denomina de *não mercantilização da pessoa*, o qual “Impõe uma barreira contra a possibilidade de que bens jurídicos inestimáveis sejam negociados como se se tratasse de uma transação mercantil”. É o mesmo princípio da gratuidade (MEIRELES, 2009, p. 203-204).

Como cita a autora, também Carlos Nelson Konder considera a existência de princípio semelhante, neste caso, como “subprincípio” oriundo da dignidade da pessoa humana, o qual se constituiria numa imposição normativa de “não mercantilização da pessoa”. Nas palavras do autor, que também entende pela “consagração do caráter normativo dos princípios pela melhor doutrina [(...),] pertinente ao contexto aqui em exame” (2003, p. 51):

[O princípio da dignidade da pessoa humana] [i]mpõe igualmente um núcleo de proteção da pessoa por meio da garantia de um mínimo existencial e pela atribuição de direitos e garantias fundamentais, que funcionam não como os direitos subjetivos clássicos – instrumentos cunhados para a utilização patrimonial do poder da vontade –, mas como mecanismos de tutela do livre desenvolvimento da personalidade. (...) Este aspecto fundacional [dos princípios] não implica, vale ressaltar novamente, limitações quanto à sua aplicabilidade direta às situações concretas: ao contrário, diversos casos, especialmente de biodireito, serão resolvidos através da incidência direta e imediata do princípio da dignidade da pessoa humana.

Este princípio tem intrínsecas ligações com o biodireito, que já são reveladas pela gênese histórica semelhante: ambos frutos de um contexto de proteção à pessoa da segunda metade do século XX, em reação às desumanidades cometidas durante a guerra. Principalmente, as situações colocadas pelo biodireito exigem um novo vigor na aplicação do referido princípio, em razão da pertinência dos bens jurídicos envolvidos e da impossibilidade do tratamento dogmático convencional. (...) Neste âmbito, destaca-se um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o que poderíamos denominar subprincípio da *não mercantilização da pessoa*. Ele determina que os aspectos existenciais da pessoa humana devem ser regidos por uma lógica própria, distinta da lógica aplicável aos aspectos patrimoniais. Impõe uma

barreira contra a possibilidade de que bens jurídicos inestimáveis sejam negociados como se se tratasse de uma transação mercantil.

Isto decorre da própria expressão dignidade na sua concepção kantiana: dignidade é um atributo das pessoas, enquanto o preço é atributo de coisas. Implica também distinção com relação à expressão “qualidade de vida” que, em diversas de suas versões, pressupõe um cálculo utilitarista e uma lógica consequencialista, incondizente com a dignidade. Insere-se também em um movimento mais amplo de repulsa à invasão da esfera das relações intersubjetivas por lógicas comerciais, que vem sendo diagnosticado por filósofos contemporâneos.

Tal subprincípio vem concretizado pela regra do art. 199, §4º da Constituição (...). O preceito constitucional, embora deixe certa abertura de regulação para o legislador infraconstitucional, impede qualquer tipo de comercialização nas atividades referentes à integridade física, atos de disposição do corpo e experimentação em seres humanos, sejam tais atividades de tratamento médico ou de pesquisa científica. Ao dispositivo, por corroborar o princípio da dignidade humana, não cabe interpretação restritiva, sendo aplicável a todos os casos de biodireito (KONDER, 2003, p. 54-57).⁶⁷

Entende o autor, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana dá azo à interpretação para dele extrair comando – pois os princípios constitucionais são dotados de força normativa – que impõe “que os aspectos existenciais da pessoa humana devam ser regidos por uma lógica própria, distinta da lógica aplicável aos aspectos patrimoniais”, e que daí decorreria “barreira contra a possibilidade de que bens jurídicos inestimáveis sejam negociados”, pois preço não pode ser atributo de pessoas, as quais, dotadas de dignidade, distinguem-se das coisas. Daí, haveria uma imposição de “não mercantilização” (ou, nos termos de Rose Melo Vencelau Meireles, imposição de gratuidade às situações existenciais).

Em seguida, Carlos Nelson Konder vai além, ao afirmar que o §4º do art. 199 da Constituição (o qual, como já se viu, restringe-se a abarcar a remoção de “substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento” e tratar sobre coleta de sangue, “sendo vedado todo tipo de comercialização”) concretizaria essa lógica de não mercantilização e se estenderia a todos os casos de biodireito, pois o princípio da dignidade humana não poderia ser interpretado restritivamente.

Entende-se que essa série de assertivas, todavia, não leva às conclusões às quais chega o autor. De fato, o princípio da dignidade alçou a pessoa ao centro de nosso ordenamento, o que demanda lógica própria para seu tratamento, especialmente vertida às particularidades e necessidades existenciais da pessoa; contudo, a conclusão de que desse conteúdo da dignidade

⁶⁷ Ao citar “filósofos contemporâneos”, o autor expõe, em nota de rodapé, o seguinte: “Embora oriundos de matrizes diferentes, Michael Walzer e Jürgen Habermas podem ser aproximados para este fim. Walzer sugere uma justiça de viés plural, de acordo com o contexto histórico e cultural – daí sua matriz comunitária – que o leva a defender que diferentes bens sociais devem ser divididos por diferentes razões, de acordo com diferentes lógicas e conforme diferentes procedimentos. Desse modo, cabe ao direito bloquear certos intercâmbios (*blocked exchanges*), não permitindo que a lógica de uma esfera – como a do comércio – passe a guiar as demais. (*Spheres of justice*, Basic Books, 1983, *passim*). Habermas refere-se à ‘colonização do mundo da vida’ pelos imperativos do sistema (econômico e burocrático), devendo o direito impedir que o dinheiro e o poder invadam a esfera das relações intersubjetivas (...)” (KONDER, 2003, p. 56).

adviria uma imposição radical para que a personalidade não pudesse em nada se imiscuir com monetarização é fruto de *salto* no raciocínio que não parece merecer guarida.

A restrição a comportamentos em nossa sociedade plural e democrática, como visto, não pode ser pressuposta: a pressuposição é de liberdade, e qualquer restrição deve provir de fundamentada exceção. Afora isto, impor comportamentos às pessoas com base na dignidade que elas possuem significa novamente agrilhoá-las a seus próprios direitos, limitando sua capacidade de atuação autônoma a pretexto de protegê-la – o que, tal como já por muito tempo ocorreu com a possibilidade de limitação voluntária de direitos da personalidade, parece ocorrer com determinados comportamentos que envolvem remuneração em contrapartida.

Ora, se como se depreende da análise dos fatos da vida real, diversas ações humanas são dotadas de caráter dúplice – envolvendo interesses existenciais e patrimoniais – por que negar a algumas delas a possibilidade de manifestação desse duplo caráter, *impondo* uma manifestação exclusivamente existencial? Isso não faria da ordem jurídica, em vez de mecanismo promotor do livre desenvolvimento da personalidade, um fator limitante, por se tratar de imposição que não parte de escolha autônoma dos sujeitos envolvidos no discurso/ação e sim da vontade do intérprete e/ou de uma “maioria” social?

Reconhece Luiz Edson Fachin ser “preciso compreender que certos direitos possuidores de uma feição de direitos personalíssimos podem ter outra feição, simultaneamente, como de alguma natureza patrimonial-pecuniária, como é o caso do direito autoral” (FACHIN *apud* MEIRELES, 2009, p. 51). Por que razão existiria um rol de direitos da personalidade que admitem essa feição simultânea de natureza patrimonial-pecuniária, e outros não; ou, ainda, quem poderia determiná-los como um ou outro? Além do direito autoral, identifica-se plena aceitação desse caráter dúplice de situações existenciais com relação ao direito à imagem, algumas situações de privacidade (vigilância no trabalho, por exemplo) e de liberdade (restrições de comportamento pelas já mencionadas *cláusulas morais* em contratos de publicidade).

Mais ainda, são facilmente perceptíveis inúmeras situações nas quais o próprio exercício da autonomia corporal guarda essa feição dúplice, cuja aceitação é tão difundida que a própria presença desse caráter sequer vem a ser percebida: dentre os melhores exemplos estão jogadores de futebol americano, que optam por fazer uso de seus corpos em todos os seus limites em troca de remuneração, ainda que sob pena de sofrerem graves consequências como o desenvolvimento de doença neurológica oriunda das frequentes pancadas na cabeça. A par do interesse patrimonial pela remuneração, não se apagam os interesses existenciais dos jogadores, que têm demandado por ações promotoras de sua saúde – razão pela qual a Liga de Futebol

Americano vem vertendo esforços para promover regras que desestimulem jogadas de grande impacto (PIMENTEL, 2017).⁶⁸

Se a pressuposição deve ser de liberdade, impondo-se fundamentação às não-liberdades, o que faria da gestação de substituição remunerada algo indigno à mulher mais ou menos do que o contrato que realiza ao se comprometer com a disponibilização de sua imagem e a renúncia à sua privacidade por longo período em um *reality show*? Dentre as respostas possíveis, não há como negar que se referem à *forma* com que o negócio se realiza ou que se concretizam seus efeitos (podendo faltar consentimento informado, ou ser feito em contexto de desigualdade das partes na negociação, etc.) e não ao procedimento em si, pois não há o que o diferencie de demais situações nas quais o exercício de direitos da personalidade assume faceta pecuniária, *além* da existencial, que não são vistas como violadoras da dignidade da pessoa.

Reconhece-se que, de fato, demandas existenciais atraem tutela diferenciada (sem necessariamente assumir a feição de direito subjetivo) e possuem primazia face a demandas patrimoniais, sobre o que já se discorreu no presente trabalho – e que está acorde com o entendimento dos filósofos contemporâneos mencionados pelo autor no trecho destacado.

Contudo, não há substrato jurídico que autorize conclusão no sentido de que a primazia de situações existenciais que advém do princípio da dignidade impediria a juridicidade *apenas de algumas* situações dúplices, até mesmo porque não se identifica critério que fundamente uma tal diferenciação. Isso faz questionar a existência de um “princípio da gratuidade” ou “de não mercantilização” aplicável às situações existenciais, pois isso demandaria sua aplicação como normas apenas a certas situações da realidade, e não a outras, gerando curiosa incongruência – afinal, o que distinguiria a gestação de substituição dos *reality shows* ou da prática de futebol americano profissional apenas poderia estar relacionado a uma sacralização do corpo feminino e/ou da reprodução humana, o que já se buscou desconstruir no Capítulo 3.⁶⁹

(...) pode-se realmente qualificar como ilícito o contrato que prevê contraprestação pecuniária em favor da gestante? (...)

⁶⁸ “Na NFL, a punição mais alta para uma falta é o time recuar 15 jardas no campo (que tem um total de 100 jardas). Nos últimos anos, esse tipo de penalidade passou a ser aplicado a mais infrações que colocam em risco a integridade física de um jogador. Exemplos são tocar no capacete do *quarterback* (jogador que comanda o ataque) quando ele está dentro do ‘*pocket*’ (área atrás de jogadores do seu time que o protegem, onde ele fica enquanto se prepara para executar a jogada de ataque), ou tocar violentamente na região da cabeça de um jogador pronto para receber um passe aéreo e que esteja ‘indefeso’” (PIMENTEL, 2017).

⁶⁹ Quanto à “não mercantilização”, importa reforçar que a assunção de uma faceta patrimonial de situações jurídicas existências não exclui sua faceta existencial, de tal forma que não se trata de igualar pessoas a coisas. Conquanto não se negue a ocorrência de (auto)instrumentalização – Capítulo 3 – entende-se que a tutela existencial deve ser garantida, e a tutela patrimonial se funcionaliza – como sempre deve ocorrer em nosso Estado democrático – à promoção das situações existenciais: daí a necessidade de se explorar requisitos de existência, validade e eficácia desses negócios dúplices atípicos, que guardem proteção a essas características.

A proibição do pagamento passa, necessariamente, pela questão jurídica do exercício do direito sobre o próprio corpo e a visão moral de sacralidade do corpo. No estado atual da arte, são comuns argumentos morais para rechaçar a possibilidade de um contrato de gestação de substituição comutativo e oneroso, no qual uma parte se sujeitaria a gestar filho de outrem mediante pagamento. A ideia da sacralidade do corpo teve impacto positivo na dignificação da pessoa na medida em que, diante dela, não mais se sustentam práticas degradantes e infamantes impingidas durante milênios ao ser humano. Todavia, tal ideia não deve ser levantada para o esvaziamento da autonomia do sujeito jurídico, porquanto esta é essencial para a construção de sua personalidade (LIMA; SÁ, *no prelo*, p. 8-9).

Outrossim, se o pretexto para aplicação do princípio da dignidade é a proteção das pessoas – como expôs Konder ao buscar suas origens nos desastres humanitários ocorridos na segunda metade do século XX – impõe-se reconhecer que a limitação feita *em tese* a certos procedimentos, como o aqui tratado (de formação de negócios jurídicos de gestação de substituição), atua no sentido de *desproteção* das pessoas envolvidas. Como visto, é prática que já faz parte da realidade mundial mesmo em países que expressamente a proíbem; além disso, quanto maior a desregulação, a mais riscos todos se submetem – em certos casos gerando inclusive situações desumanas (especialmente relacionadas à realização no “mercado negro”).

Diga-se, por fim, que a extensão interpretativa do §4º do art. 199 da Constituição feita por Carlos Nelson Konder a todos os casos de biodireito, com base em uma impossibilidade de interpretação restritiva do princípio da dignidade da pessoa humana, parece efetivamente *torcer* a aplicação de regras hermenêuticas. Diante da possibilidade de interpretação ampla sobre o que se insere ou não no conceito de dignidade, “[h]oje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos” (ÁVILA, 2004, p. 15).

Assim sendo, uma vez não se extraindo do princípio da dignidade uma necessária imposição de vedação à vertente patrimonial de situações subjetivas dúplices (como podem ser os direitos da personalidade), não há que se falar que se trata de interpretação restritiva. Ao contrário, como já se expôs, é o art. 199 §4º da Constituição que não admite interpretação ampliativa, por ser norma restritiva de direitos, seguindo o clássico e já mencionado preceito segundo o qual “se interpretam as exceções estritissimamente” (*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*).

Rose Melo Vencelau Meireles apõe ainda outra razão para que incidisse um “princípio da gratuidade” sob “atos de conteúdo puramente existencial”:

(...) a garantia de sua espontaneidade. (...) um eventual motor econômico se revelaria de fato um fator de pressão sobre a vontade do disponente e de coerção indireta da sua

liberdade de autodeterminar-se em ordem da própria integridade. Ausente a gratuidade, não haveria a garantia de consentimento livre, pois a pessoa que dispõe de sua situação subjetiva existencial pode estar movida por interesse econômico, enquanto que a pessoa que é referencial objetivo de tutela nas situações existenciais é valor e não um bem que possa ser apropriado. (...)

O uso do útero alheio para a gestação do próprio filho não é um mero trabalho reprodutivo, afinal, o *serviço* estaria concluído com a entrega da criança que, sendo remunerado, implicaria no direito de exigir uma contraprestação e, poderia-se até chegar ao extremo de reter a criança enquanto não entregue a remuneração ajustada. Se está certo Pasquale Femia em afirmar que a onerosidade não afasta a intenção altruística na cessão temporária do útero, por outro lado, permitir a sua mercantilização incentivaria muitas mulheres a esse ofício, motivadas pela contraprestação pecuniária (MEIRELES, 2009, p. 208-209).

Como identificado no Capítulo 3, mesmo em contextos de gratuidade podem incidir variados tipos de pressões que ilidem a espontaneidade do consentimento, de modo que a imposição de um não leva à garantia do outro, tornando equivocada a premissa da qual parte a autora. Já a mencionada possibilidade de *retenção* da criança em troca do recebimento da contraprestação pressupõe considerar que a criança é parte do objeto negocial, bem como que por alguma razão o não pagamento obstaria a autoridade parental dos beneficiários, o que, como já visto, não corresponde às características desse negócio.

Além disso, é relevante assumir a impossibilidade de o direito pretender adentrar em investigações sobre a motivação das pessoas (de modo que se o motor para a ação for identificado como exclusivamente pecuniário, a atuação pudesse ser vedada porque o consentimento não teria sido livre): seria aceitável, por exemplo, impedir a realização de um casamento (situação de cunho nitidamente pessoal) que ocorresse com motivações unicamente financeiras? Ou inquirir a mulher que tenha engravidado de algum homem milionário? Mais além, em qualquer dessas situações, se a motivação tiver sido efetiva e exclusivamente financeira, é razoável concluir que esse consentimento não teria sido livre? Por certo que não.

Identificado que a extrapatrimonialidade não busca fundamento em princípios jurídicos, é de se pôr também em xeque seu caráter de “característica dos direitos da personalidade” usualmente aposta pela doutrina. O Código Civil os qualifica apenas como intransmissíveis e irrenunciáveis, o que em ambos os casos se liga à sua condição de personalíssimos, não podendo se desprender da personalidade do agente. Assim, ainda que se possa identificar no Brasil alguma “tradição” no sentido da gratuidade de questões que envolvam o corpo (pelos dispositivos do art. 199, §4º da Constituição, do art. 14 do Código Civil, da Lei de Transplantes), isso não autoriza extrair uma característica “geral” para os direitos da personalidade, especialmente quando isso é tão controvertido frente a dados da realidade.

Ainda na seara de análise da licitude do objeto do negócio, necessário verificar também se há contrariedade aos bons costumes ou à ordem pública, o que é dificultado pela indeterminação que circunda esses conceitos.

A cláusula de “bons costumes” consta expressamente do art. 13 do Código Civil, indicando proibição a atos de disposição do próprio corpo que os violem. Ela detém inegável relatividade histórica por refletir concepções de um contexto espaço-temporal, de modo que não possui significado pré-determinado. Em nossa realidade, isso se soma à dificuldade de se estabelecer qualquer conceito universal numa sociedade plural (TEIXEIRA, 2010, p. 231; 236).

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro verteu seus estudos à investigação sobre a cláusula de bons costumes no direito brasileiro, e afirma que, tradicionalmente, eles se ligavam à “moral social revelada pelo passado e pelos comportamentos reiterados”, mas, após a Constituição de 1988, voltaram olhos ao futuro e à aplicação da “moral constitucional” a práticas que ainda viriam a se consolidar (2017, p. 169). Entretanto, com acerto faz também o registro de que “[a]ssim como acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana, é difícil definir positivamente o conteúdo de um conceito jurídico tão vago, ainda mais por ser uma cláusula que tem os pés fincados tão fortemente nas considerações de ordem moral” (2017, p. 170).

Não obstante a reconheça como cláusula vaga, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro esforçou-se para delimitar seu conteúdo, concluindo que este se diferencia quando ela é aplicada a três tipos distintos de situações: em atos de autonomia de *eficácia pessoal* (cujos efeitos restringem-se ao próprio agente) a incidência dos bons costumes não é admitida; ela o é, todavia, em atos de *eficácia interpessoal*, que alcançam esferas jurídicas identificáveis que ultrapassam a do agente, e nos quais incidirão desde que comprovada a afetação sobre essa esfera exterior; e é admitida em atos de *eficácia social*, que atingem um grupo indeterminado de pessoas, prejudicando a coletividade (CASTRO, 2017, p. 175-176).

Nessa última categoria, para a autora, estariam incluídos os atos pelos quais as pessoas fazem uso de seus corpos em troca de remuneração, ressaltando que a aplicação da cláusula geral de bons costumes deve ser “reverenciada” e se trata de intervenção paternalista legítima:

A vedação à mercantilização implica que a pessoa seja considerada como um fim em si, de maneira que o exercício da autonomia corporal não pode coisificar os sujeitos de modo a aniquilar a sua dignidade. Assim, o dever de não mercantilizar, decorrente da aplicação dos bons costumes como limite à autonomia corporal, assume especial relevo diante de algumas impactantes hipóteses que surgiram, principalmente, com o avanço da biotecnologia. (...)

Como já se observou antes, deriva dos imperativos de solidariedade social que o corpo somente seja objeto de trocas fraternas, como doações de sangue e órgãos. A não mercantilização do corpo, como consequência, é uma imposição paternalista absolutamente legitimada pela necessidade de proteção das pessoas em situação de

abandono social extremo, cuja condição de vulnerabilidade impõe a comercialização de partes do próprio corpo para garantia de subsistência.

Não se pode ignorar que alguns atos de intervenção na autonomia devem ser reverenciados como instrumentos de concretização dos valores constitucionais de emancipação pessoal. (...) conclui-se que o exemplo da venda de partes do corpo humano e a legitimidade de proibição de tal conduta é relevante, sobretudo, por se tratar de ato de autonomia que repercute diretamente na coletividade, causando séria ameaça de lesão a direitos de pessoas que não necessariamente podem ser concretamente identificadas (...) [e um] absoluto rompimento com a ideia de igualdade de oportunidades no que se refere também ao acesso à saúde (...) (CASTRO, 2017, p. 224-226).

Como se percebe, o argumento de que a “mercantilização dos corpos” seria ato de eficácia social, e não pessoal, afetando uma coletividade indeterminada, fundamenta-se em: (1) aniquilação da dignidade das pessoas como um todo; (2) possível obrigação a pessoas em situação de abandono social extremo de comercializar partes do corpo para sobreviver; e (3) eventual “comércio” que impediria o acesso de determinadas pessoas a partes do corpo quando precisassem, causando desigualdade.

A questão (1) já foi enfrentada no Capítulo 3 bem como quando se tratou, neste Capítulo, da inexistência de um “princípio” de não mercantilização. Já as questões (2) e (3) remetem a problemáticas sociais que em nada são exclusivas de questões relacionadas ao uso do corpo em biodireito, pois pessoas em necessidade extrema se submetem a trabalhos degradantes sem que isso lhes seja proibido, e não possuem acesso a inúmeros serviços de saúde (hemodiálise, por exemplo) sem que isso impeça a ampla disponibilização desses mesmos serviços a pretexto da desigualdade de acesso. “A demagogia da sociedade impede a aceitação da importância do dinheiro na vida social. Pensa-se o princípio da dignidade humana sem se considerar a dimensão sócio-econômica” (STANCIOLI, 2010, p. 108).

Ademais, diante da realidade que hoje se nos apresenta, sendo necessária a “comercialização de partes do corpo” para sobrevivência por qualquer situação de pobreza, ela ocorrerá a despeito de reconhecimento ou não pelo direito: inegável é que, no segundo caso, as pessoas estarão desprovidas de proteção, ampliando-se vertiginosamente sua condição de vulnerabilidade. Ora, o verdadeiro interesse social deve ser no sentido de evitar que isso aconteça, tornando forçoso concluir que na verdade se tratam de atos de eficácia *pessoal*, e não social, com efeitos restritos à própria esfera jurídica do agente, e sem incidência da cláusula de bons costumes.

Já pela “cláusula de ordem pública, vinculam-se as relações privadas aos princípios constitucionais que garantem interesses comunitários, e não somente individuais, (...) [aplicando-se] preceitos constitucionais de proteção à pessoa no âmbito público e no privado”

(CASTRO, 2017, p. 147). No entanto, os interesses públicos devem ser funcionalizados às realizações pessoais individuais, como demonstra Ana Carolina Brochado Teixeira:

(...) o conceito de ordem pública, hoje, sofreu mudanças substanciais, não mais remetendo apenas ao coletivo, ou a suposta preponderância do público sobre o privado. Não se nega que as normas de tutela coletiva funcionam como limitadoras a atos de autonomia privada que repercutam em espaços de intersubjetividade, porém deve-se ter em vista também a concepção de ordem pública que visa à realização da pessoa humana, como novo norte hermenêutico em questões existenciais, vez que esta passou a ser funcionalizada à realização plena da personalidade (TEIXEIRA, 2010, p. 231).

A tensão entre o público e o privado face às questões que envolvem remuneração pelo uso dos corpos remete ao que se abordou quanto à cláusula de bons costumes, tendo-se concluído que a questão guarda eficácia apenas pessoal.

Ressalta-se, por oportuno, que para a formação sobre o que se entende por ordem pública aplicável a atos de autonomia privada é necessária a participação discursiva dos indivíduos que sofrerão incidência dessa norma, já que a “autonomia é um dos elementos constitutivos da ordem pública” (STANCIOLI, 2010, p. 109). Isso posto, tal qual no Capítulo 3, registra-se a luta por reconhecimento empreendida por diversas pessoas, sejam gestantes ou beneficiários, em prol da gestação de substituição remunerada, cabendo ao ordenamento funcionalizar o que se entende por ordem pública à plena realização dessas personalidades.

Assentada, com isso, a licitude do objeto do negócio aqui tratado (em especial, o compromisso com a gestação pela mulher), é de se reconhecer ser possível, isto é, cabível no plano da realidade, e determinado, por ser conhecido pelas partes no momento da realização do negócio. O estabelecimento de demais cláusulas negociais, inclusive eventual remuneração, deve atender a estes mesmos requisitos de possibilidade e determinabilidade (sendo que, se não for determinado o objeto, deverá ser ao menos determinável, isto é, passível de se tornar determinado até a data de conclusão do negócio), razão pela qual, novamente, torna-se importante a presença de adequado assessoramento jurídico aos envolvidos.

4.2.2.3 Forma prescrita ou não defesa em lei

Quanto ao requisito de validade referente à exigência de forma prescrita ou não defesa em lei,⁷⁰ determina o art. 107 do Código Civil que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Portanto, em casos nos quais os negócios jurídicos não possuam forma legalmente pré-definida (negócios formais/solenes),⁷¹ serão de forma livre e sujeita apenas à deliberação pelas partes, o que corresponde à adoção do princípio da liberdade das formas, mencionado no item 2.4 deste estudo.

Sendo assim, o fato de a gestação de substituição ser negócio atípico, ou seja, desacompanhado de previsão legal acerca de forma ou solenidade exigidas para sua celebração, tem-se que não há forma pré-definida como requisito de validade, de modo que qualquer forma tornará o instrumento válido desde que não viole disposição legal expressa, de modo tal que, em tese, sua formalização deveria ser admitida até mesmo se feita verbalmente.

No entanto, não se deve deixar de reconhecer que à forma dos negócios jurídicos se liga indispensável função probatória e de garantia de segurança jurídica às partes, estabelecendo-se os entendimentos fruto de negociações da maneira mais precisa e condizente com as intenções dos negociantes possível.

É, ainda, cabível que as partes escolham pela indispensabilidade de instrumento público, nos termos do art. 109 do Código Civil. Com isso, essa forma passa a ser “da substância do ato”, tornando-se obrigatória, o que se apresenta como um fator maior de segurança.

4.2.2.4 Higidez de vontade: ausência de vícios no consentimento

O último ponto a ser analisado para verificação da validade de um negócio jurídico é sobre a manifestação de vontade dos negociantes ser *livre*, sem incidência de qualquer dos vícios ou defeitos previstos pelo ordenamento jurídico, quais sejam, erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Rose Melo Vencelau Meireles não entende que as normas referentes aos vícios dos negócios sejam aplicáveis a situações existenciais, porque, como já se disse, é impossível o

⁷⁰ O desenvolvimento do texto relativo à forma do negócio jurídico de gestação de substituição ampara-se em semelhante desenvolvimento feito com relação à autocuratela por TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 335.

⁷¹ Alguns autores, como Flávio Tartuce e Sílvio Venosa, entendem pela diferenciação entre os conceitos de “negócios solenes” e “negócios formais”, sendo os primeiros aqueles que devem ser feitos por meio de escritura pública, e os últimos os que apenas exigem a forma escrita para sua celebração válida.

retorno das partes ao *status quo ante* assim como indenização “pelo equivalente” (2009, p. 137) – o que já se reconheceu ser verdade.

No entanto, é de se repisar que devem ser aplicáveis tais normas pois, a despeito da impossibilidade de retorno ao estado anterior, se o caso for de vício causado por uma das partes, o seu reconhecimento implicará a prática de ato ilícito pela má-fé, além da violação a direito da personalidade, o que obrigará o pagamento de dano moral. Além disso, se houver ocorrido perdas ou danos, também incidirá a indenização material correspondente. Acima de tudo, evidenciar a possibilidade dessas consequências pode ter o condão de refrear práticas abusivas.

Todavia, acaso incida algum dos vícios sem ato de má-fé de qualquer das partes – como é o caso do erro, no qual há “espontaneidade, uma vez que a falsa representação da realidade é fruto da ignorância ou da errônea apreciação das circunstâncias pela própria pessoa, sem induzimentos de outrem” (MELLO, 2010a, p. 210-211) – não será possível falar-se em qualquer tipo de indenização, demandando formas outras de atuação pelo sistema jurídico e atentando-se à funcionalização de seus instrumentos à proteção da pessoa.

Por exemplo, quanto ao erro, existe previsão pelo art. 144 do Código Civil referente à possibilidade de que o receptor da manifestação de vontade “errada” se ofereça para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante: com isso, competirá ao Poder Judiciário verificar se, diante da espécie de erro havida no caso concreto, será ou não exigível determinar que a outra parte atenda a essa vontade real (se ela já não o fizer espontaneamente).

Trata-se de vício possível inclusive na modalidade altruísta da gestação de substituição, por exemplo, no caso de a gestante espontaneamente fazer uma leitura equivocada da realidade imaginando que receberia dos beneficiários auxílio para tudo o que precisasse exclusivamente pelo fato de estar grávida (roupas para gestante, medicamentos para enjoo, alimentos indicados por nutricionista, etc.), sem que isso tenha sido acordado entre eles (e sendo o caso de que, soubesse a gestante de que não procederiam dessa forma, não teria consentido com o negócio).

Também a lesão é vício que pode ocorrer sem necessária presença de má-fé da contraparte, pois se dá “quando alguém, premido por necessidade ou levado por inexperiência, formaliza negócio jurídico em que se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da contraprestação” (MELLO, 2010a, p. 236). Nesse caso, como no erro, se não for identificada má-fé que gere indenização, também caberá ao Judiciário verificar, no caso concreto, o cabimento de tornar exigível a medida prevista pelo art. 157 §2º do Código Civil, isto é, de impor oferta de suplemento suficiente pelos beneficiários ou, no caso da gestação remunerada, à gestante reduzir o proveito.

Já o dolo, a coação e o estado de perigo pressupõem a presença de má-fé, ainda que seja de terceiro, permitindo compensação por indenização:

(...) dolo e coação constituem violência psicológica, deformadora da vontade, só que de naturezas diferentes. Enquanto no dolo empregam-se apenas ardis maliciosos, a coação se materializa no uso de ameaças à integridade física ou moral da própria pessoa, de sua família ou de seu patrimônio. A coação é evidentemente mais grave, uma vez que enquanto age sobre a liberdade da pessoa, com maior influência sobre a formação da vontade, o dolo atua, exclusivamente, sobre a inteligência (MELLO, 2010a, p. 211).

[O estado de perigo] (...) se caracteriza quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Também o estado de perigo pode referir-se a pessoa que não pertença à família do figurante (...). A necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família (eventualmente terceiro) deve existir agora, ser premente. Se havia risco de dano e premência, mas o negócio jurídico somente foi realizado quando já ultrapassada a urgência, estará excluída a possibilidade de anulação. O dano temido deve ser grave (MELLO, 2010a, p. 228-229).

Por fim, a fraude contra credores é, por óbvio, hipótese de vício que atine somente à modalidade remunerada do negócio aqui tratado, e pode ocorrer mesmo sem má-fé dos beneficiários, pois “não há necessidade de que o devedor ao alienar tenha o intuito, o propósito de fraudar os seus credores, nem mesmo que tenha consciência ou a ciência de que sua alienação, por exemplo, o levará à insolvência” (MELLO, 2010a, p. 243), caso no qual não se poderá falar em indenização à gestante.

O art. 159 do Código Civil estatui sanção de anulabilidade a contratos onerosos do devedor insolvente quando sua insolvência for notória ou houver motivo para ter sido conhecida pelo outro negociante. Com isso, deve-se concluir que o valor pago à gestante apenas será vertido ao pagamento dos credores dos beneficiários (único ponto reversível do negócio para o estado anterior) se sua insolvência fosse notória ou devesse ter sido por ela conhecida; não o sendo, ela permanecerá com o valor. Por isso, torna-se imprescindível que seja exigido dos beneficiários para participarem de um negócio de gestação de substituição remunerada que apresentem certidões negativas de débito bem como certidões de cartórios distribuidores.

Como já se expôs, o recebimento de remuneração pela gestante é situação jurídica patrimonial que se insere em um negócio jurídico dúplice, de modo que atrai tutela de âmbito patrimonial. Dessa forma, não há razão para, em virtude de à remuneração corresponder o exercício de uma situação jurídica existencial, verter os riscos do negócio aos credores dos beneficiários, e não à própria gestante.

Todavia, é de se reconhecer que existe interpretação mais favorável à gestante do que a oriunda do mencionado art. 159 – pela qual seu pagamento seria dirigido aos credores dos

beneficiários apenas se lograssem comprovar que ela agiu de má-fé, isto é, conhecendo a realidade de insolvência –, passível de ser levantada e aplicada à sua situação patrimonial, tendo em vista que a jurisprudência já assume essa possibilidade em casos patrimoniais:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - BEM IMÓVEL - NÃO CONHECIMENTO PELO ADQUIRENTE DA INSOLVÊNCIA DO EXECUTADO - BOA-FÉ CONFIGURADA - FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Para que seja declarada a ineficácia de negócio jurídico em razão de fraude à execução necessária a demonstração da coexistência de dois requisitos, quais sejam, que ao tempo da alienação esteja em curso uma ação, com citação válida, e que a alienação no curso da demanda seja capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Além dos requisitos objetivos expressamente previstos em lei a jurisprudência tem exigido um terceiro requisito este de natureza subjetiva tornando-se imprescindível a prova de que o adquirente do bem tinha ou poderia ter conhecimento da existência de demanda idônea a reduzir o vendedor à insolvência tutelando desta forma a boa-fé de terceiro.

Se não restar comprovado que o adquirente do bem tinha conhecimento prévio tanto da existência do débito quanto da insolvência do devedor, de forma a restar caracterizada a fraude contra credores, impõe-se a procedência dos embargos de terceiro. (MINAS GERAIS, 2016, sem destaque no original).

Diga-se, ainda, que conquanto o prazo decadencial de quatro anos do art. 178 do Código Civil seja plenamente aplicável quando a incidência do vício atine a situações patrimoniais envolvidas neste negócio dúplice, o mesmo não pode ser dito com relação ao vício que atinja as situações existenciais (conforme a análise do caso concreto), por não se tratar da tutela adequada às suas particularidades.

Assim, a funcionalização dos instrumentos atinentes aos negócios jurídicos impõe que, nesses casos, não haja prazo decadencial e a pretensão seja considerada imprescritível⁷² ou que, no mínimo, ocorra em dez anos contados dos termos iniciais constantes do art. 178, em virtude da natureza *sui generis* das indenizações por danos morais tratadas neste Capítulo, oriundas da impossibilidade de retorno ao *status quo ante* ou de “indenização equivalente”, razão pela qual se trata de caso no qual “a lei não lhe haja fixado prazo menor” (art. 205 do Código Civil).⁷³

⁷² “Quanto aos chamados direitos da personalidade, a imprescritibilidade é característica unânime apontada pela doutrina. Muito embora as situações existenciais não se resumam a *direitos*, a imprescritibilidade lhes acompanha em todas as suas formas, pelos mesmos motivos que cercam os direitos da personalidade. O titular de situação existencial sempre poderá invocá-la, mesmo que por longo tempo deixe de usá-la” (MEIRELES, 2009, p. 148).

⁷³ Idêntico raciocínio se aplica à transmissibilidade e à penhorabilidade, que incidirão sobre situações patrimoniais inseridas em negócios dúplices, tal qual ocorre com a cessão onerosa de imagem e direitos autorais patrimoniais: “Os direitos de autor, a exploração da imagem, bem como todas as situações existenciais de caráter dúplice são transmissíveis aos seus sucessos na sua expressão patrimonial. A violação a essas situações após a morte, portanto, enseja responsabilidade civil por ano material aos herdeiros do falecido” (MEIRELES, 2009, p. 171). Também é “cabível a resolução por onerosidade excessiva; o uso indevido da imagem previamente autorizado em contrato de licença para uso de imagem deve ser analisado no âmbito do inadimplemento contratual etc.” (2009, p. 273). Conquanto a autora aqui citada defenda a impossibilidade de que o uso do corpo possa também conter expressão

É em virtude da possibilidade de aplicação, nos moldes aqui observados, das normas existentes com relação aos vícios do negócio jurídico, que se tem a garantia de proteção aos negociantes contra ajuste que os prejudique em níveis que alcancem as previsões desses vícios. Assim, por exemplo, acaso a gestante se comprometa com o negócio mediante o recebimento de ínfima remuneração, por inexperiência (verificável no caso concreto) que a leve a fazer uma errônea representação da realidade crendo que se trataria de valor idôneo, lhe será disponibilizada proteção pelo ordenamento conforme precedentemente narrado sobre o erro.

Conclui-se, por todo o exposto, pela possibilidade de que negócios jurídicos de gestação de substituição altruístas ou remunerados possam ser considerados válidos no ordenamento brasileiro – com especial relevância da licitude do objeto –, se atendidos os requisitos expostos.

4.2.3 *Eficácia*

De saída, convém ressaltar duas questões nos negócios jurídicos de gestação de substituição cuja eficácia não poderá sofrer restrições oriundas da vontade das partes. A primeira é o reconhecimento de filiação, ato jurídico *stricto sensu* cujos efeitos não provêm da vontade, mas sim de aplicação direta da lei, a partir do momento da incidência do “efeito integrativo” referente à nidação do embrião:⁷⁴

No reconhecimento da filiação não resultante de casamento, o pai, ou a mãe, faz, somente, exteriorização de conhecimento de fato (= declara que aquela pessoa é seu filho). Nessa declaração, não há qualquer dose de escolha de categoria jurídica, cabendo ao genitor a prática do ato do reconhecimento, apenas. Por isso, não é possível fazer-se o reconhecimento sob condição, ou a termo, ou com encargos. Os efeitos do reconhecimento são invariáveis e inexcluíveis pelo querer das pessoas. (MELLO, 2011, p. 199)

A segunda é o próprio desenvolvimento da gestação, que não poderá ser em nada submetido à vontade das partes vez que, no Brasil, a opção pela interrupção da gravidez, ao menos até o presente momento, não poderá depender da vontade (à exceção do aborto por estupro, que não é aplicável às gestações de substituição, ou em casos de não haver outro meio

econômica, entende-se que as observações sobre imagem e direitos autorais contidas nesses trechos aplica-se igualmente ao exercício da autonomia corporal.

⁷⁴ Assim como a eficácia do testamento depende de elemento integrativo (a morte) (MELLO, 2010b, p. 47), a eficácia do reconhecimento de filho de gestação de substituição dependerá do início da gravidez com a nidação.

de salvamento da gestante e anencefalia, quando essa escolha dependerá exclusivamente dela como exercício de sua autonomia corporal, tal qual se expôs no Capítulo 3).⁷⁵

Rose Melo Vencelau Meireles indaga se a “disciplina do negócio jurídico também abrange a condição, o termo e o encargo. Os atos de autonomia existenciais estariam sujeitos a essa normativa?”; e questiona, ainda: “E se a gestação por substituição for acordada com o encargo de que os pais genéticos comprem um imóvel para a mãe hospedeira?”; concluindo que “as situações existenciais têm no seu objeto o desenvolvimento da personalidade, o que as torna incompatíveis com a condição, termo e encargo” (2009, p. 146-147).

Ensina Marcos Bernardes de Mello que:

Assim é que, dentro do campo que lhe é deixado pela lei, a vontade pode escolher entre categorias eficaciais, suspender a sua irradiação (condição suspensiva) ou seu exercício (termo inicial), extinguir o efeito ocorrido (condição resolutiva ou termo final, resolução *stricto sensu*, resilição, rescisão, revogação, anulação etc.). Esse poder de escolha da categoria jurídica, inclusive e especialmente, eficaz, é que caracteriza o negócio jurídico (MELLO, 2010b, p. 48).

Primeiramente, impõe-se observar que na hipótese de a gestante exigir dos pais genéticos a compra de um imóvel para si, isso não se tratará de encargo e sim de contraprestação pela gestação, inserindo-a na modalidade remunerada. O encargo “se apresenta como restrição à vantagem criada para o beneficiário de um negócio jurídico (...). Mas não constitui, nem pode constituir uma *contraprestação*; não é nem pode ser uma *contrapartida* da prestação recebida” (PEREIRA, 2007, p. 580).

Além disso, deve-se também reconhecer que situações existenciais podem guardar compatibilidade com condição, termo e encargo. Em uma gestação altruísta, por exemplo, nada impede à gestante que se sirva da disposição do art. 136 do Código Civil estabelecendo um encargo como condição suspensiva: assim, pode condicionar a implantação do embrião à exigência de que os beneficiários construam uma escola em determinado bairro da cidade.

Igualmente, tem-se que as mencionadas cláusulas morais (que tratam de restrições consentidas ao comportamento da gestante), cuja possibilidade de figurar nesse negócio jurídico já se demonstrou, podem assumir a forma de condição resolutiva (fazendo cessar parcela da remuneração da gestante caso adote determinado comportamento, o que é um evento futuro e incerto); assim como uma possível cláusula formalizada em atenção ao centro de

⁷⁵ Desde o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 pelo STF tem-se entendido no Brasil pela permissão à gestante para que opte, sem necessidade de decisão judicial específica autorizativa (pois passou a ser tratado como fato atípico), pelo aborto em casos de diagnóstico de anencefalia, condição incompatível com a vida após o nascimento (BRASIL, 2012).

interesses do filho dos beneficiários, permitindo à gestante ter contato com ele no decorrer de seu crescimento até a ocorrência de evento futuro e incerto – que pode sequer vir a acontecer – de ele espontaneamente manifestar desejo contrário a essa convivência (situação esta que, aliás, é exclusivamente existencial). Já como condição suspensiva, por exemplo, é possível que um valor maior de remuneração à gestante seja estabelecido caso ela venha a engravidar de gêmeos.

Diante do exposto, conclui-se que o negócio jurídico aqui tratado pode também produzir efeitos no mundo jurídico, senão imediatamente, após a concreção de condicionantes apostas exclusivamente pela vontade das partes. Tem condições de ser, portanto, juridicamente existente, válido e eficaz.

4.2.4 *Negócios jurídicos coligados*

Conquanto o objeto do presente estudo se volte ao negócio jurídico realizado entre gestante de substituição e beneficiários, a proposta de análise da estrutura desse negócio jurídico não pode fugir à menção a negócios necessariamente coligados, quais sejam, os que se realizarão entre gestante e “agentes da saúde” (clínica de fertilização/hospital), bem como entre esses agentes e os beneficiários. “Para viabilizar a reprodução humana assistida por gestação de substituição é imprescindível a celebração de contratos coligados; a ausência de qualquer um deles impedirá a realização da técnica” (LIMA; SÁ, *no prelo*, p. 7).

Ensina Orlando Gomes sobre os contratos “unidos com dependência” que:

(...) dois contratos completos, embora autônomos, condicionam-se reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a *causa do outro*, formando uma *unidade econômica*. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro. A coligação dos contratos pode ser *necessária* ou *voluntária* (...). Quando decorre da vontade dos interessados, como se verifica ordinariamente, diz-se *voluntária*. Visto que nessa união de contratos há reciprocidade os dois se extinguem ao mesmo tempo; a dissolução de uma implica a do outro (2002, p. 104).

Carlos Nelson Konder, por sua vez, discorre sobre a possibilidade de que seja estabelecida cláusula, nos próprios contratos, explicitando que a inexecução de um poderá ter efeitos imediatos (que podem ser pré-estabelecidos) em relação ao outro, demonstrando ainda a possibilidade de que esses contratos coligados (ou, como sinonímia, conexos) envolvam partes diferentes:

Atendendo aos preceitos fundamentais do ordenamento, nada impede que o exercício da autonomia privada produza hipóteses de conexão contratual, como em um exemplo óbvio, a existência de cláusula contratual expressa em cada contrato vinculando-o a

outro. Em tais hipóteses, o exercício da autonomia privada realiza a conexão, suprimindo a busca do aplicador por indícios por meio da vontade livremente manifestada pelas partes. Seria, por exemplo, a recorrente prática em contratos empresariais de estabelecer o chamado *cross default*, ou inadimplemento cruzado, que são aquelas “cláusulas presentes em contratos que determinam que o devedor estará em situação de falha (*default*) no contrato em questão toda vez que deixar de cumprir quaisquer outras obrigações em outros contratos (2006, p. 184-185).

Os contratos conexos com diversidade de partes foram, por algum tempo, negligenciados pelas análises doutrinárias, mas hoje se destacam em virtude dos conflitos decorrentes do confronto com a aplicação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Como foi observado, em tais casos surge a figura do “contratante-terceiro”, “parte por equiparação”, ou “simples parte”, que é aquele que, posto não configurar parte no sentido estrito oferecido pela análise do negócio isolado, constitui figura jurídica integrante do regulamento de interesses estabelecido por meio dos contratos conexos (2006, p. 246)

Assevera-se, portanto, a possibilidade jurídica de que os três negócios jurídicos coligados que envolvem o negócio de gestação de substituição contenham essa cláusula de conexão, indicando a determinação dos respectivos efeitos. Trata-se, na verdade, de proteção a todos os envolvidos, a exemplo das seguintes situações:

- a) Proteção à gestante: se deixam os beneficiários de pagar algo à clínica ou hospital, quando haviam se comprometido com a gestante a fazê-lo, ela não dependerá de acionar os beneficiários para que arquem com os valores da clínica, que poderá acioná-los diretamente;
- b) Proteção à clínica ou hospital: na situação do item anterior, paralelamente, o hospital não dependerá de ação da gestante para obter qualquer ressarcimento de parte dos beneficiários, especialmente porque em caso de risco à vida da gestante poderá ser obrigado a atuar a despeito do não pagamento e deverá ser por eles (e não por ela) ressarcido;
- c) Proteção aos beneficiários: se a clínica ou hospital deixa de realizar algum serviço ainda que os beneficiários o tenham pago, a relação existente entre gestante e hospital permite que ela os acione diretamente.

Em análise propriamente voltada aos negócios jurídicos de gestação de substituição, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá já asseveraram essa união de contratos por dependência:

O contrato entre os pais jurídicos e o médico/clínica (II) é um contrato de prestação de serviços médicos que comporta variações considerando as peculiaridades das técnicas de reprodução assistida, aplicáveis aos pais jurídicos. (...)

A contratação de todas essas técnicas pelos pais jurídicos tem como consequência a extensão dos efeitos do contrato para além dos parceiros contratuais, uma vez que os procedimentos médicos envolverão, além dos pais jurídicos, eventuais doadores de gametas e, necessariamente, a gestante substituta. (...)

Diferentemente do contrato entre a gestante e os pais jurídicos, não há dúvida de que o contrato de prestação de serviços médicos é contrato oneroso e comutativo, no qual os pais jurídicos, além de arcar com todo o custo do procedimento, deverão pagar os honorários ajustados com o profissional médico/clínica.

Por fim (III), a simples circunstância de o médico preparar a paciente e transferir o embrião para o seu útero já faz nascer uma relação jurídica contratual entre esse médico e a gestante substituta. Neste contrato, a paciente não assume qualquer dever de natureza econômica em relação ao médico, porquanto todos os custos do procedimento, inclusive os honorários do profissional, estão abrangidos no contrato celebrado entre os futuros pais da criança e o médico/clínica de reprodução assistida. Isso revela o liame existente entre os três contratos, criando uma união de contratos por dependência (LIMA; SÁ, *no prelo*, p. 9-11).

Importante ponto a ser observado com relação ao negócio entre gestante e clínica ou hospital é o fato de que o “consentimento informado” para a realização dos procedimentos atinentes à relação dela com os beneficiários não figura como requisito de validade, mas sim como uma obrigação imposta ao agente de saúde (existindo correlata obrigação desse agente também perante os beneficiários, naquilo que os envolver).

Assim é que, acaso ele não seja corretamente assegurado, não haverá invalidade negocial a expandir consequências no negócio formalizado entre gestante e beneficiários: ao contrário, pela inexecução de obrigação pelo agente de saúde, este deverá arcar com os efeitos da violação a direito da personalidade da gestante bem como, em sendo o caso, por ter lhe causado algum dano. Sobre o consentimento informado, tem-se que:

A decisão deve ser revestida do maior número possível de informações, que devem ser passadas de forma clara e abrangente, avaliando as opções de tratamento, riscos e benefícios.

Esse requisito não se restringe, portanto, ao fato de o profissional de saúde “passar” a informação ao paciente. A informação deve ser construída dialogicamente e não unilateralmente. Assim, não basta que o profissional relate dados, mas que se comunique com o paciente de forma acessível (SÁ; NAVES, 2015, p. 108).

Novamente a Índia se apresenta como *contraexemplo*, mediante a demonstração de um comportamento que não deve ser seguido. O “contrato” que tratava dos direitos da gestante lhes era regularmente apresentado em idioma que praticamente nenhuma das indianas consegue ler, o inglês, com algumas cláusulas traduzidas para seu idioma original (PANDE, 2010, p. 976). Além disso, não eram autorizadas a ficar com cópia do documento para si, não lhes era dado o tempo que precisavam para lê-lo, e há relato de ocasião em que à gestante substituta sequer foi permitido segurá-lo (RABINOWITZ, 2016, p. 75).

Adicionalmente, uma pesquisa feita sobre a compreensão de gestantes substitutas indianas acerca de seu conhecimento sobre o processo pelo qual passavam demonstrou que, no total de 14 clínicas examinadas, nenhuma delas logrou informar adequadamente as gestantes, que pouco ou nada sabiam a respeito (por exemplo, não sabiam descrever quais riscos o procedimento envolveria quando perguntadas) (TANDERUP; REDDY; PATEL; NIELSEN, 2015, p. 470). Conquanto a maior parte delas tivesse dado à luz a seus filhos por meio de parto normal, essa opção não lhes cabia quando do parto na gestação substituta, o qual era feito por cesárea praticamente na totalidade das vezes (RABINOWITZ, 2016, p. 75).

Identificou-se, outrossim, que nem gestante nem beneficiários detinham poder de influência na decisão sobre quantos embriões seriam implantados ou sobre eventual procedimento de redução embrionária.⁷⁶ Em grande número de clínicas, não era perguntado aos beneficiários sobre quantos filhos teriam condições de cuidar (apenas em 3 das 14 se indagava quanto ao número para implantação e em 3 clínicas quanto à redução). Quanto à gestante, também não eram ouvidas a respeito de quantos bebês entendiam conseguir ou desejavam gestar ao mesmo tempo (eram-no apenas em 1 das 14 quanto a embriões implantados e em 3 das 14 sobre redução embrionária), partindo os médicos de suas próprias concepções quanto à capacidade do corpo da gestante nesse sentido (TANDERUP; REDDY; PATEL; NIELSEN, 2015, p. 469-470).

Segundo os pesquisadores, “considerando o contexto médico autoritário da Índia, a expectativa de aconselhamento médico adequado com relação a riscos para a garantia de um consentimento informado é pouco plausível” (2015, p. 466), merecendo a questão ser encarada com especial cuidado no Brasil, a fim de não se cometer os mesmos erros:

No Brasil, infelizmente o consentimento informado tem-se convertido em mais um documento a ser assinado pelo paciente, sem real preocupação de verificar sua compreensão dos riscos e demais opções de tratamento. Em geral, o termo de consentimento informado é redigido em linguagem de difícil compreensão para o cidadão comum, que, apreensivo pela doença que o acomete e até pelas dores que sente, que ver agilizado seu processo de internação. Nesse momento, junto de vários procedimentos, filas e temores, é-lhe apresentado um documento padronizado, que não parece lhe dizer nada, pois não houve diálogo que conformasse sua consciência deliberativa.

Marcos de Almeida ressalta o desconforto do médico em reconhecer a efetividade da autonomia e a necessidade da informação (...) (SÁ; NAVES, 2015, p. 37).

⁷⁶ A redução embrionária também é procedimento deontologicamente proibido a médicos pelo Conselho Federal de Medicina. Prevê a Resolução n.º 2.168/2017 que “em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária”. Trata-se de procedimento que pretende a eliminação de embriões após a implantação no útero (ou seja, que já estão sendo gestados), reduzindo ou impedindo a gravidez múltipla.

4.2.5 Possibilidades no Brasil

Quanto à modalidade altruísta de gestação de substituição nos moldes acatados pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, o estudo empreendido neste trabalho tem o condão de auxiliar a formação de negócios jurídicos que garantam maior segurança jurídica aos participantes, a qual essa norma deontológica acaba por não lhes proporcionar (embora os possíveis efeitos dessa insegurança sejam em muito minimizados pelas próprias restrições trazidas por tais regras).

Indo além, no entanto, das previsões do Conselho Federal, conquanto se entenda possível a realização dos negócios jurídicos abordados neste estudo – seja pela gestação altruísta realizada, por exemplo, entre amigas, sem a extensa verificação e permissão casuística exigida pelo CFM; seja pela remunerada –, eles não virão a ser implementados sem o auxílio de médicos, os quais se submetem às regulações éticas de seu Conselho profissional e podem sofrer punições caso, com base em entendimentos pessoais, optem por delas se desviar.

Não obstante existam casos no mundo nos quais médicos se dispuseram a contrariar suas associações profissionais levantando bandeiras para que lhes fosse permitido trabalhar em procedimentos os quais, embora necessários às pessoas, eram proibidos por razões que escapam à própria medicina – como no caso já exposto do Japão, onde um médico obstetra e ginecologista realizou em 2001 procedimento de gestação de substituição entre irmãs, ainda que isso fosse contestado pela Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia local, como forma de protesto (SEMBA; CHANG; HONG; KAMISATO; KOKADO; MUTO, 2010, p. 349-350) – seria desarrazoado exigir de profissionais brasileiros que se dispusessem a arriscar suas carreiras pela defesa de uma causa.

Assim, como dito no Capítulo 2, ainda que um negócio jurídico possa ser existente, válido e eficaz do ponto de vista jurídico – como se verificou ser o de gestação de substituição –, ele pode vir a não ser implementado no plano da realidade fática por razões alheias à sua própria regularidade. Observa Marcos Bernardes de Mello que essa verificação do fenômeno jurídico no meio social é referente à sua dimensão sociológica (2010b, p. 14), o que ultrapassa a proposta do presente estudo.

Inegável, como visto no curso do Capítulo 3, que existirão pessoas dispostas a fazê-lo apesar das normas em contrário, todavia, a situação de clandestinidade inviabiliza aos profissionais participantes que garantam aos envolvidos um atendimento seguro e o mais livre possível de riscos. Mais além, em atuação clandestina, as diretrizes apontadas neste trabalho para que o negócio supra os requisitos dos planos do negócio jurídico muito dificilmente serão

atendidas, tornando uma situação já delicada efetivamente temerária para todas as partes (as quais, mais além, encontrarão dificuldades para recorrer ao Poder Judiciário em prol de solucionar eventuais interesses em conflito).

Diante disso, entende-se – também como já exposto – que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, desde o início de sua vigência em 1992, ao impedir a atuação médica em determinados procedimentos de reprodução humana assistida sem que a razão para tanto seja correlata ao campo da saúde,⁷⁷ indiretamente limitam a liberdade de atuação das pessoas quando a lei não o faz, sem o aval de deliberação por órgão legislativo com adequada representação social e, portanto, sem a legitimidade juridicamente exigível.

Uma vez que a norma do Conselho vai frontalmente de encontro ao princípio da legalidade, à atuação da autonomia privada e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, protegidos em nível constitucional e legal, há suficiente razão para entendê-la efetivamente inconstitucional, pois viola – no mínimo – o inciso II do art. 5º da Constituição, o preceito de igualdade que consta de seu *caput* e o art. 226 §7º, bem como usurpa função legislativa; ou, ainda, para entendê-la ilegal, por violar – também no mínimo – o art. 1.513 do Código Civil, que veda a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Uma vez que as Resoluções do CFM constituem atos normativos emanados por uma autarquia (Lei n.º 3.326/57), a declaração de sua inconstitucionalidade depende de Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 3º, I da Lei n.º 9.868/99), cujos legitimados para propositura são bastante restritos. Além disso, na hipótese de ser realizado o procedimento por algum médico que venha a sofrer punições por parte do Conselho, há a possibilidade de que,

⁷⁷ Dois dos “princípios fundamentais” do Código de Ética Médica (Resolução 1.931/09 do CFM), constantes dos itens IX e X do Capítulo I, indicam que “A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio” bem como que “o trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa” (neste caso, como parecem indicar que seria o caso da gestante remunerada). Tais princípios, todavia, entram em constante conflito com a realidade, como se vê da condição efetivamente mercadológica que a atuação em medicina adota em determinadas ocasiões, por exemplo: “Além das clínicas de reprodução assistida para classe A, e dos serviços oferecidos pelo SUS, começam a surgir novas opções para os *clientes das classes B e C*. Em 2011, três médicos perceberam uma *lacuna no mercado* deixada pelo SUS e por clínicas particulares de alto custo, e criaram a Vida Bem-Vinda - um modelo de clínica que equilibra modernidade, e procedimentos complexos com custos mais acessíveis no tratamento da infertilidade (...). Para materializar a ideia, os sócios optaram por *reduzir custos, padronizar processos, e otimizar atendimentos. Medidas simples como reduzir o tempo de consulta fizeram a diferença. O tempo médio de atendimento que duraria cerca de uma hora foi reduzido para 30 minutos (...)*. Outra estratégia foi *terceirizar o laboratório* de reprodução humana, onde é feito todo o processo de fertilização e transferência de embrião (...). *Com margem de lucro de até 20% por ano, e expectativa de crescimento de 15% para 2015*, a clínica realizou 260 ciclos, em 2014 e outros 230, em 2013. Junto com o número de famílias atendidas cresceu também a estrutura física da *empresa* (...). Hoje, com quatro sócios e diante da procura, os *gestores da clínica estudam a possibilidade de crescer a partir de um modelo parecido com o franchising*, no interior de São Paulo e em outros estados” (MISSIAGGIA, 2015, sem destaque no original).

em ação judicial que discuta referida punição, seja declarada a inconstitucionalidade dessa Resolução pela via do controle difuso de constitucionalidade.

Mais além, existe ainda a possibilidade de ser declarada a ilegalidade da Resolução por meio de Ação Civil Pública, cujo rol de legitimados é também limitado, embora menos que para a propositura de ADI. O ajuizamento de ACP em face de Resoluções do CFM é amplamente aceito pela jurisprudência (como ocorreu, por exemplo, nos julgamentos pelo Tribunal Regional da 1ª Região nas Apelações Cíveis 138293820044013300 e 00319267220074013400, tendo em ambas sido declarada a ilegalidade de disposições das Resoluções da autarquia).

É de se dizer, por fim, que se presta o presente trabalho também a assentar o direito de cidadãos brasileiros ao exercício de sua autonomia – corporal, procriativa, de fazer opções que, mesmo que não sejam aceitas por alguma espécie de maioria social ou numérica, liguem-se ao desenvolvimento de suas personalidades – bem como assentar, quanto à gestação de substituição, que os termos atuais do ordenamento jurídico brasileiro não apenas abarcam a possibilidade de realização de negócio jurídico que a envolva, como também lhe disponibilizam tutela *positiva*, isto é, meios de *proteção* ao direito de autorregramento ao menos nessa seara da vida:

A tutela positiva das situações jurídicas existenciais permite que a autonomia privada possa ser também instrumento de regulação de interesses existenciais, a fim de garantir o livre desenvolvimento do seu titular. É chamada *positiva* porque realizada mediante a autodeterminação do titular, muitas vezes, com colaboração de outrem; enquanto que a tutela *negativa* diz respeito a comportamentos omissivos gerais (...) (MEIRELES, 2009, p. 57).

5 CONCLUSÕES

Do desenvolvimento deste estudo, pode-se estabelecer como conclusões principais que:

- 1) A evolução estatal que culminou no advento do Estado Democrático de Direito, marcadamente com a Constituição de 1988 no Brasil, elevou o homem concretamente considerado ao centro do ordenamento jurídico, em oposição à lógica até então prevalente de atenção do direito voltada apenas a questões patrimoniais. O consequente reconhecimento voltado às necessidades existenciais das pessoas despertou a necessidade de releitura de institutos do direito privado, inclusive da autonomia privada, a qual embora já houvesse superado a primazia da vontade afeita ao Estado Liberal, ainda deixava de abarcar interesses com fulcro eminentemente pessoal. Disso decorre que o conceito de “autonomia negocial” melhor se adequa ao exercício de interesses existenciais, por escapar da lógica usualmente vertida ao raciocínio patrimonialista.
- 2) Semelhante raciocínio pode ser desenvolvido com relação ao uso do termo “negócio jurídico” em preferência à referência a contratos, aplicando-se o primeiro aos casos de exercício da autonomia negocial, e o segundo ao da autonomia privada. Importa, igualmente, compreender as relações jurídicas como conexões entre situações jurídicas subjetivas, em substituição à estrutura de conexão entre polos de direitos subjetivos, por serem conceitos que melhor abarcam as variadas possibilidades de relações entre interesses humanos que nem sempre se amoldam à estrutura de oposição entre débito e crédito pensada para o direito subjetivo.
- 3) As situações jurídicas subjetivas correspondem a centros de interesses que podem ser mais ou menos complexos, podendo abarcar propósitos exclusivamente existenciais, patrimoniais ou ambos (imediata e concomitantemente). A identificação de interesses objetivamente verificáveis – sem valoração de utilidade – torna-se possível por meio da aplicação de um critério funcional, pelo qual se busca responder à pergunta sobre “para que serve” tal interesse, de modo a assim concluir sobre a situação ser existencial, patrimonial ou dúplice. Uma tal identificação apresenta-se como de imensa importância em virtude de viabilizar, pela natureza da própria situação jurídica, a percepção sobre qual tutela atrair por ser-lhe mais adequada.
- 4) Uma vez que o negócio jurídico se constitui da relação entre situações jurídicas subjetivas, identificar a natureza dos interesses em cada uma delas (isto é, em cada centro envolvido) permite depreender a tutela adequada para o negócio jurídico em cada

um de seus alcances. No mesmo sentido, viabiliza-se o desenvolvimento de uma estrutura adequada, dinâmica e funcionalizada às necessidades reais dos participantes, fugindo ao engessamento estrutural que em outras épocas já demandou a criação de tantas exceções quanto necessárias, a ponto de levar ao questionamento sobre a própria sistematicidade da teoria. Por sua vez, o desenvolvimento de uma estrutura básica é relevante ao representar molde a uma atuação segura dos negociantes em atenção a requisitos extraídos do ordenamento.

- 5) No Brasil, a gestação de substituição na modalidade altruísta é realizada desde 1992, quando publicada a primeira Resolução sobre o tema pelo Conselho Federal de Medicina, vigendo atualmente a Resolução n.º 2.168/2017, desacompanhada de regulamentação por lei federal específica sobre o tema. As determinações dessa Resolução não oferecem aos participantes segurança jurídica para o caso de eventuais conflitos futuros, todavia, atuam como uma eficiente política de minimização de riscos – ao custo, no entanto, de inviabilizar o acesso à técnica por um grande número de pessoas. A despeito da inexistência de proibição (e considerando-se o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei), desafiar as normas postas pelo CFM ganha ares de clandestinidade no Brasil porque o conselho profissional inviabiliza a atuação médica no território pátrio, ao mesmo tempo em que nenhuma outra pessoa pode realizar o procedimento por ser atividade privativa da medicina. Além disso, a assinatura do diretor de clínica de reprodução humana (também médico) passou a ser exigida pela Corregedoria Nacional de Justiça para o registro da criança. No entanto, a despeito da existência de tal norma deontológica em contrário, da análise do ordenamento brasileiro concluiu-se que a questão é afeita a “um espaço de não direito” ao qual o direito resguarda liberdade de atuação pela pessoa com fulcro em sua autonomia negocial e privada.
- 6) Percebe-se no Brasil e no mundo intenso movimento de luta por reconhecimento para o atendimento à necessidade de gestação de filhos, por ligação genética ou pelo acompanhamento do curso da gravidez. Pessoas com maior disponibilidade financeira buscam sua realização em países que admitem a gestação de substituição remunerada, mulheres brasileiras se dispõem a viajar para o exterior a fim de atuar como gestantes substitutas, além de gestantes e beneficiários não se furtarem à busca de meios para participar em negócios clandestinos no país (“mercado negro”), resultando em desproteção para todos, em especial a criança a nascer. Nesse sentido, a inevitabilidade de realização da prática por pessoas que dela precisam a despeito da ausência de norma

ou mesmo se houvesse expressa proibição é argumento relevante em prol da necessidade de regulamentação.

- 7) Apesar dessa realidade eminentemente prática, não se pode deixar de enfrentar argumentos contrários à “natureza” da gestação de substituição. No Brasil, todavia, diante da aceitação da modalidade altruísta pelo CFM e pela jurisprudência de modo geral, depreende-se consenso com relação: à possibilidade de opção por gestar criança que se entende ser filha de outrem; à possibilidade de definição da parentalidade e da filiação por escolha, independentemente da existência de vínculo genético dos beneficiários com o bebê; e ao reconhecimento de um direito ao acesso à prática ainda que existam meios alternativos como a adoção. Assim sendo, além do embate às críticas em face da prática com relação a esses pontos por meio da apresentação de evidências históricas e científicas em contrário, concluiu-se que, por questão de coerência, tais questões devem ser vistas como suplantadas também para a gestação de substituição remunerada no Brasil, por serem de aplicação indiferente a uma ou outra modalidades.
- 8) As demais críticas de âmbito ético analisadas apresentaram como fio condutor a oposição à onerosidade do procedimento. Nesse ponto, demonstrou-se que a alegação de reificação da gestante possui forte vertente sacralizante do corpo da mulher e da própria reprodução, de modo tal que a caracterização como sagrado faz deles especiais e augustos ao mesmo tempo em que excluídos da alçada da autorregulamentação, quando outros usos dos corpos igualmente deliberados, propositais e por vezes fisicamente degradantes não recebem críticas semelhantes e são aceitos no mais das vezes sem qualquer problematização. Concluiu-se possível a opção pessoal pela autorreificação do corpo, especialmente porque embora a pessoa seja indissociável de sua base sensível, a ela não se resume. Já quanto ao argumento de exploração da gestante, percebeu-se ser estruturalmente semelhante aos que são feitos em face da exploração em outros níveis de uma economia capitalista, dirimindo-se todos, igualmente, pela solução de melhoria da remuneração e do ajuste de condições de atuação. Destacou-se, ademais, a necessidade de cuidado para que o exercício da autonomia privada não seja inibido a pretexto de uma proteção paternalista que remonta ao Estado Social.
- 9) O argumento de reificação e comercialização de crianças é rebatido pela verificação empírica de que os participantes de um negócio de gestação de substituição se veem como negociantes de um serviço, e não de um produto, bem como de que considerar que a escolha por este negócio não pode ser simplificada como se se assemelhasse à

compra de produtos no mercado, pois a decisão pelo recurso à técnica se verifica como último caminho após intensa reflexão e maturação sobre o decidido.

- 10) A fim de delinear a estrutura do negócio jurídico de gestação de substituição no Brasil foi necessário um esforço de decomposição de interesses, apostos no Quadro 2 do trabalho, para que com relação a cada um deles fosse possível identificar a função (“para que servem”) e, assim, depreender a tutela que lhe seria mais adequada. Concluiu-se, a uma, que a modalidade altruísta também contém interesses de ordem patrimonial, que devem atrair a respectiva tutela e dela não podem ser alijados apenas pelo fato de inserir-se em negócio gratuito; bem como, a duas, que a modalidade remunerada contém diversos interesses existenciais além dos patrimoniais, que também merecem atrair a tutela respectiva. A gestação de substituição em ambas as modalidades é, por conseguinte, um negócio jurídico de natureza dúplice.
- 11) Por se tratar de acordo de vontades que recebe a incidência de norma jurídica, resta caracterizada a vontade negocial, requisito do plano da existência. Quanto à validade, ressaltou-se que a aplicação dos requisitos deste plano não atine apenas ao momento patológico do negócio, como também, e especialmente, ao direcionamento para que os negociantes verifiquem o atendimento aos requisitos a fim de garantir que suas vontades sejam contempladas. Destaca-se o estudo empreendido em relação à licitude do objeto, tendo-se concluído: pela possibilidade de limitação voluntária ao exercício de direitos da personalidade; pela inexistência de norma constitucional ou federal que impeça a onerosidade do procedimento ou de princípio que imponha a gratuidade; e pelo atendimento à ordem pública e aos bons costumes, especialmente por se tratar de ato de eficácia apenas pessoal (isto é, com efeitos apenas sobre a esfera jurídica da própria pessoa, e não a de outros ou da coletividade). Já quanto à forma, destacou-se que conquanto inexistia definição legal específica, pois o negócio é atípico, é recomendável a forma escrita em prol de maior segurança jurídica. Por fim, analisou-se a possibilidade de incidência dos vícios do consentimento previstos pelo Código Civil a este negócio, concluindo-se positivamente, mas com ressalvas de limitações de aplicação face à peculiaridade dos interesses existenciais envolvidos.
- 12) Identificou-se a necessidade de formação de negócios jurídicos coligados ao negócio objeto deste estudo, da gestante e dos beneficiários, respectivamente, com a clínica/hospital – sendo o primeiro de especial relevância em virtude do consentimento informado que compete ao agente de saúde proporcionar à gestante com relação aos procedimentos que realizará para viabilizar a gestação. Além disso, assumindo-se que a

proposta do estudo se limitou à verificação da possibilidade *jurídica* do negócio – sendo que sua concretização no plano fático atine a momento posterior, da dimensão sociológica – foram tecidas breves considerações sobre possibilidades de materialização dessa realidade no Brasil, em especial relacionadas a formas de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da Resolução n.º 2.168/2017 do CFM.

- 13) Diante de todas essas considerações, concluiu-se poder se afirmar o negócio jurídico de gestação de substituição como de natureza dúplice (atraindo tutela também dúplice) e cuja existência, validade e eficácia da perspectiva jurídica afiguram-se possíveis no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Paula. The bad mother: stigma, abortion and surrogacy. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 43, n. 2, p. 179-191, 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26242937>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução Henrique Burigo. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007a, v. 1. 207p.

_____. *Profanações*. Tradução Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007b. 91p.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135p. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

ANLEU, Sharyn L. Roach. Reinforcing gender norms: commercial and altruistic surrogacy. *Acta sociologica*, s.l., v. 33, n. 1, p. 63-74, 1990. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4200780>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ARAGUAIA, Mariana. "Pílula do dia seguinte"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/biologia/pilula-dia-seguinte.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

ARAMESH, K. Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns. *J. Med. Ethics*, v. 35, p. 320-322, 2009. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19407039>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ARVIDSSON, Anna; JOHNSDOTTER, Sarah; ESSÉN, Birgitta. Views of swedish commissioning parents relating to the exploitation discourse in using transnational surrogacy. *Journal PLoS ONE*, v. 10, n. 5, p. 1-12, 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25955178>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 138p.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407-413.

BASLINGTON, Hazel. The social organization of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process. *Journal of health psychology*, Londres, v. 7, n. 1, p. 57-71, 2002. Disponível: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22114227>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BEIER, Katharina. Surrogate motherhood: a trust-based approach. *Journal of Medicine and Philosophy*, Oxford, v. 40, p. 633-652, 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26449234>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A disponibilidade relativa dos direitos da personalidade. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 112-155.

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Lei n.º 9.263*, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 1.184*, de 2003, que dispõe sobre a Reprodução Assistida, de autoria do senador Lucio Alcantara. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=145692&filename=Avulso+-PL+1184/2003>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez. *Notícias STF* [online]. 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. *Repercussão Geral 622*, sobre haver ou não prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Tese: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. *Leading case* RE 898060. 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622#>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Cível n.º 534999 PE* (0004161-23.2011.4.05.8300). Relator Juiz Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, j. 30 ago. 2012. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2012/09/00041612320114058300_20120906_4430841.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

BUSBY, Karen. Of surrogate mother born: parentage determinations in Canada and elsewhere. *Canadian Journal of Women and the Law*, v. 25, n. 2, 2013, p. 284- 314. Disponível em: <<http://www.utpjournals.press/doi/abs/10.3138/cjwl.25.2.284>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____; VUN, Delaney. Revisiting The Handmaid's Tale: feminist theory meets empirical research on surrogate motherhood. *Canadian Journal of Family Law*, v. 26, n. 1, 2010, p. 13-93. Disponível em: <claradoc.gpa.free.fr/doc/329.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CAIN, Sian. The Handmaid's Tale on TV: too disturbing even for Margaret Atwood. *The Guardian* [online], Television. 25 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/tv-and-radio/2017/may/25/the-handmaids-tale-on-tv-too-disturbing-even-for-margaret-atwood>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. 297p.

COMPTON, R.J. *Adoption beyond borders: how international adoption benefits children*. New York: Oxford University Press, 2016. 248p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n.º 1.358/1992*, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. *Resolução CFM n.º 1.957/2010*, que recebeu modificações relativas à reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. *Resolução CFM n.º 2.013/2013*, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. *Resolução CFM n.º 2.121/2015*, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. *Resolução CFM n.º 2.168/2017*, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE GOIÁS. *Parecer-consulta n.º 13/2014*: Processo Consulta n.º 06/2014. Rel. Aldair Novato Silva. 28. jul. 2014. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27023%3Aparecer-autoriza-uso-de-utero-de-substituicao-com-doadora-sem-parentesco-com-o-casal&catid=3&Itemid=491>. Acesso em: 29 mar. 2016.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE MINAS GERAIS. *Parecer-consulta n.º 5505/2015*. Rel. Giovana Ferreira Zanin Gonçalves. 30 abr. 2015a. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMMG/pareceres/2015/5505_2015.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. *Parecer-consulta n.º 5501/2015*. Rel. Cláudia Navarro Carvalho Duarte Lemos. 09. mar. 2015b. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmmg/pareceres/2015/5501_2015.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. An introduction to Law and legal institutions. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. California: Berkeley Law Books, 2016. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=books>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n.º 52, de 14 de março de 2016*, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução da obra original La Cité Antique de 1864. 3. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2007. 421p.

ESTEVEES, Rafael; MULTEDO, Renata Vilela. Reflexões sobre o conteúdo não-patrimonial da relação médico-paciente. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 315-338, v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 683p.

_____. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 247-276.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. Disponível em: <https://www.academia.edu/11532897/Tercio_Sampaio_Ferraz_Junior_-_Introducao_ao_estudo_do_direito>. Acesso em: 25 nov. 2017.

FIUZA, César. Nota do autor e organizador. In: FIUZA, César (org.). *Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil constitucional*. Curitiba: CRV, 2012, p. 7-13.

_____; MARQUES, Emanuel Adilson. Hermenêutica civil-constitucional das obrigações. In: FIUZA, César (org.). *Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil constitucional*. Curitiba: CRV, 2012, p. 203-221.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 8. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

GALBRAITH, Mhairi; MCLACHLAN, Hugh V.; SWALES, J. Kim. Commercial agencies and surrogate motherhood: a transaction cost approach. *Health care analysis*, v. 13, n. 1, p. 11-31, 2005. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15889679>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 515-546.

_____. Reprodução humana assistida e a Resolução 2.013 do CFM. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (org.). *Direito Privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. E-book. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, v. 1, Cap. 13.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 523p.

GOMEZ, Virginie Rozée; LA ROCHEBROCHARD, Elise de. Cross-border reproductive care among French patients: experiences in Greece, Spain and Belgium. *Human Reproduction*, Bethesda, v. 28, n. 11, p. 3103-3110, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/23943796>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

GUIDORIZZI, Guilherme. Atriz da novela 'Os Dez Mandamentos' procurou uma agência de Israel para ter filho nascido no Nepal. *Purepeople*, 24 dez. 2015. Disponível em: <http://www.purepeople.com.br/noticia/apos-dois-abortos-adriana-garambone-recorreu-a-barriga-de-aluguel-para-ser-mae_a92067/1>. Acesso em: 29 mar. 2016.

GUIMARÃES, Claudia Maria Resende Neves. Homologação de sentença estrangeira: gestação de substituição transnacional, o caso Mennesson e a Ordem Pública no Brasil. *XXIII Encontro Nacional*

Conpedi UFSC, Direito Internacional. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, p. 304-333. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6d1be3a2fee80212>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. Limites e desafios associados à doação de gametas no Brasil, à luz do direito comparado: a aplicabilidade do sistema *double track* no ordenamento jurídico pátrio. 2016. 306f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 16 fev. 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 232p.

_____; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 268p.

ILEGAL no Brasil, barriga de aluguel é negociada na Internet por até R\$ 60 mil. *Globo.com* [online]. 28 ago. 2014. Disponível em: <<http://glo.bo/1wHvNZp>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

JADVA, Vasanti; BLAKE, Lucy; CASEY, Polly; GOLOMBOK, Susan. Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins. *Human reproduction*, Oxford, v. 7, n. 10, p. 3008-3014, 2012. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3442632/>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____; MURRAY, Clare; LYCETT, Emma; MACCALLUM, Fiona; GOLOMBOK, Susan. Surrogacy: the experiences of surrogate mothers. *Human reproduction*, v. 18, n. 10, p. 2196-2204, 2003. Disponível: <<http://faculty.law.miami.edu/mcoombs/documents/Research.ArtIssues.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

KARANDIKAR, Sharvari; CARTER, James R.; GEZINSKI, Lindsay B.; KALOGA, Marissa. Economic necessity or noble cause? A qualitative study exploring motivations for gestational surrogacy in Gujarat, India. *Journal of women and social work*, v. 29, n. 2, p. 224-236, 2014. Disponível: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0886109913516455>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

KLINKE, Ângela. Agência de barriga de aluguel abre escritório em São Paulo. *Valor Econômico* [online]. 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/cultura/blue-chip/4154436/agencia-de-barriga-de-aluguel-abre-escritorio-em-sao-paulo>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, v. 7, jul-set. 2001, p. 247-268.

_____. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 15, jul-set. 2003, p. 41-71.

_____. *Contratos conexos*: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 296p.

LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de bioética y Derecho*, Barcelona, n. 24, p. 76-91, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm>. Acesso em: 2 nov. 2015.

LARA, Mariana. *O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. 137p.

LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 12, p. 37-57, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume12/247668_1.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2017.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Gestão de substituição: uma análise a partir do direito contratual. No prelo*. Livro coletivo da Universidade Federal de Uberlândia com publicação prevista para jan. 2018. Manuscrito disponibilizado pelas autoras. 19p.

MÃE de aluguel que entregou 'gêmeos' a casal descobre que um deles era seu filho biológico. *BBC Brasil* [online]. 3 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-41867016>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

MAIA, Caio. Futebol americano precisa se tornar menos violento. *General Managers* [online]. 11 nov. 2013. Disponível em: <<http://generalmanagers.com.br/futebol-americano-precisa-se-tornar-menos-violento/>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

MARKENS, Susan. The global reproductive health market: U.S. media framings and public discourses about transnational surrogacy. *Social Science & Medicine*, v. 74, p. 1745-1753, 2012. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22014871>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 336p.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b. 299p.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 328p.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a. 355p.

MICHAELIS [online]. Editora Melhoramentos. *Definição da palavra sacrilégio*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sacril%C3%A9gio/>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

MILLBANK, Jenni. Rethinking “commercial” surrogacy in Australia. *Bioethical inquiry*, Holanda, v. 12, p. 477-490, 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25015592>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação cível/Reexame necessário 1.0707.08.168842-6/001* (1688426-20.2008.8.13.0707). Relator Des. Belizário de Lacerda. 7ª Câmara Cível. Julgado em 08 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

MISSIAGGIA, Mariana. Pequenas inovadoras: clínicas de fertilização ganham espaço em São Paulo. *Diário do Comércio* [online]. Caderno Negócios. 15 abr. 2015. Disponível em: <<https://dcomercio.com.br/categoria/negocios/pequenas-inovadoras-clinicas-de-fertilizacao-ganham-espaco-em-sao-paulo>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas: a co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica*. 2009. 193f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 26 mar. 2009.

MULHERES cobram até R\$ 100 mil para gerar bebê em mercado clandestino. *Globo.com, Fantástico* [online]. 16 jun. 2013. Disponível em: <<http://glo.bo/14bWbrW>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Relação médico-paciente e dados do paciente. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 117-132.

NGUYEN, Trung. For sale: one womb. *Practical Ethics: ethics in the News* [online]. Disponível em: <<http://blog.practicaethics.ox.ac.uk/2011/04/for-sale-one-womb/>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

NICOLELIS, Miguel. *Muito além do nosso eu: a nova neurociência que une cérebros e máquinas – e como ela pode mudar nossas vidas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. 534p.

OTERO, Marcelo Truzzi. Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (coords.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 273-294.

PAINS, Clarissa; GAMBA, Karla. Especialistas comemoram novas regras para reprodução assistida no Brasil. *Extra* [online]. 10 nov. 2017. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/especialistas-comemoram-novas-regras-para-reproducao-assistida-no-brasil-22052139.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PANDE, Amrita. Commercial surrogacy in India: manufacturing a perfect mother-worker. *The University of Chicago Press Journals*, v. 35, n. 4, p. 969-992, 2010. Disponível em: <www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/651043>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PAULO Gustavo e o marido anunciam gravidez de gêmeos por barriga de aluguel. *O Globo*. 13 out. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/revista-da-tv/paulo-gustavo-o-marido-anunciam-gravidez-de-gemeos-por-barriga-de-aluguel-21943754>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 718p, v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 369p.

PHILLIPS, Anne. It's my body and I'll do what I like with it: bodies as objects and property. *Political Theory*, v. 39, n. 6, p. 724-748, 2011. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/41502590>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PIMENTEL, Matheus. O que a liga de futebol americano tem feito para prevenir danos no cérebro dos jogadores. *Nexo* [online]. 5 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/05/O-que-a-liga-de-futebol-americano-tem-feito-para-prevenir-danos-no-c%C3%A9rebro-dos-jogadores>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

PORTUGAL. *Projeto de Lei n.º 183, XIII/2016*, que 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, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/Af3vdQ>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

RABINOWITZ, Abby. Promising an escape from poverty, transnational surrogacy has left many Indian women with little to show for their efforts. What went wrong? *VQR* [online], spring 2016. Disponível em: <<http://www.vqronline.org/reporting-articles/2016/03/surrogacy-cycle>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

RATZINGER, Joseph Card, Prefect. Congregation for the doctrine of faith. *Instruction on respect for human life in its origin and on the dignity of procreation replies to certain questions of the day*. Roma, 22 fev. 1987. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_en.html>. Acesso em: 25 nov. 2017.

RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A gestação de substituição no Brasil: normatividade avançada e possibilidade de aprimoramento. In: CASTRO, Cristina Veloso de; SILVA, Mônica Neves Aguiar da (coords.). *Congresso do CONPEDI*, 25., 2016, Curitiba. Anais de Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico online]. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 65-82. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/23fs7c16/43JYs6251Cg10Pu3.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

RIBEIRO, Daniel Mendes. *De Coisas a Pessoas: Sistemas, Emergência e Reconhecimento a partir de um Estudo da Escravidão no Brasil*. 2012. 201f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70043541341*, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 24 nov. 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/0DZH6e>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do Direito Privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 124p.

RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho e el no derecho*. Madrid: Trotta, 2010. 326p.

RUDRAPPA, Sharmila. What to expect when you're expecting: the affective economies of consuming surrogacy in India. *positions*. v. 24, n. 1, p. 281-302, 2016. Disponível em: <positions.dukejournals.org/content/24/1/281.full.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____; COLLINS, Caitlyn. Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy. *Gender & Society*, v. 29, n. 6, p. 937-959, 2015. Disponível em: <journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0891243215602922>. Acesso em: 25 nov. 2017.

RUIZ-ROBLEDILLO, Nicolás; MOYA-ALBIOL, Luis. Gestational surrogacy: psychosocial aspects. *Psychosocial intervention*, Madrid, v. 5, p. 187-193, 2016. Disponível em: <<http://psychosocial-intervention.elsevier.es/en/gestational-surrogacy-psychosocial-aspects/articulo/S1132055916300230/#.Whn3gjfJ3IU>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 154p.

_____; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 218p.

_____; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 1-9.

_____; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 432p.

_____; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. O impacto do Provimento n.º 52/2016 do CNJ na garantia de anonimato a doadores de gametas no Brasil: necessidade de uma definição. In: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de; LIMA, Renata Mantovani de (orgs.). *Direito Civil na contemporaneidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 97-124, v. 4.

SAIGG, Mahomed; BARROS, Maria Luisa. Aluguel de útero é negociado por até R\$ 120 mil na Internet. *Terra Serviços*, caderno Cidades [online], 21 mar. 2009. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/aluguel-de-utero-e-negociado-por-ate-r-120-mil-na-internet,b61a68f40d94b310VgnCLD200000bbcccb0aRCRD.html>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução Clóvis Marques. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. 237p.

SEMBA, Yukari; CHANG, Chiung Fang; HONG, Hyunsoo; KAMISATO, Ayako; KOKADO, Minori; MUTO, Kaori. Surrogacy: donor conception regulation in Japan. *Bioethics*, Oxford, v. 24, n. 7, p. 348-357, 2010. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20002072>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SHARP, Lesley A. The commodification of the body and its parts. *Annu. Rev. Antropol*, v. 29, p. 287-238, 2000. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15977341>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann. A autonomia privada no âmbito das relações contratuais: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. In: FIUZA, César (org.). *Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil constitucional*. Curitiba: CRV, 2012, p. 171-187.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Perfil dinâmico da invalidade negocial. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (orgs.). *Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2016. 173p. Disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-pessoa-e-mercado-sob-a-metodologia-do-direito-civil-constitucional-ebook86.php>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SPAUTZ, Dagmara. O cotidiano atrás das grades de mulheres que escolheram viver na clausura em convento de Itajaí. *O Sol Diário* [online]. 08 ago. 2014. Disponível em: <<http://osoldiario.clicrbs.com.br/sc/cidades/noticia/2014/08/o-cotidiano-atras-das-grades-de-mulheres-que-escolheram-viver-na-clausura-em-convento-de-itajai-4571013.html>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 208p.

_____; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 267-285.

STRAEHLE, Christine. Is there a right to surrogacy? *Journal of applied philosophy*, Oxford, v. 33, n. 2, p. 1146-1159, 2016. Disponível em: <onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/japp.12145/full>. Acesso em: 25 nov. 2017.

TANDERUP, Malene; REDDY, Sunita; PATEL, Tulsi; NIELSEN, Birgitte Bruum. Informed consent in medical decision-making in commercial gestational surrogacy: a mixed methods study in New Delhi, India. *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, v. 94, p. 465-472, 2015. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25581093>. Acesso em: 25 nov. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 564p.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005. 670p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309-323.

_____. Princípio da justiça contratual. In: FIUZA, César (org.). *Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil constitucional*. Curitiba: CRV, 2012a, p. 223-239.

_____. Natureza jurídica das relações obrigacionais: patrimonial x existencial. In: FIUZA, César (org.). *Elementos de teoria geral das obrigações e dos contratos: por uma abordagem civil constitucional*. Curitiba: CRV, 2012b, p. 273-292.

_____. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 408p.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24, v. 3.

_____; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 45, n. 180, p. 293-204, out./dez. 2008. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176577/000860626.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. 923p.

_____; RODRIGUES, Renata de Lima. Características e consequências do exercício do direito ao livre planejamento familiar conferido à pluralidade de entidades familiares. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140-168.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, n. 17, p. 33-49, jan./mar., 2004. Disponível em: <www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/21174>; <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2004;100070143>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e o tempo: jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405.

TIEU, M. M. Altruistic surrogacy: the necessary objetification of surrogate mothers. *J. Med. Ethics*, v. 35, p. 171-175, 2009. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19251968>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

TREMELLEN, Kelton; EVERINGHAM, Sam. For love or Money? Australian attitudes to financially compensated (commercial) surrogacy. *Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 56, p. 558-563, 2016. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/27757962>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

TRÊS LAGOAS. Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Três Lagoas/Mato Grosso do Sul. *Sentença judicial*, Juíza Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, j. 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150203-01.png>>. Acesso em 15 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Resolução do Parlamento Europeu*, de 17 de dezembro de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo (2014) e a política da União nesta matéria (2015/2229 (INI)). Estrasburgo, 2015. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

VAN ZYL, Liezl; WALKER, Ruth. Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model. *Bioethics*, Oxford, v. 27, n. 7, p. 373-381, 2013. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22500585>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____; _____. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, Holanda, v. 12, p. 383-387, 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26133892>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço. *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255-266.

WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *The New Bioethics*, s.l., v. 22, n. 3, p. 212-228, 2016. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28219265>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ZAGO, Adriano; CARVALHO, Humberta. Casal não consegue registrar a filha gerada em barriga de aluguel, em GO. *G1 Goiás*, 04 set. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2012/09/casal-nao-consegue-registrar-filha-gerada-em-barriga-de-aluguel-em-go.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.