



Carolina Altoé Velasco

**O objeto no contrato de gestação de substituição:
na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a Nadia de Araujo

Rio de Janeiro
Fevereiro de 2016



Carolina Altoé Velasco

**O objeto no contrato de gestão de substituição:
na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Profª Drª Nadia de Araújo

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª Drª Daniela Trejos Vargas

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof Dr Florian Fabian Hoffmann

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª Drª Letícia de Campos Velho Martel

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS

Prof Dr Bruno Rodrigues de Almeida

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ

Profª. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2016.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Carolina Altoé Velasco

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Campos em 2005. É mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos (2008). Participou de diversos congressos e seminários na área Direito e Bioética. É professora de Direito Civil da Universidade Candido Mendes.

Ficha catalográfica

Velasco, Carolina Altoé

O objeto no contrato de gestação de substituição: na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais / Carolina Altoé Velasco; orientadora: Nadia de Araujo – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2016.

197 f; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito.

Inclui Referências bibliográficas

1. Direito - Teses. 2. Gestação de substituição 3. relação contratual. 4. relação jurídica patrimonial. 5. relação jurídica extrapatrimonial. 6. objeto lícito. 7. autonomia. 8. liberdade contratual. 9. consentimento. I. Araujo, Nadia de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para Estela e Rafael, sempre.

Agradecimentos

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

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, por proporcionar uma belíssima convivência acadêmica entre os docentes e discentes no decorrer de toda a trajetória.

À CAPES, por viabilizar materialmente parte da realização da pesquisa.

À Prof^a. Dr^a. Nadia de Araújo, pela acolhida na condução da pesquisa. Sua seriedade, dedicação, firmeza e gentileza em cada passo possibilitaram o desenrolar das linhas que tecem a tese. A você, meu carinho e gratidão.

À Prof^a. Dr^a. Letícia de Campos Velho Martel, pelo exemplo. Sua elegância na condução dos fatos da vida renovou minha esperança nas pessoas. Pela palavra carinhosa. Pela crítica delicada. Pelas indicações de autores. Pela convivência. As palavras não contemplam a dimensão do carinho que tenho por você.

À Prof^a. Dr^a. Daniela Vargas, pelas indicações, conselhos e troca de ideias na banca de qualificação.

À Prof^a. Dr^a. Gisele Cittadino, coordenadora do programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio, pelo suporte em todos os momentos e por sua seriedade na condução do programa.

A todos os professores da Pós-graduação em Direito da PUC-Rio, em especial aos professores José Ribas Vieira, José Maria Gomez, João Ricardo Dornelles, Bethânia de Albuquerque Assy, Noel Struchiner e Antonio Pele.

Aos queridos colegas de turma: André Mendes, Deo Campos, Letícia Dyniewicz, Odair Freitas, Rogério Alves, Silvia Loureiro, Taiguara Libano. Vocês são inesquecíveis.

Ao Anderson e à Carmen que com gentileza, competência e simpatia estão sempre prontos a auxiliar os pós-graduandos da PUC-Rio.

Ao Prof. Dr. Gustavo Tepedino, pela sempre cordial recepção. Pelos livros. Pela conversa. Pelo entusiasmo com que recebe seus alunos e suas ideias.

Aos colegas da disciplina “Direito das Relações Patrimoniais” do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ, pela acolhida

Aos amigos, presentes no olhar, no telefonema, naquelas palavras delicadas, na alegria daqueles dias coloridos, no suporte para o dia gris e nas frases que tiraram meu fôlego de tanto rir. Agradeço especialmente à Ludmila, Gerson, Guaracy, Renata, Patrícia e Garcia.

Aos colegas e estudantes da Universidade Candido Mendes e da UFRJ (FND e GPDES).

Aos meus pais, Estela e Rafael, sempre. Pelo amor, carinho, atenção e cuidado. Por saberem ouvir. Por me ensinarem a ouvir. Pela doçura de cada ligação. Pelo calor do abraço quando estão perto. Por tudo.

Ao meu companheiro, Manoel. Pelo amor, cuidado e cumplicidade. Pela dedicação. Pela alegria. Pelo sorriso no olhar. Por se fazer presente em todos os momentos. Por me ensinar a encontrar o belo em tudo.

Resumo

Velasco, Carolina Altoé; Araujo, Nadia de. **O objeto no contrato de gestação de substituição: na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais.** Rio de Janeiro, 2016. 197p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O tema central da tese é o contrato de gestação de substituição. Sua análise está delimitada aos efeitos decorrentes da consideração do seu objeto, se lícito ou ilícito, à luz das regras de direito constitucional e civil do ordenamento brasileiro. O marco teórico é delineado pelas obras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda – notadamente as noções acerca dos planos do negócio jurídico – e Marcel Mauss – especificamente o Ensaio sobre a dádiva – e a escola de Direito Civil Constitucional – a partir da qual se construiu a análise das categorias que permeiam todo o estudo: dignidade da pessoa humana, autonomia privada e dicotomia entre coisa e pessoa. O objetivo geral foi investigar se o objeto do contrato de gestação de substituição suportaria o conceito de licitude à luz do sistema jurídico de regras e de princípios constitucionais. Consequentemente, três objetivos específicos foram traçados. O primeiro delimitou conceitualmente os termos *objeto*, *licitude* e *ilicitude* na doutrina e na jurisprudência brasileira e constatou que esses conceitos carregam um conteúdo que deve ser adequado com vistas a comportar a nova categoria de contrato – que incorpora aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais. O segundo, ao investigar se tais contratos são levados à apreciação do Poder Judiciário, constatou ser afirmativa a indagação. Entretanto, expôs-se que a avaliação feita pelo Poder Judiciário se limita ao reconhecimento ou não da filiação. O terceiro objetivo específico identificou que o Poder Judiciário tem considerado o objeto do contrato de gestação de substituição como lícito, pois se baseia nas diretrizes estabelecidas pela Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina acerca da gestação de substituição gratuita. Diante da situação fática, constatou-se a relativização de conceitos delimitados pela regra jurídica para se alcançar esta ou aquela solução para casos delicados. Nenhuma outra consideração acerca da licitude ou ilicitude do objeto contratual pôde ser estabelecida diante dos casos analisados.

Palavras-Chave

Gestação de substituição; relação contratual; relação jurídica patrimonial; relação jurídica extrapatrimonial; objeto lícito; autonomia; liberdade contratual; consentimento.

Abstract

Velasco, Carolina Altoé; Araujo, Nadia de (Advisor). **The object in the gestational surrogacy contract: on the border of patrimonial and non patrimonial rights.** Rio de Janeiro, 2016. 197p. Doctoral Thesis – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The central theme of the thesis is gestational surrogacy contract. The analysis is bounded to the effects arising from the consideration of its object, whether lawful or unlawful according to the rules of constitutional and civil law of the Brazilian legal system. The theoretical framework is outlined by the works of Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda - especially the notions about the legal business plans - and Marcel Mauss - specifically the Essay on the gift - and the school of Constitutional Civil Law - from which it has built an analysis of categories that permeate the whole study: human dignity, personal autonomy and dichotomy between thing and person. The overall objective was to investigate whether the object gestational surrogacy contract would support the concept of legality according to the legal system and constitutional principles. As a result, three specific objectives were outlined. The first conceptually delimited the terms object, legality and illegality in doctrine and Brazilian jurisprudence and found that these concepts carry content that must be appropriate in order to support this new contract category - which incorporates patrimonial and non patrimonial rights. The second, while investigating whether such agreements are taken into account by the Judiciary, it was found an affirmative answer. However, it exposed that the analysis made by the judiciary is limited to the recognition of legitimate filiation. The third specific objective identified that the judiciary has considered the object of gestational surrogacy agreement as lawful contract because it is based on guidelines established by Resolution n. 2.121/2015 of Federal Council of Medicine about the altruistic surrogacy. On the factual situation, there was noted the relativism of concepts delimited by the legal rule in order to be put into perspective of delicate cases. No further consideration about the legality of contractual object could be established before the analysed cases.

Keywords

Gestational surrogacy; contract; patrimonial rights; non patrimonial rights; object legality, personal autonomy; contractual freedom; consent.

Sumário

Introdução	16
1 Noções Propedêuticas	23
1.1 Geração de Substituição	23
1.1.1 Conceito	23
1.1.2 Partes envolvidas	23
1.1.3 Impactos da biotecnologia, globalização e atual estado da arte	24
2 Contratos Típicos: Demarcações Conceituais	44
2.1 Objeto Lícito e Ilícito: Conceito Impreciso e suas Consequências	44
2.1.1 A Doutrina: Tendência Conceitual e Distintos Posicionamentos	49
2.1.1.1 Objeto	49
2.1.1.2 Licitude	64
2.1.1.3 Ilícitude	68
2.1.2 A Locução <i>Objeto Lícito e Ilícito</i> e seus significados na Jurisprudência Brasileira	72
2.1.3 Nulidade: Conceito E Consequências	78
3 Autonomia, Consentimento e Contrato: Alguns Limites	81
3.1 Autonomia Privada e Contrato: Conceito e Alcance das Expressões	81
3.1.1 A Interpretação do Contrato como norma	81
3.1.2 O Contrato e a Autonomia Privada: Interrelação Necessária	84
3.1.3 A Liberdade Contratual: Conceito e Limitações	86
3.1.4 O Valor do consentimento como Autorregulação	97

4 A Gestação de Substituição e Alguns Delineamentos	104
4.1 Contrato, os limites de escolha e a filiação	104
4.1.1 O Consentimento na Gestação de Substituição	105
4.1.2 Gestação de Substituição e o Regulamento da Filiação	108
4.1.2.1 Gestação de Substituição, Dupla Maternidade, Dupla Paternidade e o Registro da Criança	123
4.1.3 Gestação de Substituição: A Lacuna Legislativa e a Concretização de Situações de Fato	132
4.1.3.1 O Contrato de Gestação de Substituição sob a �tica da Disciplina dos Contratos Atípicos	135
4.1.3.2 Gestação De Substituição: Análise sob o Viés da (I)Licitude	142
5 Conclusão	149
6 Referências bibliográficas	158
7 Anexos	181
7.1 Anexo 1	182
7.2 Anexo 2	191
7.3 Anexo 3	196

Lista de Abreviaturas e Siglas

Abr./Apr.	Abril
ADIn ou ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Ago/Ag.	Agosto
art.	artigo
CC	Código Civil Brasileiro
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CRFB/88 de 1988	Constituição da República Federativa do Brasil
Cf.	Confira; conforme
CFM	Conselho Federal de Medicina
Cit.	Citado
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRM	Conselho Regional de Medicina
CREMESP São Paulo	Conselho Regional de Medicina do Estado de
Des.	Desembargador(a)
Dez.	Dezembro
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça eletrônico
DNV	Declaração de Nascido Vivo
D.O.U.	Diário Oficial da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ed.	edição
Extr.	Extraordinário
Fev.	Fevereiro
GT	Grupo de Trabalho
i.e.	isto é
Jan.	Janeiro
Jul.	Julho
Jun.	Junho
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Mai.	Mai
Mar.	Março
Min.	Ministro(a)
MP	Ministério Público
n.	Número
nº	Número
Nov.	Novembro
ONU	Organização das Nações Unidas
Out./Oct.	Outubro
p.	página

RA	Reprodução assistida
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator(a)
REsp.	Recurso Especial
Set.	Setembro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
v	<i>versus</i>
v.	volume

É preciso sonhar muito – sonhar tomando consciência de que a vida é um sonho, de que aquilo que sonhamos para além do que já vivemos é verdadeiro, está vivo, está aí, presente com toda verdade diante de nossos olhos.

Gaston Bachelard, *O Direito de Sonhar*

Introdução

A tese examina o contrato de gestação de substituição¹, considerado como um dos inúmeros contratos biotecnológicos² existentes, a fim de discutir se são instrumentos capazes de reger relações patrimoniais e existenciais. Haverá a necessidade de releitura dos conceitos clássicos de *licitude* e *ilicitude* que permeiam as espécies contratuais regidas pelo Direito, visto que são apresentadas à realidade social em razão das novas relações jurídicas constituídas por *situações jurídicas subjetivas patrimoniais e existenciais*. A análise das repercussões de tal releitura nos principais conflitos compreende a autonomia privada, a autonomia negocial, o consentimento informado e o conceito de licitude e ilicitude do objeto. Abrange, ainda, a investigação crítica do contrato sob a perspectiva concretizadora da dignidade humana em uma apreciação indissociável com os direitos fundamentais e com a avaliação do impacto das práticas biotecnológicas³ sobre o direito contratual e a prática social.

A utilização da nomenclatura *contratos biotecnológicos*⁴ aos contratos decorre das práticas e inovações tecnológicas aplicadas às técnicas de reprodução assistida, em especial, ao contrato de gestação de substituição. Como espécies do

¹ Sobre o tema, remete-se ao **Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements**. (2012), Prel. Doc. N. 10, Hague Conference on Private International Law. Disponível em <http://www.hcch.net>. Acesso em 11 jan. 2015.

² Alguns contratos biotecnológicos são elencados nessa seção.

³ Em face da necessidade de estabelecimento de uma maior segurança para o desenvolvimento na área biotecnológica instituiu-se, em âmbito nacional, através do Decreto n.º 6.041, de 08 de fevereiro de 2007, a *Política de Desenvolvimento da Biotecnologia*. Por esse decreto, a biotecnologia foi definida por “conjunto de tecnologias que utilizam sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para a produção ou modificação de produtos e processos para uso específico, bem como para gerar novos serviços de alto impacto em diversos segmentos industriais”. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6041.htm Acesso em: 11 dez. 2014).

⁴ A nomenclatura “contratos biotecnológicos” é encontrada na doutrina fazendo referência aos contratos que lidam diretamente com tecnologia. Como se observará na tese, os contratos são apresentados às partes sob a forma de termos de consentimento. Na prática, uma análise detalhada de seu conteúdo demonstra o caráter eminentemente negocial dos termos. Sobre o assunto, cf. MENEGON, Vera Mincoff. **Entre a linguagem dos direitos e a linguagem dos riscos: os consentimentos informados na reprodução humana assistida**. 2003. 285 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003; MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Cadernos de Saúde Pública**. vol. 20, n. 3, p. 845-854, mai./jun. 2004.

gênero (contratos biotecnológicos) destacam-se (a) os contratos de fecundação *in vitro*; (b) os contratos de inseminação artificial homóloga e heteróloga; (c) os contratos de criopreservação dos embriões excedentários; (d) os contratos de gestação de substituição (que também podem ser identificados por doação temporária de útero), que comportam duas situações distintas: (d.1) mulher que apenas cede o útero e (d.2) mulher que cede o útero e o óvulo; (e) os contratos de doação de embriões excedentários a outros casais; (f) os contratos de doação de sêmen e óvulo; (g) os contratos de manipulação/eleição de características genéticas.

O contrato não consiste apenas na convergência de vontades ou de declarações, mas em um valor consubstanciado pela prática social. E como produto da transformação social, depara-se com a imprescindível elaboração de elementos jurídicos capazes de traduzir as necessidades das novas demandas contratuais decorrentes da biotecnologia. O tratamento por meio da utilização de contratos na área médica⁵ pode parecer inadequado – para os que entendem que se correria o risco de instrumentalização⁶ da vida humana – mas se faz imprescindível diante do contexto contemporâneo de desenvolvimento das pesquisas ligadas à reprodução humana. Ultrapassou-se o estágio em que o contrato possuía serventia apenas enquanto instrumento – por excelência – de circulação de riquezas e bens.⁷

Apesar da dicção constitucional para a formulação de uma sociedade livre, justa e solidária, percebe-se, na prática, a massificação⁸ das relações contratuais.

⁵ Como se observa nos contratos de prestação de serviços médicos.

⁶ Sobre o tema, CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global**. Tradução Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Para Noam Chomsky – na obra que analisa as democracias capitalistas e o neoliberalismo – o caráter liberal do capitalismo é estruturalmente falho e moralmente maléfico.

⁷ Conforme assinalado por Maria Celina Bodin de Moraes: “O contrato vem configurado como um espaço de desenvolvimento da personalidade humana; uma relação econômico-jurídica em que as partes devem colaborar umas com as outras com vistas à construção de uma sociedade que a Constituição quer livre, justa e solidária”. Cf. NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. IV-V.

⁸ Em virtude da demanda cada vez maior de serviços das empresas, a necessidade de otimizar o tempo de conclusão dos negócios fez-se necessária. Nesse panorama, os contratos de adesão mostraram-se excelente opção. Enzo Roppo relaciona os efeitos propiciados pela utilização dos contratos de adesão da seguinte forma: “não há dúvida de que o emprego difundido de contratos *standard* constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exacta medida em que funciona como decisivo *factor de racionalização e de economicidade da actuação empresarial*. Um resultado deste gênero é certamente desejável em si e por si. Mas para

O acordo não é mais pactuado sempre entre pessoas pertencentes ao mesmo patamar jurídico, transparecendo sua conversão para um negócio jurídico estandardizado, documentado meramente por formulários. Incumbe à parte vulnerável da relação aderir ou não aos termos da outra, sem a possibilidade de contestação sobre seu conteúdo.

A discussão estabelecida na tese é o modo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro se comporta diante das inovações fáticas ante as estruturas normativas em vigor. Ou, ainda, ante a ausência de instrumentos adequados capazes de lidar com tais questões. A escola de Direito Civil Constitucional é arquétipo trazido à apreciação. A utilização – por vezes exagerada – de princípios nas situações em que se vislumbram ausência de norma legal ou normas ultrapassadas à solução de determinados casos gera – por consequência lógica – a transformação do sistema jurídico em um sistema inoperante em razão da casuística⁹. O mote da justiça do caso particular advém – muitas vezes – da aplicação exagerada de princípios. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não é um sistema criado pelo Direito Civil. Tampouco o sistema jurídico pode ser norteado pelas interpretações particulares do Direito Civil.

Como não existe até o momento¹⁰, em âmbito nacional, qualquer tipo de regulamentação legislativa a respeito da matéria *reprodução assistida* – e no caso específico da tese, do contrato de gestação de substituição¹¹ –, resta ao operador

uma valoração complexiva do fenómeno, não se pode descurar que isto só se consegue com um preço muito grave: o de privar uma das partes de cada relação – em concreto, toda a massa de consumidores, adquirentes e utentes – de toda a possibilidade de real decisão e influência, em ordem à determinação do seu conteúdo, que acaba por lhes ser *imposto de forma unilateral*. [...] Nestas hipóteses, de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma *restrição da liberdade contratual de uma das partes* da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre [...] de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar [...]”. In: ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 316-317.

⁹ Quanto ao tema, remete-se à leitura de ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 10 fev. 2014.

¹⁰ Julga-se aqui o período levantamento dos dados para a tese, compreendendo o período até dezembro de 2015.

¹¹ A Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/2013, de forma inovadora, – em comparação com as anteriores Resolução CFM n. 1.957/2010 e Resolução CFM n. 1.358/1992 – tratou da gestante de substituição e das crianças decorrentes da técnica de modo mais protetivo, vez que apresentou novas exigências. Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.

do Direito adequar as demandas e as dúvidas provenientes da prática social aos institutos existentes: as regras jurídicas existentes nas leis ordinárias; na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; os princípios gerais do direito; os princípios da Bioética; e a Resolução do Conselho Federal de Medicina – considerada na tese como lei em sentido material, uma vez que define o conteúdo, a aplicação e os limites das técnicas de reprodução assistida –, bem como as autorizações concedidas na forma de pareceres proferidos pelo Conselho Federal (nos casos não contemplados na Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina).

Abre-se justamente nesse ponto um horizonte de delicados questionamentos e nasce o **problema de pesquisa** desta tese de doutoramento: O objeto do contrato de gestação de substituição é reputado como lícito ou ilícito? E quanto à validade do contrato: se reputado como inválido o seu objeto, haverá ou não aplicação dos seus efeitos, no que tange à filiação? Como **hipótese**, foi formulada a seguinte: Os contratos de gestação de substituição celebrados, nacionalmente, na forma gratuita ou onerosa produzirão efeitos quanto à filiação, ainda que o objeto do contrato seja reputado ilícito. Para tanto, levar-se-ão em

2.013/2013: “VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade; - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero; - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; - os riscos inerentes à maternidade; - a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; - se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro”.

Disponível

em:

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso em: 19 jan. 2015.

consideração as regras existentes sobre a gestação de substituição na Resolução n. 2.121/2015 do CFM (que admite, expressamente, apenas a gestação de substituição gratuita), as regras da parte geral do Código Civil brasileiro que conferem validade aos negócios jurídicos e o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no inciso III do artigo 1º da Constituição da República de 1988. A definição da licitude ou ilicitude do objeto e a tomada das consequências nos contratos de gestação de substituição se traduz em uma questão extremamente importante para a manutenção da *integridade do sistema*. Em outros termos, para que o sistema possa continuar a manter minimamente o entendimento do que é *lícito* e do que é *ilícito*. O que se vê na prática – hoje – é a *transformação* do que é ilícito em lícito simplesmente porque o ilícito *produziu consequências* fáticas.

Ao longo da tese será utilizada a metodologia de análise. Primeiramente realizar-se-á uma análise de viés descritivo das ideias dos doutrinadores e da jurisprudência para, no último capítulo da pesquisa, observar e testar a compatibilidade ou não daquelas teses na gestação de substituição.

A pesquisa é **justificada** (a) em face da inexistência, no plano jurídico nacional, de instrumentos adequados que lidem com a gestação de substituição de forma segura (respeitando os direitos e deveres das partes envolvidas); (b) diante do número crescente de centros de reprodução assistida que exploram tais serviços; e (c) de pessoas que realizam a gestação de substituição em âmbito nacional e daquelas que se deslocam para outros países¹², de modo a exercer sua autonomia privada (quando contratam com terceiros a gestação de uma criança, o que dá origem ao que se denomina de turismo reprodutivo).

Tais investigações são necessárias na medida em que se visualiza, na doutrina e na jurisprudência nacionais, uma imprecisão conceitual quanto ao

¹² A prática de viajar a outros países onde a legislação sobre gestação de substituição é permitida ou não há regulamentação sobre o tema ou quando não é permitida em seu país de origem cria o que se denomina de *turismo reprodutivo*. O motivo pelo qual alguns países (como Índia, Rússia, EUA, Espanha, Bélgica, Romênia, Chipre) estão atraindo um número crescente de pessoas (com reais casos de infertilidade ou dificuldade para ter filhos ou porque não querem passar pelo processo de adoção) é por terem leis e regras menos restritivas, o que lhes permite atender pessoas às quais é vedado tratamento em seus países de origem em função de sua idade, estado civil ou opção sexual. Segundo informa Vida Panitch, os casos de gestação de substituição (*surrogacy*) têm crescido de modo destacado na Índia, México, Ucrânia, Tailândia e Vietnã. In: PANITCH, Vida. Commodification and Exploitation in Reproductive Markets: Introduction to the Symposium on Reproductive Markets. **Journal of Applied Philosophy**. vol. 32 (3), 2015.

objeto do contrato de gestação de substituição. Trabalha-se com a *suposição* que esses objetos têm sido considerados lícitos ou que não há reclamação quanto aos mesmos. Grande parte da doutrina nacional não contempla o conceito de objeto contratual – por influência da biotecnologia – nos contratos de gestação de substituição. Com vistas a auxiliar a construção do raciocínio, buscar-se-á suporte na (a) obra de **Marcel Mauss**, especificamente, a segunda parte da obra, intitulada *Ensaio sobre a dádiva – Forma e razão da troca nas sociedades arcaicas*¹³ e o ponto 8 do *Ensaio de Sociologia*¹⁴; (b) assim como na obra de **Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda**, notadamente a parte que estabelece os planos do negócio jurídico (plano da existência, plano da validade e plano da eficácia) e os conceitos clássicos acerca do objeto no Direito brasileiro; e (c) na **escola do Direito Civil Constitucional**¹⁵. Portanto, o agrupamento dos elementos descritos acima pelos itens (a), (b) e (c) compõem o **marco teórico** da tese.

Desse modo, o pensamento delineado como marco teórico da tese somente se consubstancia possível por meio da preservação da *integridade do sistema* – alcançado por meio de uma interpretação sistemática que contemple no princípio da dignidade da pessoa humana seu valor máximo.

O **objetivo geral** da tese consiste em investigar se o objeto dos contratos de gestação de substituição suporta o conceito de licitude diante da discussão de direitos indisponíveis à luz do atual sistema jurídico brasileiro de regras¹⁶ e de

¹³ Cf. MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Introdução: Claude Lévi-Strauss; tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

¹⁴ MAUSS, Marcel. **Ensaio de Sociologia**. Tradução Luiz João Gaio e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2009.

¹⁵ A análise das categorias trabalhadas na tese se constroem a partir da moldura da escola de Direito Civil Constitucional: dignidade da pessoa humana, autonomia privada, dicotomia entre coisa e pessoa.

¹⁶ Humberto Ávila aponta que “as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos. [...] Reitere-se: as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, na primazia de uma sobre a outra. [...] O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita”. Cf. ÁVILA.

princípios constitucionais. Desse modo, há **três objetivos específicos** na tese: (a) delimitar conceitualmente *objeto*, *licitude* e *ilicitude* na doutrina e na jurisprudência brasileira e verificar se esses conceitos podem ser aplicados na gestação de substituição; (b) investigar se os contratos de gestação de substituição são levados à apreciação do Poder Judiciário brasileiro; e (c) analisar se o Poder Judiciário brasileiro considera os objetos desses contratos de gestação de substituição como objetos lícitos.

Para tanto, a tese está dividida em quatro capítulos. No capítulo 1 encontra-se a demarcação terminológica e algumas definições essenciais empregadas em toda a tese, bem como a análise dos impactos causados pela biotecnologia e pela globalização nos arranjos sociais.

No capítulo 2 será exposto um mapeamento das concepções compreendidas pelas expressões *objeto*, *licitude* e *ilicitude* na doutrina e na jurisprudência brasileira. A razão pela qual se trará o inventário de significados é justificado pela aplicação confusa dos termos. Alcançados os conceitos, passar-se-á à apreciação do instituto da nulidade e suas consequências.

O capítulo 3 examinará atentamente o contrato. Nessa proposta haverá a necessidade de avaliação da interpretação do contrato como instituto regulador dos arranjos sociais, assim como da liberdade e da autonomia privada. Ao final, será discutido e avaliado a suficiência do consentimento como fator de autorregulação do contrato de gestação de substituição.

Por fim, o capítulo 4 discorrerá sobre o consentimento na gestação de substituição, o regulamento da filiação e as alterações experimentadas por influência da gestação de substituição. Será examinada a lacuna legislativa acerca da gestação de substituição, bem como sua avaliação e possível regulação sob a ótica dos contratos atípicos.

1

Noções Propedêuticas

A identificação da terminologia irresoluta no tema da gestação de substituição demandou a fixação de termos e conteúdos aplicados em toda a tese. Tais balizas e o atual estado da arte são firmados a partir deste ponto.

1.1

Gestação de Substituição

1.1.1

Conceito

O conceito de **gestação de substituição** é compreendido como a prática na qual uma mulher gesta o filho de outra pessoa, a quem a criança é entregue após o nascimento.

Diversos são os termos capazes de dar nome e conteúdo quando se trata da popular denominação “barriga de aluguel”. Como forma de uniformização, utilizar-se-á na tese a nomenclatura *gestação de substituição*. A opção pelo termo é justificada por ser a referência trazida em todas as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que versam sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida (em detrimento de outras tantas definições encontradas na doutrina e jurisprudência nacionais, tais como: maternidade substituta, maternidade sub-rogada, gestação substituta, gestação por substituição, gestação por outrem, gestação em útero alheio, barriga substituta, mãe substituta, mãe gestacional, mãe hospedeira, mãe portadora, gravidez de substituição, cessão de útero, aluguel de útero, locação de útero, doação temporária de útero).

1.1.2

Partes envolvidas

Nela poderão estar vinculadas – a depender do caso – as seguintes partes:

(a) **autor(es) do projeto parental**: (a1) mulher sozinha, (a2) homem sozinho, (a3) mulher e homem, (a4) mulher e mulher, (a5) homem e homem; (b) **gestante de substituição ou gestante substituta**: mulher que se propõe a gestar o filho de outra pessoa; (c) **doador de material genético**: (c1) doador de gameta masculino e (c2) doadora de gameta feminino; (d) **clínica ou centro de reprodução assistida**; (e) **profissional médico**.

1.1.3

Impactos da biotecnologia, globalização e atual estado da arte

O título da tese sugere um novo objeto contratual. Ultrapassa-se – nos dias atuais – a possibilidade de celebração de negócios jurídicos, e aqui especificamente de contratos, de natureza patrimonial, somente. Uma nova estrutura contratual é inaugurada pelo arranjo composto pelo(s) autor(es) do projeto parental, centros de reprodução assistida e a gestante de substituição.

Nessa parte serão elencadas algumas considerações iniciais sobre o estágio atual de desenvolvimento biotecnológico e seus reflexos nas relações sociais, notadamente a técnica de reprodução assistida.¹⁷

¹⁷ Edgar Morin demonstra em sua obra a importância em se compreender o conhecimento e a ciência como questões permeadas de fatores positivos e negativos. O choque de valores formado consequentemente pelo progresso biotecnocientífico revela à sociedade a necessidade de controle ético da ciência. Esta motiva inúmeras situações-problemas que serão dirimidas à luz das escolhas ético-político-jurídicas de cada sociedade. Edgar Morin enfatiza que a ciência é complexa porque é inseparável de seu contexto histórico e cultural; não é apenas científica, uma vez que sua realidade é multidimensional; seus efeitos não são simples nem para o melhor, nem para o pior: são profundamente ambivalentes. De acordo como autor, “há três séculos, o conhecimento científico não faz mais do que provar suas virtudes de verificação e de descoberta em relação a todos os outros modos de conhecimento. É o conhecimento vivo que conduz a grande aventura da descoberta do universo, da vida, do homem. [...] É evidente que o conhecimento científico determinou progressos técnicos inéditos, tais como a domesticação da energia nuclear e os princípios da engenharia genética. A ciência é, portanto, elucidativa (resolve enigmas, dissipa mistérios), enriquecedora (permite satisfazer necessidades sociais e, assim, desabrochar a civilização); é, de fato, e justamente, conquistadora, triunfante. E, no entanto, essa ciência elucidativa, enriquecedora, conquistadora e triunfante, apresenta-nos, cada vez mais, problemas graves que se referem ao conhecimento que produz, à ação que determina, à sociedade que transforma. Essa ciência libertadora traz, ao mesmo tempo, possibilidades terríveis de subjugação. Esse conhecimento vivo é o mesmo que produziu a ameaça do aniquilamento da humanidade. Para conceber e compreender esse problema, há que acabar com toda alternativa da ciência “boa”, que só traz benefícios, ou da ciência “má”, que só traz prejuízos. Pelo contrário, há que, desde a partida, dispor de pensamento capaz de conceber e de compreender a ambivalência, isto é, a complexidade intrínseca que se encontra no cerne da ciência”. (MORIN, Edgar. **Ciência com**

Em 2010 foi lançada uma pesquisa internacional denominada *Bio-objects and their Boundaries: Governing Matters at the Intersection of Society, Politics and Science*¹⁸, financiada pela *European Cooperation in Science and Technology*¹⁹ (COST). O projeto – com previsão de término em dezembro de 2014 – conta com a colaboração de profissionais de 21 países com diferentes formações acadêmicas: Áustria, Austrália, Bélgica, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Hungria, Islândia, Itália, Holanda, Nova Zelândia, Polônia, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. O estudo possui por pretensão a compreensão e o aperfeiçoamento do que o projeto denominou de *bio-objetos* nas diferentes configurações socioculturais e políticas. Por *bio-objetos* – segundo esta pesquisa – compreendem-se, a título de exemplo, as amostras de tecido humano retirados de um paciente que foram congeladas e mantidas em um repositório de tecidos, juntamente com seus registros clínicos; organismos geneticamente modificados; células-tronco e embriões produzidos pela técnica de fertilização *in vitro*. Destacam, ainda, que não é possível determinar com exatidão todas as possibilidades de *bio-objetos*, uma vez que novas descobertas na área de pesquisa são feitas com frequência. Portanto, outros tipos podem ser acrescentados ao rol.

Os *bio-objetos* rompem, desse modo, com suas fronteiras convencionais de identidade, forma e categoria (promovendo o que o projeto identifica por processo de *bio-objetificação*²⁰), gerando espaço para discussão que permeia os limites do que se considera humano e objeto ou entre o natural e o artificial. Uma das perguntas que podem ser formuladas em torno de toda essa avaliação é de que

consciência. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 15-16).

¹⁸ Traduzido livremente por “Bio-objetos e suas fronteiras: assuntos sociais na intersecção da sociedade, política e ciência”. O sítio eletrônico do projeto pode ser acessado em: <http://www.univie.ac.at/bio-objects/>. Outros artigos podem ser conferidos sobre a pesquisa: HOLMBERG, Tora; SCHWENNESEN Nete; WEBSTER Andrew. Bio-Objects and the Bio-Objectification Process. *Croatian Medical Journal*, vol. 52(6), 2011, p. 740–742; METZLER, Ingrid; WEBSTER Andrew. Bio-Objects and Their Boundaries: Governing Matters at the Intersection of Society, Politics and Science. *Croatian Medical Journal* vol. 52(5), 2011, p. 648–650; MAESELE, Pieter *et al.* Bio-Objects Political Capacity: A Research Agenda. *Croatian Medical Journal*, vol. 54(2), 2013, p. 206–211; SVALASTOG, Anna Lydia. The Value of Bio-Objects and Policy Discourses in Europe. *Croatian Medical Journal*, vol. 55(2), 2014, p. 167–170; Vermeulen, Niki; TAMMINEN, Sakari; WEBSTER, Andrew. **Bio-Objects: Life in the 21 st Century**. England: Ashgate, 2012.

¹⁹ Cooperação Europeia em Ciência e Tecnologia.

²⁰ *Bio-objetificação* é definido no projeto como aquelas intervenções tecnológicas através das quais procura-se domar ou controlar a vida.

maneira esses *bio-objetos* estão transformando e são capazes de transformar as relações sociais e, em contrapartida, as categorias de coisa, objeto e pessoa.

O isolamento dos gametas masculino e feminino e do embrião, por exemplo, vistos como objetos destacados do corpo humano adquirem nova configuração e valor para o mercado – aqui identificados os ganhos econômicos advindos de diagnósticos, tratamentos médicos, alterações em sua estrutura orgânica original. Tudo isso, aliado às inúmeras possibilidades de arranjos sociais, gera conflitos com valores fundamentais de um ordenamento jurídico. Com o ordenamento jurídico brasileiro, certamente.

Diante do maior acesso às técnicas de reprodução assistida, em especial à gestação de substituição, os conflitos e questionamentos surgidos a partir dessas novas possibilidades demandam uma regulamentação legal específica. Mas já se adianta que **existe, no ordenamento jurídico brasileiro, uma regulamentação geral, no que toca aos negócios jurídicos, e que poderia ser aplicada aos contratos de gestação de substituição**. Ainda que se trate de um contrato que esteja na fronteira das relações jurídicas patrimoniais e existenciais. Nesse sentido, de modo a contribuir para o exame do contrato de gestação de substituição e quanto à validade do contrato e suas consequências, propõe-se sua avaliação sob a ótica dos institutos vigentes no ordenamento jurídico nacional.

Outra ocorrência que indica a importância do debate foi a organização de um grupo de pesquisadores pela **Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado**²¹ – também em 2010 – a fim de estudar as questões de Direito Internacional Privado sobre a gestação de substituição internacional e seus contornos quanto aos direitos de filiação das crianças nascidas nesse contexto. As questões decorrentes dos acordos de gestação de substituição internacionais são o foco dessa agenda²².

²¹ Remete-se à leitura da página da Conferência da Haia que trata do tema da gestação de substituição e permite o acesso aos diversos documentos produzidos até fevereiro de 2015. Cf. **The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements**. Disponível em: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178.

²² Sobre o tema, cf. TRIMMINGS, Katarina and BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International level**. Oxford: Hart Publishing, 2013. Destaca-se que na obra organizada por Katarina Trimmings e Paul Beaumont, que a primeira parte trata dos relatórios nacionais de contratos de gestação de substituição (*national reports on*

Algumas considerações podem ser traçadas a partir do exame dos documentos organizados pela Conferência da Haia²³: (a) a gestação de substituição pode ser desenvolvida em âmbito nacional (no país de residência dos autores do projeto parental) ou internacional; (b) a gestação de substituição pode ocorrer na modalidade tradicional ou gestacional. A **gestação de substituição tradicional** se concretiza mediante a utilização do óvulo da própria gestante substituta. Já na **gestação de substituição gestacional** não há a utilização de material genético da gestante de substituição. Os gametas podem ser do(s) autor(es) do projeto parental ou de doadores. (c) Tanto a gestação de substituição tradicional quanto a gestacional podem decorrer de arranjo altruísta ou comercial. (d) O projeto recebeu a colaboração de 22 países que podem ser agrupados nos seguintes grupos: (d1) **grupo dos países que possuem uma abordagem contrária à gestação de substituição de forma expressa**: alguns estados dos Estados Unidos, Espanha, Alemanha, China e França; (d2) **grupo dos países que não regulamentam a gestação de substituição**: alguns estados dos Estados Unidos, Irlanda, República Checa, Bélgica, Países Baixos, Hungria, Uganda, Romênia e Brasil; (d3) **grupo dos países considerados neutros**: Austrália, Israel, Rússia, Grécia, Reino Unido, Nova Zelândia e África do Sul; (d4) **grupo dos países com abordagem liberal para a gestação de substituição**: alguns estados dos Estados Unidos, Índia e Ucrânia.

O estudo dos relatórios emoldura a dedução de que **a maioria dos países apresentou pouca ou nenhuma legislação regulamentadora da gestação de substituição**. Em face desse contexto, menciona-se que as conclusões destacadas levaram em consideração as informações constantes nos documentos elaborados entre 2010 e 2015 pela Conferência da Haia. Portanto, o panorama pode ser modificado, a qualquer momento, mediante a alteração da posição adotada pelos países sobre o tema.

surrogacy), em que 25 nações – dentre elas o Brasil – apresentam o atual estado da arte. Indica-se a leitura, especialmente o ponto 4 da parte 1, da obra, por abordar a temática em âmbito brasileiro pelas professoras Nadia de Araújo, Daniela Vargas e Letícia de Campos Velho Martel.

²³ Todos os documentos organizados pelo projeto podem ser consultados no sítio eletrônico da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

Sob a **ótica brasileira**, a prática da gestação de substituição possui previsão somente na resolução do Conselho Federal de Medicina. Entretanto, tal previsão não se mostra suficiente para limitá-la à modalidade gratuita, tendo em vista a enorme quantidade de anúncios encontrados em uma simples busca na internet. Ao utilizar o termo de busca “quero alugar minha barriga” no *Google*, chega-se à marca de aproximadamente 279 mil resultados²⁴.

Até o ano de 2015, registrou-se o histórico de quatro resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema: Resolução n. 1.358/1992; Resolução n. 1.957/2010; Resolução n. 2.013/2013 e Resolução n. 2.121/2015. A Resolução de 1992 vigeu por 18 anos, quando foi revogada integralmente pela Resolução de 2010. Esta foi revogada pela Resolução de 2013 que, por sua vez, foi revogada pela Resolução de 2015. Interessante ponderar que para parte da doutrina brasileira, tais resoluções não se revestem de força normativa. São consideradas como regras deontológicas: representam uma diretriz para a solução dos casos concretos diante da ausência de regras jurídicas específicas sobre o tema²⁵. Desde 2010 essas resoluções – diante da não atuação do Poder Legislativo – têm auxiliado na análise, compreensão e solução dos casos trazidos a julgamento. A tese a reconhece como lei em sentido material. Nesse sentido, todas as quatro resoluções explicitam no item 2 do tópico VII que a prática da gestação de substituição “*não poderá ter caráter lucrativo ou comercial*”. Portanto, somente é permitida – no Brasil – a prática da gestação de substituição gratuita.

²⁴ A busca foi realizada no dia 02 de dezembro de 2015.

²⁵ Cite-se, por todos, BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, 2000, p. 209-216; BARBOZA, Heloisa Helena. A Família e o Direito: antigos e novos desafios. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano I, n. 1, jan./jun., 2000, p. 145-150; RESOLUÇÃO do CFM é evolução, mas ainda é necessário lei sobre o tema, diz especialista. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5033/novosite> Acesso em jan. 2015; TRF1 sustenta decisão que permite técnica de fertilização in vitro em mulher com mais de 50 anos. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5508/TRF1+sustenta+decis%C3%A3o+que+permite+t%C3%A9cnic+a+de+fertiliza%C3%A7%C3%A3o+in+vitro+em+mulher+com+mais+de+50+anos> Acesso em jan. 2015. Heloisa Helena Barboza considera a resolução do CFM – que trata da matéria de reprodução assistida – como dispositivo deontológico. Para a autora, a resolução apresenta “normas que devem ser cumpridas pelos médicos, não tendo, portanto, força obrigatória para quem não pertence à classe médica”. Destaca, ainda, que a matéria, em virtude de sua complexidade, merece um tratamento mais detalhado e com regra jurídica que “facilite a compreensão do alcance das disposições”. No mesmo sentido, MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, jan./dez. 2013, p. 221-242; FERRAZ. Ana Carolina Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da responsabilização**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57.

De acordo com a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, somente pode ser gestante substituta a mulher, previamente participante da técnica de reprodução assistida e mediante contrato, que gestar e entregar a criança ao(s) autor(es) do projeto parental. Deverá, ainda, ser parente de até quarto grau (mãe; irmã ou avó; tia ou prima) de um do(s) autor(es) do projeto parental. A novidade estabelecida pela Resolução n. 2.121/2015 do CFM foi a retirada da polêmica limitação quanto à idade da gestante de substituição. A Resolução n. 2.013/2013 do CFM previa no tópico VII, item 1 que “*as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau [...], em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos*”. Tal restrição recebeu inúmeras críticas – da própria sociedade e de operadores do Direito – uma vez que predeterminava um limite etário à realização do planejamento familiar. De acordo com os adeptos da crítica, não caberia a uma resolução de cunho deontológico estabelecer tal exceção, justamente por não observar a autonomia – concedida pelo texto constitucional²⁶ – dos indivíduos quanto ao período mais adequado de realização desse projeto. Apesar de a Resolução n. 2.121/2015 ter retirado a regra quanto à restrição etária, a fez constar, na forma de recomendação, na parte em que prevê os princípios gerais das normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Expõe, portanto, a resolução vigente, que “*As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos*”.²⁷ Resta claro que, não obstante a restrição etária ter sido excluída da

²⁶ Segundo a redação do artigo 266, § 7º, da CRFB/1988: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

²⁷ Essa é a transcrição do tópico I (princípios gerais), item 3, da Resolução n. 2.121/2015 do CFM. Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.121/2015. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf Acesso em: 10 nov. 2015.

resolução vigente, a decisão final quanto à realização das técnicas de reprodução assistida caberá ao médico responsável.²⁸

Embora exista limitação imposta pela Resolução 2.121/2015 do CFM quanto ao pagamento, em termos concretos, a gestação de substituição pode apresentar caráter *gratuito*²⁹ ou *comercial*³⁰, a depender do fato de a gestante de substituição ser ou não recompensada financeiramente pela gestação. Caso seja a hipótese de *gestação de substituição comercial*, além do pagamento das despesas naturais que a gestante venha a ter com a gravidez, os autores do projeto parental realizam o pagamento de uma remuneração – como forma de compensação pela prestação de fazer. Já na *gestação de substituição gratuita*, os autores do projeto parental não oferecem qualquer remuneração, custeando apenas as despesas naturais advindas da gravidez. Nessa última hipótese é mais comum a identificação dos casos de gestação em que se comprova o parentesco consanguíneo de até quarto grau de qualquer dos autores do projeto parental: mãe; irmã ou avó; tia e prima. Portanto, na hipótese de gestação de substituição desenvolvida fora dessa delimitação, ou seja, de a gestante de substituição não pertencer à família do(s) autor(es) do projeto parental, será necessária autorização do Conselho Regional de Medicina do estado deste(s), conforme ilustra a Consulta n. 126.750/05³¹ do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP. A própria Resolução n. 2.121/2015 do CFM estabelece em seu tópico IX (disposições finais) que os casos não contemplados nessa resolução, e por isso considerados excepcionais, dependerão de autorização do Conselho Federal de Medicina.³² A título de informação, a Resolução n. 2.013/2013 do

²⁸ De acordo com o tópico I, que prevê os princípios gerais, itens 2 e 3 da Resolução n. 2.121/2015 do CFM: “2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o (a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos. 3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos”.

²⁹ Considerada, inclusive, a denominação *altruísta*.

³⁰ Compreendida também pela expressão *onerosa*.

³¹ CREMESP. Consulta n. 126/750/05. Assunto: Autorização para a transferência de embriões para uma terceira pessoa/receptora. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=7258&tipo=PARECER&origao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=126750&situacao=&data=11-07-2007> Acesso em: 12 jul. 2015.

³² Está expresso no item I do tópico VII da Resolução 2.121/2015 – que versa sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero) – que “As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro

CFM, no tópico IX, diferentemente da resolução atual, dispunha que “*Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina*”.

Identifica-se pelo texto das Resoluções do CFM de 1992 e 2010 que inicialmente cabia aos Conselhos *Regionais* de Medicina decidir sobre a exceção de a gestante de substituição não possuir parentesco de até segundo grau com a autora do projeto parental. Interessante destacar que essas duas resoluções identificavam que a autora do projeto parental deveria ser a “doadora genética”. Posteriormente, as Resoluções do CFM de 2010 e de 2015 omitiram esse mesmo trecho (na parte que trata da gestação de substituição – tópico VII) e o levaram para a regra geral. Ou seja, as resoluções de 2010 e 2015 passaram a determinar que casos excepcionais (e agora não limitam a exceção ao parentesco de até segundo grau) serão levados à apreciação do Conselho *Federal* de Medicina. Portanto, competirá ao Conselho *Federal* de Medicina a fornecer autorização a todos os casos excepcionais ao texto da resolução.

Classicamente, os conceitos *maternidade* e *gestação* poderiam ser considerados inseparáveis: a gestação era o prenúncio da maternidade (se se considerasse o aspecto biológico). Caso se tratasse da maternidade originária de laços afetivos, as expressões maternidade e gestação não conservariam conexão.

Pela presunção de maternidade *mater semper certa est* considerava-se mãe aquela que gestava e dava à luz. Vislumbrava-se um critério biológico. Este critério cedeu lugar ao critério afetivo, no qual a filiação se desenvolve através do estabelecimento do vínculo afetivo entre os entes daquela entidade familiar. Com as intensas alterações trazidas pelas técnicas de reprodução assistida – notadamente da gestação de substituição – essa premissa passa por uma nova interpretação. Deste modo, a ilação de que a mãe é sempre certa não se sustenta atualmente, pois a maternidade tem se norteado – além do vínculo biológico e do afetivo – pela vontade daquele(s) que idealizou(aram) o projeto parental. A hipótese se mostra um pouco mais complicada no caso da gestação de

grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”. Já o tópico IX, que trata da disposição final da resolução, menciona que “Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Federal de Medicina”.

substituição, uma vez que o critério definidor do vínculo parental encontra-se na vontade livre e consciente do(s) indivíduo(s). Neste último caso, o critério biológico demonstra-se insuficiente como parâmetro estabelecido da filiação. É interessante observar que aplicar-se-á o raciocínio norteador da procriação tradicional, pois substitui-se a relação sexual pela idealização do projeto parental e, em outros casos, pela afetividade.

No final do século XX, o nascimento da primeira criança proveniente da técnica da fertilização *in vitro*³³ – Louise Joy Brown (05 de julho de 1978) – torna concreta a possibilidade de concepção de seres humanos *in vitro*. Em outros termos, a união do gameta masculino e feminino se realiza fora do corpo humano, ou seja, de forma extracorpórea. A partir dessa concepção extracorpórea, as referências de maternidade e paternidade são reorganizadas social e juridicamente. O Código Civil brasileiro contempla a presunção da filiação na hipótese de fecundação artificial heteróloga (considerada a técnica que faz uso de material genético de doador), desde que exista prévia autorização do marido para a realização de tal procedimento³⁴.

A possibilidade em se gestar uma criança para outra pessoa³⁵ trouxe novas indagações a respeito da determinação da maternidade. Os papéis foram alterados, graças ao avanço da tecnologia na área de reprodução humana. No caso da gestação de substituição é possível identificar os papéis desempenhados pelos

³³ Sobre a medicalização da reprodução humana e da separação de aspectos biológicos, éticos, morais e sociais, consultar: ATLAN, Henri. **L'úterus artificial**. Paris: Seuil, 2005; LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Tradução Marina Appenzeller. 3. ed. Campinas: Papyrus, 2008; CATTO, Marie-Xavière. La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts? **La Revue des droits de l'homme**, 3, 2013. Disponível em: <http://revdh.revues.org/201>; ORTEGA, Francisco; ZORZANELLI, Rafaela. **Corpo em evidência: a ciência e a redefinição do humano**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010; MACKLIN, Ruth. *Surrogates & others mothers. The debates over assisted reproduction*. Philadelphia: Temple University Press, 1994, especialmente o capítulo 3; KRAWIEC, Kimberly D. Altruism and intermediation in the market for babies. In: **WASH & LEE L. Rev.** 203 (2009), p. 203-257; FIELD, Martha A. **Surrogate motherhood: the legal and human issues**. (expanded edition) United States: Harvard University Press, 1990; GRUENBAUM, Daniel. Foreign Surrogate Motherhood: *Mater Semper Certa Erat* (2012). **60 American Journal of Comparative Law** 475 (2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2056899>.

³⁴ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V – *havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.*” Sem destaque no original. Cf. Código Civil de 2002.

³⁵ Nesta tese a utilização das expressões pessoa e indivíduo são feitas de modo a compreender seus significados de modo aproximado. Ainda que se possa estabelecer uma discussão acerca do conteúdo que cada uma denota, seu uso – aqui – é feito com vistas a concebê-las de modo sinônimo.

sujeitos em tal relação: (a) a autora do projeto parental; (b) a gestante e (c) a doadora do material genético³⁶. Ingeborg Schwenzer, ao constatar as múltiplas combinações pensadas em torno da identificação da maternidade, constrói o conceito de *maternidade cindida (split motherhood)*. O conceito de maternidade para a autora não se manifesta de modo único. Pelo contrário. Conforme destacado anteriormente, a autora reforça a tese na qual existem até três formas de identificação da maternidade: pela gestação (*parentage by birth*), pela origem genética (*genetic descente*) e pelo projeto parental (*parentage by intention*).³⁷

No Código Civil brasileiro existe determinação apenas quanto à paternidade.³⁸ Quanto à maternidade, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), há uma presunção de que mãe é aquela que dá à luz, conforme se comprova no artigo 10. As considerações traçadas nos incisos II (“identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da *mãe* [...]”) e IV (“fornecer *declaração de nascimento* onde constem necessariamente as *intercorrências do parto* [...]”) deste artigo 10 somente podem ser interpretadas no sentido de considerar *mãe aquela que deu à luz*. Entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente não apresenta uma definição clara e expressa do que seria maternidade.³⁹ Do mesmo modo, não se

³⁶ David Le Breton sustenta que a criança pode ter três mães (a genética, a uterina e a social) e dois pais (genético e social). Cf. LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Tradução Marina Appenzeller. 3. ed. Campinas: Papirus, 2008, p. 68.

³⁷ SCHWENZER, Ingeborg. **Model family code: from a global perspective**. Antwerpen: Intersentia, 2006, p. 96-99. Acesso em 10 fev. 2015. Disponível em: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6428/20111027161123_4ea9668bdfd0f.pdf

³⁸ Quanto à paternidade, pode-se citar o artigo 1.597, do Código Civil de 2002: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

³⁹ O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – (Lei 8.069/1990), especialmente no artigo 10, prevê que “Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V - *manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.*” (Sem grifo no original). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm.

contempla – no artigo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente – a possibilidade de a mulher que dá à luz não ser a autora do projeto parental, tampouco a doadora do material genético e sequer a existência de consentimento prévio e válido no caso da gestação de substituição.

O Direito de Família, a exemplo do Direito Contratual, tem sofrido transformações constantes por consequência do avanço das técnicas de reprodução assistida. Quando se trata especificamente de filiação, o direito sempre buscou auxílio em presunções. Quer seja pela dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguma pessoa, quer seja em razão de obstáculos constituídos por preceitos históricos provenientes de uma sociedade caracteristicamente patriarcal e matrimonial⁴⁰. É o caso da (a) presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*⁴¹; (b) da presunção relativa de paternidade diante da recusa⁴² à perícia de DNA⁴³; (c) da presunção de paternidade dos filhos concebidos 180 dias antes do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal⁴⁴; (d) da

⁴⁰ Segundo o artigo 233 do Código Civil de 1916: “O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família; II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial; III. O direito de fixar o domicílio da família; IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal; V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.” Cf. BRASIL. Lei nº 3.071. Institui o Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 03 jan. 2015.

⁴¹ Por tal premissa entendia-se a literalidade do artigo 337 do CC/1916: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nullo, se se contrabuiu de boa fé (art. 221)”. Cf. BRASIL. Lei nº 3.071. Institui o Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 03 jan. 2015.

⁴² De acordo com a Súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27301%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27301%27).sub). Acesso em: 21 jan. 2015. Essa presunção é relativa, uma vez que se admite prova em contrário.

⁴³ O entendimento da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça – nos casos em que há recusa do réu em realizar o exame de DNA – é no sentido de considerar a presunção de paternidade dentro do conjunto de provas levantado no processo. A recusa não acarreta automaticamente a procedência do pedido, pois reputa-se necessário que o autor da ação de paternidade apresente indícios mínimos da existência de relacionamento entre a genitora e o investigado. De acordo com o ministro Luís Felipe Salomão, que proferiu o voto vencedor na 4ª turma, a questão deve ser tratada da mesma forma como quando há revelia em processo de investigação de paternidade. Nesses casos, os fatos alegados não podem ser considerados verdadeiros, vez que cabe ao autor apresentar prova mínima dos fatos alegados. (O número do processo não está disponível, conforme informa o sítio eletrônico, pois o mesmo tramita em segredo de justiça). Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 09 jan. 2015; disponível, ainda, em <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Boletins/GapriInformaNovembro2014.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2015.

⁴⁴ As presunções enumeradas de (iv) a (vii) tratam das hipóteses de presunção de paternidade previstas expressamente no art. 1.597 do CC/2002: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade

presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo falecido o marido; (e) a presunção de paternidade dos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; (f) da presunção de paternidade dos filhos havidos por meio de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Identifica-se, portanto, que algumas presunções apenas se desenvolveram como consequência das transformações decorrentes da biotecnologia: é o caso da identificação da filiação através do exame de DNA, que confere certeza à possível dúvida quanto ao vínculo biológico. Entretanto, a biotecnologia também trouxe algumas perplexidades: dúvida acerca da paternidade ou maternidade da pessoa que for doadora anônima de gametas ou embriões⁴⁵ (que, no Brasil, deve ser tratada na forma do sigilo ou anonimato); e questionamento no que tange à maternidade da gestante de substituição, por exemplo (aqui delineiam-se as hipóteses da gestante de substituição que cede apenas o útero e da que cede o útero e o óvulo).

O fundamento ético norteador da separação entre *autonomia, corpo e comércio* perpassa a exploração – na hipótese da tese – do corpo feminino, a eugenia, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana. O impacto da objetificação não pode ser previsto: tanto poderá ser um recurso capaz de garantir escolhas individuais e facilitar a emergência de novas configurações de autonomia, família e filiação, como poderá fragmentar as concepções vigentes de família e exacerbar o individualismo. Diante de casos concretos é possível a identificação da vulgarização da vida humana.

Na realidade, o que se tem apresentado por consequência imediata dos avanços da tecnologia na área de reprodução humana é a transformação dos

conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” Destaca-se que o Código Civil de 2002 apenas previu a presunção de paternidade, silenciando-se quanto à maternidade.

⁴⁵ No caso de doador de material genético (gametas ou embriões, por exemplo) existe a regra do anonimato. A Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina estabelece que “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. [...] Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).” Cf. Parte IV – Doação de gametas ou embriões, itens 2 e 4.

indivíduos em *consumidores de tecnologia*. Ao tomar como inspiração a obra *A Sociedade de Consumo* de Jean Baudrillard⁴⁶, conclui-se que os objetos servem à satisfação das vontades e que a sociedade pós-moderna é uma sociedade de consumo, na qual o indivíduo é consumidor. E acrescentaria, por que não, à ideia de Baudrillard, a noção de indivíduo que se converte em objeto para essa sociedade de consumo. Sua obra, relida sob os olhares das técnicas de reprodução assistida, produz sentimentos dos mais diversos. Surpresa: pela atualidade do tema. Espanto: pelo perigo da instrumentalização das pessoas. Perplexidade: pela aproximação do objeto ao ser humano. Ou melhor, pela *ocupação* do lugar de *objeto pelo ser humano*.

Infelizmente essa inversão de lugares (entre objeto e pessoa) é uma realidade.⁴⁷ A questão que se impõe é a relativização de institutos e valores que não aceitam caráter que não seja o *absoluto*. Talvez a razão capaz de promover o crescimento de atitudes flexibilizadoras seja o reconhecimento do *outro* como *algo* do qual se possa dispor. A ver. Um primeiro exemplo trazido é o da

⁴⁶ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011; BAUDRILLARD, Jean. **El sistema de los objetos**. Tradução Francisco González Aramburu. México: Siglo XXI, 1969; BAUDRILLARD, Jean. **Senhas**. Tradução Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001.

⁴⁷ A literatura produzida a esse respeito é bem vasta. Cf. ABREU, Laura Dutra de. **A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008; ARAÚJO, Nadia de. VARGAS, Daniela. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: IBDFAMLex Magister, 2012; AUDI, Tamara; Chang, Arlene. Nasce um novo e fértil setor, o de bebês globais. **The Wall Street Journal**. Disponível em: <http://br.wsj.com/articles/SB129219744469065753?tesla=y> Acesso em 30 jul. 2015; ERGAS, Yasmine. **Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2177314> Acesso em: 30 jul. 2015; SEYMOUR, John; MAGRI, Sonia. **A.R.T., Surrogacy and Legal Parentage: a Comparative Legislative Review**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1936469> Acesso em: 30 jul. 2015; BROWNSWORD, Roger. **Biotechnology and Rights: Where are we Coming From and Where are we Going?** In: KLANG, Mathias; MURRAY, Andrew. **Human Rights in the Digital Age**. London: GlassHouse Press, 2005; HARMON, Shawn. **A Penny For Your Thoughts, A Pound For Your Flesh: Implications of Recognizing Property in Human Body Parts**. In: **Medical Law International**. Edinburgh School of Law Working Paper Series University of Edinburgh, 2011, p. 329-354; BELLIVIER, Florence. et all. **Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats: le droit français**. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**. vol. 58, n° 2, 2006, p. 275-318; SMITH, Chandra. **Surrogacy and India: a legal perspective**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1762401> Acesso em: 25 mai. 2015; PUPPINCK, Grégor. **ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy Regarding the Menesson v France and Labassee v France cases (n°65192/11 & n°65941/11)**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2500075> Acesso em: 25 mai. 2015.

devolução⁴⁸ de crianças e adolescentes em processo de adoção no Brasil⁴⁹. Apesar de não haver um número oficial de casos de devolução de crianças e adolescentes em âmbito nacional, os números a que se teve acesso demonstram que a prática tem crescido de modo preocupante. Segundo reportagem veiculada em 2011, em Santa Catarina, 3 em cada 10 crianças e adolescentes que vivem em abrigos já passaram por, pelo menos, uma experiência de devolução. Em São Paulo, 11% das crianças disponíveis para adoção na Associação Maria Helen Drexel já foram devolvidas. No Rio de Janeiro, 8 crianças foram devolvidas no primeiro semestre de 2011 em apenas uma Vara da Infância. Em Mato Grosso do Sul, 5% das adoções resultam em crianças devolvidas.⁵⁰ Outra situação é ilustrada com o caso de abandono⁵¹ de crianças oriundas de técnicas de reprodução assistida⁵². Através desses dois exemplos concretos chega-se ao ponto máximo de aproximação entre pessoa e objeto na sociedade contemporânea.

⁴⁸ Toma-se aqui a devolução da criança ou do adolescente como o ápice de uma relação constituída por conflitos intransponíveis. Sobre a questão, cf. GHIRARDI, Maria Luiza Assis Moura. **A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono**. 2008. 131 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁴⁹ A título de exemplo, cite-se o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa se transcreve: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA”. A apelação é decorrente de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público de Minas Gerais em nome de N. G. S., menina devolvida ao final do processo de adoção pelos apelantes. O casal foi condenado – em decisão de primeira instância – ao pagamento de R\$ 15 mil reais a título de danos morais. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>. Acesso em: 19 jan. 2015.

⁵⁰ Cf. AZEVEDO, Solange. O segundo abandono. *Istoé*, Edição n. 2188, 14 out. 2011. Disponível em: http://www.istoec.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO. Acesso em: 19 jan. 2015.

⁵¹ O caso a que se faz menção é o do bebê – nascido através de gestação de substituição – abandonado pelos pais australianos em razão de ser portador da síndrome de Down. Hoje o bebê é criado pela gestante de substituição tailandesa. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/08/bebe-abandonado-vai-para-hospital-especializado-em-sindrome-de-down.html>. Acesso em: 19 jan. 2015.

⁵² Há um caso em Curitiba em que três meninas nasceram por inseminação artificial e foram levadas pelo Conselho Tutelar para um abrigo, pois o pai rejeitou uma das crianças. Cf. BEBÊS SÃO LEVADOS PARA ABRIGO DEPOIS DA REJEIÇÃO DO PAI, DIZEM MÉDICOS. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2011/04/pais-fazem-inseminacao-artificial-e-rejeitam-um-dos-bebes-diz-medico.html>. Acesso em: 19 jan. 2015.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman realiza – em sua vasta obra⁵³, guiada pela fluidez dos vínculos intersubjetivos – uma análise interessantíssima da irradiação que o afeto, a tecnologia e o capital exercem em tais relações. Quando trata do consumo, o autor avalia se ainda sobrevivem quaisquer barreiras com relação ao mercado, de modo a refletir sobre quais são os novos objetos disponíveis para o consumo. De igual modo, ao tratar da globalização, menciona a sensação de liberdade experimentada pelos indivíduos, seja no âmbito de constituir relações negociais, de afeto, de intercâmbio cultural e até mesmo de transferência de tecnologia. Nas palavras do autor, a ausência de “fronteiras naturais” atribui aos indivíduos uma nova percepção de participação e ocupação do espaço geográfico.

A tecnologia, nesse ponto, admite-se, propicia a aproximação de pontos distantes do globo. Mas fica o questionamento se tal aproximação se desenvolve, efetivamente, com o cuidado necessário a uma percepção de mundo e valores sedimentados na outra cultura. Em outros termos, a avaliação das ações e comportamentos considerados justos/injustos, aceitáveis/inaceitáveis, atuais/ultrapassados refere-se ao modo pelo qual aquela sociedade lida com as questões levadas à apreciação. A obra de Bauman auxilia no fortalecimento da ideia inicial que se esboçava – e que se confirma – sobre as relações estabelecidas em sociedade, na medida em que se verifica, na prática, a alteração de significação da linguagem dos direitos: dia após dia os cidadãos tornam-se “clientes”⁵⁴ (expressão utilizada por Bauman). Sob o olhar atento de Zygmunt

⁵³ Acerca da obra de Zygmunt Bauman, faz-se, aqui, referência a BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008; BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

⁵⁴ Apenas a título de curiosidade, as expressões “cliente” e “consumidor” não são compreendidas por sinônimas pelo *marketing* ou pela administração mercadológica. Por consumidor entende-se a pessoa física ou jurídica que adquire algo para seu uso e não com intuito de revendê-lo. Para o *marketing*, “consumidor é o que adquire bens sem estabelecer um vínculo comercial a longo prazo com a empresa, restringindo-se ao atendimento das suas necessidades no momento da compra”. O que diferenciaria o cliente do consumidor é a fidelização. Ou seja, o que caracteriza o cliente é a habitualidade de comprar em uma mesma empresa, seja porque ela possui o melhor produto, o melhor atendimento, a melhor assistência pós compra, etc. Para os que vislumbram diferença na denominação, a relação entre o cliente e a empresa é de longo prazo. Portanto, um dos objetivos do *marketing* é estudar o comportamento do consumidor, com vistas a fidelizar o público alvo. Cf. Zober, Martin. **Administração Mercadológica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971.

Bauman, “a globalização tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”.⁵⁵ Incluem-se nesse extrato de pensamento: Adela Cortina e Stefano Rodotà⁵⁶, cujas justificações alcançam a interligação entre a globalização do mercado, tecnologia e – a tão necessária – globalização de direitos.

Adela Cortina estabelece oito características fundamentais do processo de globalização. Assim as elenca: (i) a revolução da informática; (ii) a capacidade de deslocamento das indústrias inteligentes; (iii) a eliminação das barreiras (de mercadorias, de capital financeiro, de trabalhadores); (iv) a volatilidade dos mercados de capitais; (v) a universalização do idioma inglês; (vi) a universalização dos padrões de vida dispendiosos, instaurados pelos meios de comunicação; (vii) a criação de organismos internacionais não geridos por governos, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional ou a Organização Mundial do Comércio; e (viii) a universalização da ideologia neoliberal, compreendida de uma forma muito determinada. De acordo com Adela Cortina, não é difícil encontrar justificativa que responda à questão acerca do surgimento da globalização. A seu ver, o fenômeno é consequência direta do capitalismo e se deve ao incremento tecnológico que tornou possível o aumento da produtividade com menor volume de trabalho. Quanto às consequências decorrentes da globalização, destaca a ampliação do distanciamento entre os países ricos e os pobres, mas também entre os ricos e os pobres de cada um desses países. Portanto – complementa – se a globalização é um fenômeno irreversível, como de fato tem se demonstrado, a resistência ante tal fenômeno deveria consistir, não em exigir uma “*globalización no*”, mas uma globalização que se oriente de outra forma, que venha dirigida por outros valores e persiga outras metas.⁵⁷ A autora constata um triste fato: se as diferenças entre países e entre as pessoas desses países aumentarem de forma tão rápida que não se possa fazer o caminho de volta, estar-se-ia inaugurando a chamada “*sociedad del riesgo*

⁵⁵ BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 08.

⁵⁶ Sobre o tema, consultar: RODOTÀ, Stefano. Nouvelles technologies et droits de l'homme: faits, interprétations, perspectives. **Mouvements** n. 62, avril-juin 2010. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-mouvements-2010-2.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

⁵⁷ CORTINA, Adela. Ética y globalización. In: CASABONA, Carlos María Romeo. (Ed.) **Biotecnología, desarrollo y justicia**. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2008, p. 44-46.

global”. Para ela, quatro fatores fundamentais oferecem as coordenadas dessa sociedade de risco. (i) Como primeiro fator, o *risco ecológico*. Adverte, nesse ponto, que os recursos naturais não renováveis estão se esgotando e os dejetos químicos, contaminando o meio ambiente de forma irreversível. Por medida plausível, propõe o desenvolvimento sustentável através da conservação dos ecossistemas como forma de assegurar a sobrevivência e o bem-estar das gerações presentes e futuras. (ii) O segundo risco tornou-se possível graças ao *avanço da biotecnologia*. Aqui a biotecnologia é compreendida de forma ampla, ou seja, abarca seres humanos, animais, plantas e todos os demais seres vivos não humanos. Os otimistas veem na biotecnologia a possibilidade de desenvolvimento sustentável; os moderados pedem cautela perante modificações que podem ser irreversíveis e exigem observância ao princípio da precaução; e os pessimistas se orientam por essa heurística do temor. (iii) O terceiro risco são as *armas de destruição em massa*. A autora faz uma comparação do poder de destruição das armas convencionais – que já expõem o ser humano a situações de perigo – com novas armas que podem colocar em perigo populações inteiras. Para ela, o risco bélico e a realidade da guerra são constantes. (iv) O último seria o *risco econômico* que conduz a uma inegável instabilidade econômica.⁵⁸

Stefano Rodotà adverte que diante da globalização, faz-se necessária a construção e estabelecimento de critérios identificadores do que obedecerá à lógica de mercado e o que não poderá ser submetido a essa ótica. Faz menção ao que denominou de corpo “*desterritorializado*”. Exemplifica a questão ao lembrar que a Convenção de Biomedicina do Conselho da Europa – 1997, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano – 1997 – e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – 2000 – baseiam-se nas mesmas expressões com intento de demonstrar que o corpo, seus produtos e o genoma não devem se transmutar em objeto de lucro. Pensar o corpo, segundo Rodotà, requer a estruturação de uma noção inovadora de integridade – que não se resumiria aos limites do corpo físico. Estar-se-ia diante de um outro corpo – nas palavras do autor: “*fragmentável*,

⁵⁸ CORTINA, Adela. Ética y globalización. In: CASABONA, Carlos María Romeo. (Ed.) **Biotecnología, desarrollo y justicia**. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2008, p. 46-48.

multiplicável, manipulável, falsificável” – que inaugura a concretização de novas formas de controle.⁵⁹

Sob o viés da globalização, tecnologia e mercado, a gestação de substituição revela uma outra lógica de mercado: o da reprodução humana nacional e transnacional. Tem-se na Índia o exemplo paradigmático de exploração desse novo comércio. Somente em 2013, movimentou cerca de US\$ 1,1 bilhão de dólares.⁶⁰ Contudo, as notícias mais recentes confirmam que a Índia, após um período significativo de permissão da prática da gestação de substituição, tem repensado suas regras. Em 2002 o país permitiu que houvesse pagamento pela prática, transformando-o em referência na matéria⁶¹. Os baixos valores pagos, bem como as facilidades encontradas pelo(s) autor(es) do projeto parental, eram

⁵⁹ Nesse sentido Stefano Rodotà demonstra o processo de construção de significado que o corpo e suas partes destacadas recebem – a depender dos interesses avaliados. Afirma o autor que: “Acentua-se a propensão do direito em disciplinar de modo parcial o corpo, refletindo assim a decomposição a que foi submetido pela inovação científico-tecnológica e pelos modelos culturais que a acompanham. Temos, então, bem diferenciados na disciplina normativa, o corpo do homem, o corpo da mulher, o corpo vivo e o morto; o corpo das pessoas capazes e das incapazes; o corpo doente e o corpo sadio; o corpo ‘terminal’ e aquele ‘recuperável’; o corpo dos órgãos individuais e duplos; o corpo ‘separado’ do sangue, das células, dos tecidos. Justamente a possibilidade de separação e de conservação autônoma das partes ou produtos do corpo faz surgir o corpo distribuído. Em 1993, a Corte de Cassação alemã defrontou-se com problema de destruição de esperma depositado em um banco de sêmen. A indenização ao interessado seria cabível somente se se considerasse a destruição como uma ‘lesão ao corpo’. Entendeu-se que a separação material do esperma em relação ao corpo de origem não era decisiva, porque o esperma se destinava a tornar possível a função reprodutora do corpo. O corpo, portanto, como ‘unidade funcional’, constituído também por elementos distribuídos em lugares diversos. Graças à inovação científica e tecnológica, é possível atualmente ‘depositar’ em bancos especializados de sangue, tecidos, células e gametas, com o objetivo de os utilizar no futuro para as mais diversas funções, reprodutivas ou terapêuticas, e para finalidades de controle. E desta forma nasce um corpo que se projeta no futuro e até mesmo sobrevive ao corpo de origem, tornando possível, por exemplo, o nascimento de um filho de uma pessoa morta. Um corpo ‘distribuído’ não apenas no espaço, mas também no tempo. Um corpo, em sentido amplo, ‘desterritorializado’ [...]”. Cf. RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: PADMA, v. 19, p. 105-106, jul./set. 2004.

⁶⁰ Cf. WALLIS, Lucy. Demanda por barrigas de aluguel cria ‘fábrica de bebês’ na Índia. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131001_barriga_aluguel_india_an Acesso em: 07 set. 2015; INTERESSE por barrigas de aluguel cria “fábrica de bebês”. Pragmatismo Político, 02 out. 2013. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/10/barrigas-de-aluguel-fabricas-de-bebes.html> Acesso em: 07 set. 2015.

⁶¹ Segundo a lei indiana de Tecnologias de Reprodução Assistida de 2010 “as mães de aluguel devem ter entre 21 e 35 anos e ter somente cinco partos, incluindo os de seus próprios filhos; as mães de aluguel não podem doar seus óvulos para um casal e devem abrir mão de todos os direitos sobre a criança; os pais da criança devem ser casados e provar que a barriga de aluguel é admitida em seu país e que o bebê tem o direito de retornar com eles; casais gays podem ser proibidos de contratar uma mãe de aluguel, já que o casamento gay não é reconhecido na Índia”. Cf. **MULHERES** buscam barrigas de aluguel em países pobres. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/07/110728_india_barriga_aluguel_cc.shtml Acesso em: 20 nov. 2015.

vetores determinantes por essa escolha. No final de 2012 ficou estabelecido que casais homossexuais não poderiam fazer uso da gestação de substituição no país. Recentemente, em outubro de 2015 foi veiculado que a Índia estaria trilhando o caminho de retorno. Após a permissão, a proibição. No dia 14 de outubro de 2015, a Suprema Corte da Índia solicitou ao governo que proibisse a prática da gestação de substituição comercial para indianos e estrangeiros – na nova legislação que será formulada. A restrição, recomendada pela Comissão Nacional das Mulheres da Índia, se dirige aos estrangeiros, indianos expatriados e descendentes de indianos. Os juízes da Suprema Corte da Índia constataram que as três mil clínicas de reprodução assistida criaram um negócio extremamente lucrativo de gravidezes e de comércio de embriões humanos.⁶²

Com o panorama exposto, a tese demonstrará, no seu desenvolvimento, o fenômeno da banalização dos vínculos sociais, apresentando suas causas e as consequências que podem advir do aprofundamento desse processo. Algumas possíveis alternativas são lançadas com vistas a auxiliar o movimento de reconstrução de um discurso jusfilosófico contemporâneo sobre a justiça, de maneira a superar as formas de convívio social hoje impostas que apresentam características particularmente imperiosas e perversas. A intenção não é apresentar uma teoria pronta e acabada, sequer rever a parte geral do Direito Civil no que diz respeito à matéria, mas contribuir com alguns pensamentos sobre tema de alta relevância que tem recebido pouca atenção dos doutrinadores e do próprio Poder Judiciário brasileiro. A ocorrência constante de casos concretos de gestação de substituição (nacional e internacional) tem – paulatinamente – contribuído para o debate do assunto. O arcabouço teórico criado pretende ser capaz de oportunizar a discussão inicial. Entretanto, é através da situação concreta – descrita com todos

⁶² Sobre o tema, consultar: **MULHERES** buscam barrigas de aluguel em países pobres. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/07/110728_india_barriga_aluguel_cc.shtml Acesso em: 20 nov. 2015; **ÍNDIA** proíbe casais homossexuais de recorrerem à barriga de aluguel. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/01/india-proibe-homossexuais-de-recorrer-a-barriga-de-aluguel.html> Acesso em: 20 nov. 2015; **ÍNDIA** quer proibir a prática de barriga de aluguel para estrangeiros. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/10/28/interna_mundo,504215/india-quer-proibir-a-pratica-de-barriga-de-aluguel-para-estrangeiros.shtml Acesso em: 20 nov. 2015; MELLO, Patrícia Campos. **Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiro**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml> Acesso em: 20 nov. 2015.

os seus detalhes, circunstâncias, condições, características, elementos e personagens – que se erigem os pilares da questão.

2

Contratos Típicos: Demarcações Conceituais

2.1

Objeto Lícito e Ilícito: Conceito Impreciso e suas Consequências

Eis alguns pontos iniciais enfrentados no transcurso deste segundo capítulo: o conceito de objeto, licitude e ilicitude; quais objetos são tutelados e quais são tuteláveis pelo sistema jurídico; quais objetos, apesar de não serem contemplados especificamente pela tutela jurídica, são merecedores desta; se o sentido e o significado de objeto sofrem alteração quando se trata do objeto do contrato de gestação de substituição; quando os comportamentos são permitidos e quando são proibidos por regras positivas⁶³. A princípio, a busca pela demarcação conceitual pode parecer mera formalidade. Ou então poder-se-ia indagar: qual a relevância da definição de conceitos outrora definidos? A relevância reside justamente na imprecisão dos conceitos formulados, em sua aplicação distinta em casos semelhantes (quicá, idênticos) e, em alguns casos, na superação quanto ao

⁶³ Quanto ao questionamento *o que não é proibido, é permitido?* remete-se ao excerto da obra de Hans Kelsen: “com referência à validade de um ordenamento jurídico positivo costuma-se dizer: ‘O que não é proibido, é permitido’. Ser-permitido tem a significação negativa de nem ser-imposto nem ser-proibido, não procede a regra, pois é uma contradição dizer: ‘O que não é proibido, nem é imposto, nem é proibido’. Uma estatuição positiva de uma regra não interessa. Ser-permitido tem a significação positiva acima assinalada, é, pois, o que neste sentido é permitido, não-proibido, chega a regra à tautologia: O que não é proibido, não é proibido. Uma estatuição da regra em questão pelo legislador é, portanto, supérflua. Pode, porém, o legislador estabelecer a regra: “O que não é permitido, é proibido? Visto que permissão (num sentido positivo) existe como uma função normativa na revogação ou limitação da validade de uma norma que proíbe conduta determinada, a regra indicada presume uma norma do legislador, com a qual *cada* conduta é proibida, contanto que ela não se torne proibida pelo legislador, quer dizer, contanto que seja limitada à validade da proibição geral da conduta não em referência a todas as ações e omissões possíveis que o legislador não tencione proibir. É isto teoreticamente imaginável, mas praticamente não realizável. De vez em quando se assevera que a regra: ‘O que não é permitido, é proibido’ na verdade não aparece em geral para aplicação, mas em referência a atos produtores de Direito e atos aplicantes de Direito para aplicação dos órgãos legiferantes de tribunal e de administração. Isto não procede. Produção de Direito e aplicação de Direito não é permitido, nem no sentido negativo da palavra de ‘não-imposto’ e ‘não-proibido’ nem no sentido positivo da palavra, i. e., como revogação ou limitação de validade de uma norma jurídica que proíbe a produção e aplicação de Direito. Para a produção e aplicação de Direito são *autorizados* órgãos especiais; não lhes é apenas permitido; e autorização é uma função normativa diferente de permissão (no sentido positivo)”. (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 127-128.)

significado dos próprios conceitos. Portanto, há que se identificá-los de modo a suprir as dúvidas que porventura possam ser formadas.

A definição do objeto ilícito é de extrema relevância em razão das consequências geradas pelos contratos de gestação de substituição. Experimenta-se – em termos práticos – a *transformação* do que é ilícito em lícito simplesmente porque o ilícito *produziu consequências* fáticas. Dois julgados serão analisados, oportunamente, no item 2.1.2 e demonstram o que se afirma. Um caso trata da prática conhecida popularmente como adoção à brasileira e o outro, do contrato de agiotagem.

Nesse segundo capítulo, o marco teórico é fornecido pela obra de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda em virtude da conceituação precisa dos institutos jurídicos e pela destacada análise da *teoria do fato jurídico*. É por esta teoria que se lançarão olhares ao novo panorama que tem desafiado os juristas: a tecnicização das relações sociais e do Direito. Em termos mais práticos, por exemplo, quais considerações tecer a respeito do contrato de gestação de substituição? Imprescindível é a análise acerca da qualidade dos agentes envolvidos na relação jurídica, da qualidade do consentimento dos mesmos (a se ter em vista a questão da vulnerabilidade), do limite de sua autonomia privada, do conceito de objeto e de todos os demais aspectos que o caso impõe.

Vislumbra-se, na prática, uma verdadeira confusão conceitual, capaz de obstar a real compreensão e resolução das delicadas situações impostas pelo emprego da biotecnologia no cotidiano das sociedades. E é nesse sentido que o capítulo traça horizontes que poderão servir de auxílio à solução das dúvidas decorrentes do turbilhão de novidades desenvolvidas pelas relações sociais.

A teoria geral dos negócios jurídicos exige reflexão no que se refere à manutenção ou alteração de interpretação de seus planos com os respectivos elementos constitutivos. Trata-se dos chamados *planos do negócio jurídico*⁶⁴, em

⁶⁴ Pontes de Miranda esclarece que sua “obra obedece a programa rigorosamente científico: a distinção entre *mundo fático* e *mundo jurídico*, que é o do sistema jurídico, vem à frente, e concorre imensamente para clarear os assuntos e para a solução de problemas delicados que perturbavam a ciência européia; depois, a distinção entre o *plano da existência*, o *plano da validade* e o *plano da eficácia*, sem a qual em tantas confusões incorrem os juristas, baralhando ‘ser’, ‘valer’ e ‘ter efeito’, como se fôssem equivalentes ‘ser’, ‘ser válido’, ‘ser eficaz’, ou ‘não ser’, ‘não ser válido’, ‘ser ineficaz’. A ciência do direito, colhendo das regras jurídicas, da

que os negócios jurídicos devem ser analisados sob a ótica de três planos distintos. Primeiramente, examina-se sua *existência* (ou seja, seus elementos constitutivos essenciais precisam ser encontrados); após, é possível a comprovação de sua *validade* (em outros termos, capacidade para a produção de efeitos); e, por fim, sua *eficácia* (compreendida pela efetiva produção de efeitos). Entretanto, a teoria, que se apresenta sob um formato quase cartesiano, se mostra incapaz de justificar as inúmeras possibilidades nas quais é razoável sustentar a eficácia ou ineficácia do negócio jurídico, ao arrepio de maiores considerações quanto à sua existência ou validade.⁶⁵ Esse é o entendimento de Francisco Amaral e Caio Mário da Silva Pereira quando advertem que a falta de sistematização dos conceitos gera dificuldades na aplicação da teoria.

A propósito, como o objetivo do segundo capítulo da tese é demarcar os conceitos clássicos delineados por alguns doutrinadores, metodologicamente é interessante destacar que tal explanação é demonstrada através do resultado da análise de suas teses, privilegiando suas particularidades.

Na análise das alternativas pelas quais podem passar os fatos jurídicos, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) (i) existe, é válido e é eficaz (cite-se a título de exemplo o casamento celebrado entre um homem e uma mulher, ambos capazes, sem

sistemática e da prática os conceitos, obedece às diferenças; os juristas, aqui e ali, perdem-na de vista. Tudo aconselha a que se ordenem as matérias com toda a precisão conceptual”. In MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II: bens e fatos jurídicos** Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 25 do prefácio à 1ª edição.

⁶⁵ Para Caio Mário da Silva Pereira, “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. [...] apura-se a ausência de uniformidade nos conceitos e nas classificações [...]. As regras gerais que estruturam a teoria da ineficácia do negócio jurídico, não só pelo caráter genérico de sua normação, como ainda por se situarem na Parte Geral do Código Civil, devendo naturalmente, projetar-se por todas as províncias juscivilísticas, 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”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. vol. I.** 24. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 540-541. Conforme Francisco Amaral, “essa construção teórica [...] resente-se hoje da impossibilidade de uma perfeita sistematização, capaz de fixar a matéria em algumas regras gerais que proporcionem ao intérprete segura orientação, dada a multiplicidade de normas limitadoras da autonomia privada, o que dificulta a fixação de princípios comuns”. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 557.

impedimentos e realizado perante autoridade competente); (ii) existe, é válido e é ineficaz (caso do testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador, uma vez que o testamento somente gerará efeitos quando sobrevier o evento morte); (iii) existe, é inválido e é eficaz (casamento putativo; negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade); (iv) existe, é inválido e é ineficaz (doação realizada, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes); (v) existe e é eficaz (nascimento com vida); ou, excepcionalmente, (vi) existe e é ineficaz, pois a validade é concernente, apenas, aos atos jurídicos lícitos.⁶⁶

Diante das combinações que podem ser feitas, nota-se que os dados relativos à *validade* e à *eficácia* apresentam variação, mas o elemento *existência* permanece sempre imutável. Conclui-se, assim, que *existência*, *validade* e *eficácia* são três planos distintos pelos quais podem passar os fatos jurídicos e não é possível tratá-los de modo igual; e, ainda, que o elemento *existência* é o alicerce do qual dependem os outros dois elementos (a validade e a eficácia). As conclusões iniciais demonstram a utilidade da proposta de Pontes de Miranda em considerar o mundo jurídico dividido de acordo com esses três planos. Contudo, a jurisprudência e as normas legais distanciaram-se, gradualmente, das soluções propostas pela teoria dos planos de análise do negócio jurídico pela própria doutrina. Com relação à aplicação prática do tema, remete-se ao item 2.1.2 da tese, que tratará de dois casos colhidos da jurisprudência brasileira.

No plano da *existência*⁶⁷, são elementos essenciais do negócio jurídico a declaração de vontade, o objeto e a forma. São considerados elementos essenciais, pois na falta destes, o negócio não chega, sequer, a ter existência.⁶⁸ Pontes de Miranda afirma que quando a norma jurídica incide sobre o *suporte fático*⁶⁹ (fato,

⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

⁶⁷ Antônio Junqueira de Azevedo afirma que “o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos, para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz”. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

⁶⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo IV: validade, nulidade, anulabilidade**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 398.

⁶⁹ A expressão é de Pontes de Miranda. Suporte fático, segundo o autor, é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, pois somente depois que ocorram no mundo os seus elementos

evento ou conduta), este é transportado para o mundo jurídico, oportunidade em que ingressa no plano da existência. Nesse plano estão inseridos todos os fatos jurídicos: lícitos e ilícitos. Importa, apenas, a realidade da existência, ou seja, ser, acontecer. A existência do fato jurídico é considerada premissa da qual decorrem todas as outras situações que podem se desenvolver no mundo jurídico.

No plano subsequente, qual seja, no plano da *validade*⁷⁰, analisar-se-ão os requisitos qualificadores dos elementos essenciais: a declaração de vontade deve decorrer de agente capaz; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; a forma deve ser a prescrita ou não proibida em lei. Esses são os requisitos de validade do negócio jurídico estabelecidos pelo art. 104 do Código Civil de 2002. Em comparação, o Código Civil de 1916, em seu art. 82 requeria, para a validade do ato jurídico, “*agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei*”. O instrumento normativo de 2002 acresce ao seu rol as características da *possibilidade* e da *determinação* no que refere ao objeto.

Por fim, no plano da *eficácia* verifica-se se o negócio existente e válido revela-se apto à produção de efeitos jurídicos, de acordo com a legislação aplicável e a vontade das partes. Tal como ocorre no plano da validade, o plano da eficácia pressupõe a plena satisfação do plano da existência. Entretanto, não é imprescindível a satisfação do plano da validade para a produção de efeitos, pois é possível a ocorrência de atos inválidos e eficazes.⁷¹ Em algumas oportunidades, a regra que prevê a não admissibilidade da produção de efeitos do ato nulo, sofre

é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e se poderá falar em conceitos jurídicos. Quando se trata de suporte fático, faz-se referência a algo (fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo I: pessoas físicas e jurídicas**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59.

⁷⁰ “O plano da validade é próprio do negócio jurídico. É em virtude dele que a categoria ‘negócio jurídico’ encontra plena justificação teórica. O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio, e que, sendo peculiares dele, fazem com que ele mereça um tratamento especial, diante dos outros fatos jurídicos”. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

⁷¹ No mesmo sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49. Antônio Junqueira de Azevedo destaca o mesmo exemplo trazido por Pontes de Miranda em que o negócio nulo gera efeitos: o do casamento putativo. Este possui eficácia em relação ao(s) cônjuge(s) de boa-fé e em relação ao(s) filho(s). Trata-se de hipótese em que os efeitos do negócio jurídico são produzidos até ser julgado por sentença (o exemplo possui assento no art. 1.561, §§ 1º e 2º, todos do Código Civil de 2002).

relativização: quer seja em razão de julgamentos de casos concretos ou em virtude de determinadas situações para as quais a lei prevê efeitos ao ato nulo, a exemplo do casamento putativo⁷².

Inicia-se, com os itens subsequentes, a investigação de conceitos capazes de fornecer subsídios seguros à formação de um pensamento uniforme e condizente (que será ao final aplicado ao contrato de gestação de substituição) com os institutos fundantes do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, examinam-se os conceitos existentes de *objeto*, *licitude* e *ilicitude* diante da doutrina e jurisprudência colhidas. Nesse sentido, o trabalho é empreendido em um marco analítico-estrutural, cuja função é justamente aperfeiçoar conceitos.

2.1.1

A Doutrina: Tendência Conceitual e Distintos Posicionamentos

2.1.1.1

Objeto⁷³

A definição de objeto na doutrina nacional mostra-se desafinada. Apresentar-se-ão conceitos da doutrina nacional. Ressalta-se, contudo, que a utilização de autores nacionais como base estrutural do segundo capítulo em nada obsta sejam apresentadas ideias de autores estrangeiros a fim de complementar o estudo e, até mesmo, de abordar o conteúdo de maneira própria.

Com relação à escolha dos autores para este capítulo, faz-se necessário esclarecer um ponto. Doutrinadores – da área jurídica – que tratam ou ao menos mencionam em suas obras as discussões relativas à Bioética e ao Direito – também considerado por alguns autores de Biodireito – não tecem comentários detalhados com relação à celebração de verdadeiros negócios jurídicos. Diante disso, recorreu-se aos autores clássicos e contemporâneos. É interessante indicar

⁷² Cf. Artigo 1.561 do Código Civil de 2002: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

⁷³ O objeto do negócio jurídico traduz uma condição objetiva, cuja análise se baseia em suas próprias características.

que tal análise tem sido feita por outros ramos do conhecimento, a exemplo da Antropologia⁷⁴. Aduz-se que a doutrina nacional tem se pronunciado timidamente na matéria. Consequentemente, não se encontra uma análise jurídica que descreva os pormenores e que contemple a apreciação do âmbito de validade, bem como discuta a controvérsia acerca da possibilidade em se firmar negócio jurídico que tenha como resultado final a entrega de uma criança. Haverá casos em que se verificará o pagamento de uma quantia significativa à gestante de substituição (e aqui não se está a tratar da hipótese de pagamento de alimentos gravídicos, ou de pagamento de despesas médicas, ou de fornecimento de alimentação ou medicação especial, ou de terapia – caso seja necessário ou de qualquer outro valor que sirva de suporte ao desenvolvimento da gravidez, etc.). Em outros, a gestação de substituição se dará na forma gratuita, normalmente quando o contrato é celebrado entre parentes. Em razão desse fator é que se compreende a preocupação da Resolução n. 2.121/2015 do CFM em estipular expressamente que a gestação de substituição ocorra mediante comprovação de parentesco de até quarto grau de qualquer autor(es) do projeto parental. Entretanto, permite que a prática seja concretizada mediante análise e autorização do Conselho Federal de Medicina. A norma da resolução parece se preocupar com a possibilidade de criação de exploração de um mercado no qual o ser humano esteja disponível à negociação.

Portanto, julga-se interessante e, sobretudo, importante lançar essas questões de forma a contribuir com o raciocínio do intérprete, uma vez que existem regras no ordenamento jurídico às quais deve observância. Ainda que o ordenamento não contemple um regramento específico para essas questões, soluções deverão ser conferidas caso venham a julgamento e análise pelo Poder Judiciário. A ausência normativa jamais servirá de óbice à apreciação e julgamento de tais casos pelo Poder Judiciário. Mesmo diante da lacuna legislativa, o judiciário tem o dever de decidir, ao observar as regras de integração

⁷⁴ LUNA, Naara. **Provetas e clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007; LUNA, Naara. Pessoa e parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. **Estudos Feministas**. Vol. 9 (2), 2001, p. 389-413; LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. **Cadernos PAGU**, vol. 19, 2001, p. 233-278; LUNA, Naara. **Bebê de proveta, barriga de aluguel, embriões de laboratório: as representações sociais das novas tecnologias reprodutivas**. UFRJ/Museu Nacional/PPGAS, Rio de Janeiro, 1999; LUNA, Naara. A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia. **Mana**, ano 13, p. 411-440, 2º semestre/2007.

do Direito, conforme preceitua o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”.⁷⁵

Metodologicamente, diante do extenso rol de doutrinadores nacionais que trabalham com a classificação dos conceitos de *objeto*, *licitude* e *ilicitude* indaga-se se haveria como apresentar um critério de escolha para os mesmos. Ao que tudo indica, a resposta é negativa. Contudo, também não há como escolher todos. Por essa razão, foram selecionados alguns doutrinadores que participaram do movimento de codificação do Direito Civil brasileiro e outros autores contemporâneos.

Especificamente neste item é realizado um esforço de reflexão sobre a categoria de *objeto* no ordenamento jurídico nacional para, posteriormente, no capítulo 4 aplicá-lo, com os conceitos de licitude e ilicitude, ao contrato de gestação de substituição.

Majoritariamente compreende a doutrina que o **objeto do contrato é uma prestação**. Essa prestação pode ser uma prestação de dar, de fazer e de não fazer. No caso da **gestação de substituição**, firma-se o entendimento que se trata de uma **prestação de fazer, exteriorizada por uma obrigação positiva**.

Na teoria geral das obrigações⁷⁶ – classicamente – as prestações possuíam cunho patrimonial. Miguel Maria de Serpa Lopes, que realizou uma radiografia da questão, expunha que para a maior parte dos juristas a prestação deveria apresentar sempre um conteúdo patrimonial – o que representava um dogma jurídico. Serpa Lopes informava, também, que o Direito brasileiro, com o auxílio da jurisprudência, iniciou um processo de ruptura com o dogma do patrimonialismo da prestação. Em 1942, Orozimbo Nonato, então ministro do

⁷⁵ Cf. BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm Acesso em: 12 nov. 2015.

⁷⁶ Clovis Bevilacqua define obrigação como a “relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão”. Cf. BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 20.

Supremo Tribunal Federal, divergiu de outros ministros quando sustentavam ser ressarcível o dano moral apenas quando se traduz em dano material.⁷⁷

O direito ao ressarcimento por dano moral foi objeto de debate, principalmente durante as décadas de 1940 e 1950. O Código Civil de 1916, vigente à época, não contemplava o instituto do dano moral expressamente, o que provocava divergência entre juristas e operadores do Direito. O STF, em reiterados precedentes, decidiu pela improcedência do direito à indenização por dano moral argumentando ausência de base legal que impusesse o dever de repará-lo. Portanto, diante da ausência de regra legal que tratasse do tema, a lesão decorrente de dano moral não era considerada um bem juridicamente protegido pela legislação pátria⁷⁸. A corrente majoritária formada no STF, à época, admitia a reparação de danos morais naqueles casos que derivassem de prejuízos materiais. O ministro Hahnemann Guimarães motivou sua posição argumentando que “*para que exista dano reparável, é preciso que se verifiquem conseqüências patrimoniais*”.⁷⁹ Em outra oportunidade o ministro Hahnemann Guimarães acrescentou que acreditava ser “*indenizável o dano moral quando dele decorre prejuízo material. Mas o mero sofrimento moral é um sentimento íntimo, profundo e não me parece indenizável*”.⁸⁰

Contrariamente ao entendimento firmado pelo ministro Hahnemann Guimarães surgiu a argumentação do ministro Orozimbo Nonato. Conforme

⁷⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Obrigações em geral**. vol. II. 6ª ed. rev. e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 24-26. No mesmo sentido, cite-se Fernando Noronha: “As raízes desta doutrina tradicional mergulham no direito romano. No velho processo formulário romano toda condenação judicial pelo inadimplemento de obrigações tinha de consistir no pagamento de uma quantia em dinheiro e, por isso, não era possível conceber a existência de uma obrigação cuja natureza não fosse patrimonial, direta ou indiretamente”. Cf. NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

⁷⁸ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes destaca que, até relativamente pouco tempo atrás, entendia-se como contrário à moral e, portanto ao Direito, todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial se esta se delineava unicamente como sofrimento. O chamado *pretium doloris* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica, com exceção dos casos expressamente previstos pelo legislador civil. [...] A regra lógica subjacente, e que se fazia valer, era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a ‘medida’ do dano. Assim, tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a reparação do dano moral parecia impraticável.” Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-146.

⁷⁹ Cf. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 11.974/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 12/05/1953.

⁸⁰ Cf. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 07/11/1950.

Orozimbo Nonato, ao se admitir a indenização na hipótese de dano moral que gera prejuízo patrimonial, reconhece-se a possibilidade de ressarcimento de danos materiais, somente. Para ele “*se o dano moral tem repercussões no patrimônio do indivíduo, o problema toma aspecto diverso. A indenização aí não é pelo dano moral e não há, nesse caso, o reconhecimento de um ‘preço da dor’, senão a verificação de diminuição patrimonial em consequência de fato*”. Contudo, inspirando-se em ensinamentos de Alfredo Minozzi, Orozimbo Nonato sustentou que a reparação deve ser em “*dinheiro porque é o modo através do qual se pode proporcionar a alguém uma alegria, que pode ser de ordem moral, para que possa, de certa maneira, não apagar a dor, mas mitiga-la, ainda com a consideração de que o ofensor cumpriu pena pela ofensa, sofreu pelo sofrimento que infligiu*”.⁸¹ Mesmo que a ideia de Orozimbo Nonato tenha restado vencida, conseguiu traçar as linhas iniciais que inspiraram a doutrina e a jurisprudência sobre o tema. Atualmente suas ideias são consideradas precursoras no tema da admissibilidade de ressarcimento em casos de dano moral.⁸²

A patrimonialidade, considerada um dos requisitos essenciais da prestação obrigacional – com a possibilidade, a determinabilidade e a licitude –, é assim

⁸¹ Cf. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 11.786/MG, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, julgado em 07/11/1950.

⁸² Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber afirmam que hoje não mais se considera adequada a ideia que somente as prestações patrimoniais são exigíveis. Para os autores, “o direito civil contemporâneo, todavia, tutela amplamente os interesses extrapatrimoniais e assegura que a violação a estes interesses seja compensada por meio de indenização arbitrada pelo Poder Judiciário. Se, todavia, determinado dever jurídico digno de tutela não tem valor patrimonial, e seu descumprimento implica a violação a um interesse extrapatrimonial da pessoa, a indenização daí decorrente, embora consistente em prestação juridicamente exigível tal qual fixada pelo Poder Judiciário, não terá o condão de transformar em *prestação obrigacional*, tecnicamente falando, o dever jurídico extrapatrimonial originariamente violado. Em outras palavras: o dever jurídico decorrente de uma relação existencial exigível sob pena de deflagrar tutela preventiva e repressiva, uma vez violado, poderá gerar indenização. A prestação correspondente ao dever de indenizar constitui-se, ela sim, em obrigação, cuja fonte é o ato ilícito, autonomamente considerado, e será economicamente apreciável. Vale dizer, o *quantum* indenizatório não é o resultado de uma suposta conversão do dever original em um valor econômico, mas, antes, deriva da avaliação dos *prejuízos* sofridos em decorrência da lesão a bem jurídico essencial. Daqui resulta uma obrigação autônoma – o dever de indenizar – dotada de apreciação mensurável economicamente, cujo não-pagamento importará medidas coercitivas impostas para a sua execução”. Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado. Direito das Obrigações: artigos 233 a 420**. vol. IV. Coordenador: Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10. No mesmo sentido, VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. vol. 2. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 103: “Prestações de conteúdo não patrimonial (como a promessa de casamento, por ex.) podem dar lugar, com o seu não cumprimento, a danos de caráter patrimonial [...]; inversamente, a falta de prestações de caráter patrimonial (a não realização da intervenção cirúrgica por certo operador ou a sua deficiente realização) pode acarretar consigo danos não patrimoniais, ao lado do prejuízo material”.

compreendida por quase toda a doutrina brasileira. Pontes de Miranda⁸³ e Fernando Noronha⁸⁴ constataram, nesse sentido, a exigibilidade jurídica de interesses não patrimoniais. O Código Civil italiano firmou uma regra jurídica mais completa, se comparada à brasileira. Segundo o artigo 1.174 do Código Civil italiano, “*a prestação que forma objeto da obrigação deve ser suscetível de avaliação econômica e deve corresponder ao interesse, mesmo não patrimonial, do credor*”⁸⁵.

A positivação do tema – da não patrimonialidade da prestação obrigacional – no ordenamento jurídico brasileiro é contemplada, hoje, expressamente no artigo 5º, incisos V e X da Constituição da República de 1988⁸⁶ e no artigo 186 do

⁸³ De acordo com Pontes de Miranda, “Se a prestação é lícita, não se pode dizer que não há obrigação (= não se irradiou) se a prestação não é suscetível de valoração. Assim, o objeto da prestação pode ser patrimonial, ou não. Qualquer interesse pode ser protegido, desde que lícito, e todo interesse protegível pode ser objeto de prestação, como a obrigação de enterrar o morto segundo o que ele, em vida, estabelecera, ou estipularam os descendentes ou amigos ou pessoas caridosas”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial. Tomo XXII: Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações.** Atualizado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 58.

⁸⁴ Na exposição de Fernando Noronha, “A verdadeira questão está sempre em discriminar interesses dignos de tutela jurídica e interesses não dignos. Se um interesse for socialmente sentido como digno de tutela, não é o fato de as obrigações normalmente dizerem respeito a necessidades econômicas que impedirá a aplicação das respectivas normas para atender a necessidades afetivas e outras, mesmo quando não exista uma contraprestação, nem se tenha fixado uma cláusula penal. Inversamente, se o interesse não for digno de tutela, não será a existência da contraprestação ou de cláusula penal que dará juridicidade à obrigação assumida”. In: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações.** vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

⁸⁵ “**Art. 1.174 Carattere patrimoniale della prestazione.** *La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (Cod. Civ. 1256 e seguente, 1411 e seguenti)*”. Cf. **Il Codice Civile Italiano.** Art. 1.174 Carattere patrimoniale della prestazione. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm Acesso em: 10 set. 2015.

⁸⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (sem grifos no original). Segundo Gustavo Tepedino, “na esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações provadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, ao legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. Bastaria passar em revista as inúmeras normas introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, algumas delas relacionadas à melhoria de sua qualidade de vida; ou aquelas relativas aos deveres do locador, no exercício do direito de propriedade regulado pela lei do inquilinato; ou ainda, as regras que disciplinam as relações entre pais e filhos, nos termos inovadores do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Cf. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10.

Código Civil de 2002⁸⁷. Consegue-se, portanto, identificar a possibilidade de existência de *prestação patrimonial* e *extrapatrimonial* nas obrigações. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber apontam que “*o tratamento privilegiado dos valores existenciais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos faz com que, ao contrário dos bens patrimoniais, os valores existenciais não estejam, em regra, sujeitos à livre disposição das partes*”. Afirmando, ainda, os autores, que os direitos de personalidade não podem sofrer limitação voluntária, por serem considerados “*irrenunciáveis e intransferíveis por definição*”. Portanto, se “*os valores existenciais encontram-se excluídos do âmbito negocial, e, como o negócio jurídico consiste na principal fonte de obrigações, é natural que tais valores estejam também distantes do tráfego obrigacional*”.⁸⁸

As referências que servem de base para a tese estão incorporadas ao texto de modo que é imperativo explicá-las. O uso de autores clássicos como Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Clóvis Beviláqua (1859-1944), Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979) se justifica quando a clareza e simplicidade dos conceitos de diversos institutos trabalhados em suas obras salta aos olhos. Importante notar que tais autores vivenciaram uma realidade social, legislativa e jurisprudencial distintas das atuais. Talvez a preocupação se pautasse na produção de um conhecimento jurídico que seguisse de modo mais rigoroso a determinação conceitual. Explica-se. Diante da existência e influência de normas jurídicas positivadas e do legalismo, cabia ao intérprete do Direito uma apreciação mais detida ao próprio texto legal. Nos dias atuais, mais especificamente, após a Constituição da República de 1988, o intérprete do Direito afasta-se um pouco dessa determinação conceitual da norma jurídica e inicia uma longa jornada na

⁸⁷ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado. Direito das Obrigações: artigos 233 a 420**. vol. IV. Coordenador: Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12. Complementando o raciocínio, afirmam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que “a prestação, como objeto da obrigação, tem na patrimonialidade requisito essencial. Nada impede que deveres jurídicos sem valor econômico, **por serem mercedores de tutela**, sejam juridicamente estabelecidos. Por vezes, tais deveres são designados como obrigação *lato sensu*. Assim, poder-se-ia identificar, apenas nesse sentido (e não no sentido próprio), uma *prestação* – na acepção de conduta objeto de um dever jurídico – voltada ao atendimento de um interesse não patrimonial, sempre que tal interesse seja digno de tutela”. (Destacou-se).

qual utiliza princípios do direito e elementos de cunho moral⁸⁹ com interpretação casuística.

A dissonância quanto ao conceito de objeto de uma relação obrigacional retoma uma discussão antiga sobre a diferença entre *objeto* da relação obrigacional e o *conteúdo* da relação obrigacional. Dentre os autores que estabelecem a diferença entre *objeto* e *conteúdo* da relação obrigacional, destacam-se: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁹⁰, Miguel Maria de Serpa Lopes⁹¹, Orlando Gomes⁹², Caio Mário da Silva Pereira⁹³, Washington de Barros Monteiro⁹⁴, Maria Helena Diniz⁹⁵, Marcos Bernardes de Mello⁹⁶, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber⁹⁷, Francisco Amaral⁹⁸ e Antônio Junqueira de Azevedo⁹⁹.

⁸⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo III: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁹¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. vol. II. Obrigações em Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

⁹² Na tese serão utilizadas duas edições da obra de Orlando Gomes, a saber: GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998 e GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 24. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. vol. 4. Direito das Obrigações. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 2. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 3. **Teoria das Obrigações Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁶ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Com relação ao autor, é interessante mencionar que é um dos atualizadores do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda. Também possui obras publicadas na área de Direito Civil, e aqui se destacam as três obras que discorrem sobre a teoria do fato jurídico, tema muito caro ao próprio Pontes de Miranda: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Negócio Jurídico: Plano da Validade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado. Direito das Obrigações: artigos 233 a 420**. vol. IV. Coordenador: Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

⁹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Clovis Bevilacqua dividiu as relações de direito¹⁰⁰ em duas categorias: as que atuam diretamente sobre objetos naturais (que não se estabelecem entre pessoas), denominadas *direitos de dominação*; e as que ligam as pessoas entre si. Com base nessa diferença fundamental entre as relações de direito, Augusto Teixeira de Freitas¹⁰¹ distribuiu a matéria do Direito Civil em duas grandes classes: direitos reais e direitos pessoais.

Bevilacqua, diferentemente de Teixeira de Freitas, incluiu como objeto do direito¹⁰² subjetivo – além das ações humanas e das coisas corpóreas – o modo de ser da própria pessoa na vida social (existência, liberdade, honra) e as coisas incorpóreas¹⁰³.

De modo inovador, Bevilacqua instituiu a diferença entre a noção de *coisa* e a noção de *bem*¹⁰⁴. Àquela estaria ligada ao critério da materialidade e este, com tudo que guardasse utilidade em relação a interesses individuais, familiares e

¹⁰⁰ Segundo Bevilacqua, “relação de direito é o laço, que, segundo a garantia da ordem jurídica, submete o objecto ao direito”. Cf. BEVILACQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 65.

¹⁰¹ De acordo com Augusto Teixeira de Freitas, “Os factos são em grande parte acontecimentos fataes, independentes da vontade do homem. Desviados os factos necessários, os voluntários são licitos, ou ilícitos; e como os licitos — actos jurídicos — precisão de sêr regulados, a matéria dos factos deixa de sêr geral, e pertence quasi toda ás matérias especiaes dos contractos e testamentos (202). Ha muitos direitos, que nada tem com esses actos jurídicos, ao passo que sem pessoas e cousas, ao menos sem pessoas, não ha direitos possíveis”. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. vol. I. Prefácio de Ruy Rosa do de Aguiar. Brasília: Ed. Fac-sim, 2003, p. CXX.

“O segundo elemento dos contractos é seu — *objeto* —, e a regra do Art. 129 n. 2º do Cod. do Com. também é applicavel em materia civil. O têxto indica um só caso de objectos prohibidos pela lei, que é quando os contractos tem por objecto *cousas litigiosas*.”. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. vol. I. Prefácio de Ruy Rosa do de Aguiar. Brasília: Ed. Fac-sim, 2003, p. 233, nota (3) referente ao art. 344.

¹⁰² “Objecto do direito é o bem ou vantagem, sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem jurídica [...] ou o bem ou interesse segundo a proteção da ordem jurídica”. Cf. BEVILACQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 65 e 68.

¹⁰³ “Os bens incorpóreos ou immateriaes podem ser objecto de direitos não somente políticos, de que não se ocupa este livro, mas ainda de direitos privados, como a vida, a honra e a liberdade (nos aspectos em que as considera o direito privado), o nome commercial, a qualidade de autor, etc.”. Cf. BEVILACQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 218.

¹⁰⁴ “Para o direito, bens são os valores materiaes ou immateriaes, que servem de objecto a uma relação jurídica. É um conceito mais amplo do que o de coisa. Esta, no dizer magistral de TEIXEIRA DE FREITAS (Esboço, art. 317), é todo objecto material susceptível de medida de valor. [...] Ao lado das coisas e dos bens econômicos, outros há de ordem moral, inapreciáveis como a vida, a liberdade, a honra e os que constituem objecto dos direitos de família puros.” Cf. BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931, p. 261.

sociais, não importando se materiais ou imateriais (tais como: liberdade, honra e vida).¹⁰⁵

Pontes de Miranda¹⁰⁶, por sua vez, distinguia *objeto* e *coisa*. O *objeto do direito* compreendia as *coisas* e os *objetos* que não são coisas. As *coisas, stricto sensu*, seriam os objetos corpóreos. Quando se falava de objeto de relação obrigacional, às vezes se fazia menção à coisa ou objeto de que se tratava no conteúdo da obrigação, ou da pretensão, da ação, ou da execução. O autor exemplificava a assertiva com o caso do contrato da compra e venda de uma casa: a casa não seria objeto da compra e venda. Para se falar de objeto da obrigação como se fala do objeto da posse, ou da propriedade, considerava-se esse como objeto imediato (ou direto) e aquele como objeto mediato (ou indireto). Interessante que Pontes de Miranda não compreendia o indivíduo vivo (ser biológico) como objeto de direito, mas as partes corporais, uma vez separadas pertenciam, como coisas, àquele de quem tivessem sido retiradas. Portanto, antes de separada a parte do corpo não existia negócio jurídico que pudesse tê-la por objeto. Em breve síntese: *objeto* é a finalidade do ato ou negócio jurídico; a prestação nos direitos obrigacionais ou pessoais; ou a sujeição que emana da própria coisa nos direitos reais. *Coisa* é o conteúdo da prestação, ou seja, o conteúdo do objeto do ato ou negócio jurídico. Por fim, Pontes de Miranda compreendia que *bens* se traduziam por coisas materiais, concretas.¹⁰⁷

Para Orlando Gomes (1909-1988), o objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. Por prestação compreendia o objeto da obrigação e seu objeto tanto poderia ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Para o autor, objeto do contrato seria o conjunto de atos que as partes se comprometeriam a praticar, singularmente considerados, não

¹⁰⁵ BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 208.

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II: bens e fatos jurídicos**. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 64.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II: bens e fatos jurídicos**. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59-64.

em seu entrosamento finalístico, ou seja, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa.¹⁰⁸

Washington de Barros Monteiro (1910-1999), amparado nas lições de Beudant, identificava as diferenças entre objeto da obrigação e objeto do contrato: (a) o objeto da obrigação seria a prestação devida; o objeto do contrato, a operação que as partes visaram a realizar; (b) o objeto da obrigação seria isolado, concreto, singular; o do contrato, idêntico em todas as estipulações da mesma espécie; (c) o objeto da obrigação viria a ser específico, individuado; o do contrato, mais amplo e mais genérico.¹⁰⁹

Para Caio Mário da Silva Pereira (1913-2004), como em toda relação jurídica firmada existe um objeto¹¹⁰ – seja este um *bem* ou uma *coisa* – entendia o autor que na definição de objeto reside a delimitação do que possui importância para o mundo jurídico e, portanto, necessita de tutela. Sua ideia¹¹¹ afinava-se, nesse ponto, com o pensamento de Pontes de Miranda, na medida em que anunciava que os *bens* jurídicos seriam objeto do direito. Caio Mário identificava que *bem* possuía várias acepções: dinheiro; casa; herança; a faculdade de exigir uma prestação; a alegria de presenciar o pôr do sol; um trecho de uma música; o nome de uma pessoa; a qualidade de filho; o direito à integridade física e moral. Contudo, ressaltava que todos os exemplos citados seriam considerados *bens*, mas nem todos seriam *bens jurídicos*. A categoria de *bens*¹¹² jurídicos é reservada para a satisfação das exigências e desejos humanos quando amparados pela ordem jurídica. Caio Mário da Silva Pereira¹¹³ mencionava que os *bens* jurídicos, aqui empregados de forma ampla, seriam objeto do direito. O autor se referia ao tema de forma genérica justamente para compreender tudo que pudesse ser objeto da relação jurídica, sem distinção da materialidade ou da patrimonialidade. De modo

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65.

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. vol. 4. Direito das Obrigações. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32-33.

¹¹⁰ E é no artigo 104 do CC/2002 que se encontram os requisitos de validade do negócio jurídico: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 24. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 335.

¹¹² A doutrina nacional estabelece, quanto aos *bens* jurídicos, uma classificação bastante detalhada acerca dos *bens*. Na tese, em virtude do tema apresentado, destaca-se apenas a distinção entre *bens* de natureza patrimonial e os de natureza não patrimonial.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 24. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 335-336.

preciso, o objeto da relação jurídica (bem jurídico) admitia a distinção que realizava a separação dos *bens propriamente ditos* das *coisas*. Os bens diferiam-se das coisas devido à materialidade destas: as coisas são materiais ou concretas e os bens, imateriais ou abstratos. Entretanto, nem tudo considerado corpóreo e material é coisa. Tal assertiva é exemplificada pelo autor através do corpo humano, que, apesar de sua materialidade, não se confunde com coisa, pois os indivíduos são sujeitos de direitos. A interpretação a que o autor se submete com o exemplo do corpo humano considerado por coisa é em razão do evento morte e na hipótese de se considerar o corpo humano (sem vida) a partir de suas partes destacadas. Na hipótese das partes destacadas do corpo, sustentava a possibilidade de ser objeto de “*alguma relação jurídica ou ser objeto de negócios jurídicos restritos*”.¹¹⁴ Assim como Pontes de Miranda, o autor vislumbrava o reconhecimento do corpo humano como coisa a partir da identificação de suas partes em separado.

Já Marcos Bernardes de Mello¹¹⁵ identifica que toda relação jurídica possui, necessariamente, um objeto, sejam coisas (*res corporales*), bens imateriais (*res incorporales*) ou promessa de prestação (comissiva ou omissiva). A relação jurídica sem objeto seria mera entidade lógica, sem substância na realidade. Se

¹¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira esclarece que a inexatidão científica das nomenclaturas legais não é exclusividade brasileira, mas fator presente em diversos ordenamentos estrangeiros: “É bem verdade que no direito brasileiro houve a tentativa de se fixar em termos legislativos a distinção que a ciência aconselha: Teixeira de Freitas, no art. 317 do *Esboço*, reserva para a palavra *coisas* a acepção limitativa a todos os *objetos materiais suscetíveis de uma medida de valor*, e no comentário que o acompanha, esclarece seu pensamento, dizendo que se entende por *coisas* somente os objetos corpóreos. Pecando de uma excessiva tecnicidade, que o levou a repudiar a distinção romana das *res corporales et incorporales*, lançou Freitas, e antes do Código tedesco, a precisão linguística no vocabulário legal. O nosso Código Civil de 1916, porém, não a observou a designar o Livro II da Parte Especial ao ‘Direito das Coisas’, muito embora o seu conteúdo abranja tanto as coisas, no sentido técnico, quanto os direitos, a que falta, para a capitulação nesta categoria, o requisito material. O Código de 2002 persistiu no equívoco, reproduzindo-o no atual Livro III. Na parte Geral, contudo, corrigiu o Código de 1916, adotando unicamente o vocábulo ‘bem’. O anterior, onde tratava dos *bens*, não observava qualquer rigor técnico: às vezes, mencionava o vocábulo *coisa*, abrangendo bens corpóreos e incorpóreos, como seria, por exemplo, em seu art. 54”. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 24. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 336-337.

¹¹⁵ Destaca-se que Marcos Bernardes de Mello é um dos atualizadores de Pontes de Miranda e possui obras a respeito da teoria do fato jurídico (planos da existência, validade e eficácia, destacados em três volumes).

falta objeto, não há relação jurídica, pois o objeto é que lhe confere sentido e realidade.¹¹⁶

Francisco Amaral ensina que a expressão objeto contempla o *objeto jurídico* e o *objeto material*. Entende por *objeto jurídico* (ou conteúdo do objeto) as prestações ou o comportamento que obriga os sujeitos de uma relação jurídica. Em termos contratuais, seria o conjunto de direitos e deveres estabelecidos. Já o *objeto material* (também chamado pelo autor de coisas ou prestações) seriam os bens sobre os quais recaem os poderes contidos na relação jurídica.¹¹⁷

Antônio Junqueira de Azevedo realiza sua análise – ao menos teoricamente – em sentido contrário à tese apresentada por Pontes de Miranda. Ao invés de analisar os planos de existência, validade e eficácia sob a ótica positiva, a exemplo de Pontes de Miranda, o faz em sentido negativo. Assim, avalia os planos sob o viés da *inexistência*, da *invalidade* e da *ineficácia*. A esse exame confere o nome de *técnica de eliminação progressiva*.¹¹⁸ Com relação à definição

¹¹⁶ Segundo o autor, “é possível conceituar-se o objeto do ato jurídico como a atribuição específica que as normas jurídicas lhe imputam, portanto, as alterações que ocorrem nas esferas jurídicas dos figurantes por força da criação, modificação ou extinção de relações jurídicas dele (ato jurídico) resultantes”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Negócio Jurídico: Plano da Validade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

¹¹⁷ Discorre o autor que “Na teoria geral do negócio jurídico, o termo objeto compreende o *objeto jurídico* e o *objeto material*. *Objeto jurídico*, ou *conteúdo do negócio*, é o que os sujeitos estabelecem, as prestações ou o comportamento a que se obrigam. Compreende as determinações que se colocam para a auto-regulamentação dos respectivos interesses. Num contrato, por exemplo, é o conjunto de direitos e deveres fixados. É esse conteúdo o objeto da interpretação jurídica, constituindo-se também no ponto de referência para a classificação do negócio. E é ao conteúdo que a lei se refere ao estabelecer a licitude do objeto como requisito de validade do negócio jurídico (CC, art. 104). O conteúdo, ou objeto jurídico, distingue-se dos efeitos do negócio. Aquele representa a vontade das partes na sua expressão estática, estes significam as mudanças jurídicas que se processam como decorrência dessa vontade. Do *objeto jurídico*, ou *conteúdo do negócio*, distingue-se o *objeto material*, os bens (coisas ou prestações) sobre os quais incidem os poderes contidos na relação jurídica. Se, por exemplo, A vende uma casa a B, conteúdo ou objeto jurídico do negócio é a obrigação de transferir o domínio da casa ao comprador e a obrigação deste de pagar o preço (CC, art. 481). Objeto material é a casa e o preço em dinheiro.” Cf. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 446.

¹¹⁸ Para Antônio Junqueira de Azevedo, “no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito. O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de técnica de eliminação progressiva. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito ‘ato inexistente’) e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou

de objeto do negócio jurídico compreende todo o seu conteúdo, pois, o que caracteriza o negócio, é ser ele uma declaração de vontade. Tal manifestação de vontade é qualificada por um modelo cultural que faz com que ela socialmente seja vista como juridicamente vinculante. Este fato basta para a caracterização do negócio e é dele que decorre esse o fato de que os efeitos sejam imputados ao negócio de acordo com o que foi manifestado como desejado. Em apertada síntese, o objeto do negócio traduz-se em seu próprio conteúdo. E a declaração de vontade constitui sua característica primordial.¹¹⁹

Por fim, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, de modo extremamente objetivo, asseguram que o objeto da relação obrigacional é a prestação. Corroborando os ensinamentos de Miguel Maria de Serpa Lopes, entendem os autores que “*a prestação consiste em uma ação ou omissão do devedor, exigível pelo credor*”.¹²⁰

Diante dos conceitos e ideias estabelecidos por todos os autores destacados aqui, a investigação da doutrina apresenta a ausência de um acordo semântico sobre o conceito – *lato sensu* – de *objeto*. Existe uma divergência entre os autores quanto à terminologia empregada. Por essa razão a confusão se estabelece entre os termos *coisa* e *bem*; *objeto* e *prestação*; e *objeto* e *coisa*. Levando-se em

eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito)” Mas destaca que existem casos em que o negócio jurídico inválido é capaz de gerar efeito, do mesmo modo que admite Pontes de Miranda. Continua Antônio Junqueira de Azevedo: “Duas objeções podem ser levantadas: a) os negócios nulos, que, por produzirem eventualmente efeitos, parecem que passam para o plano da eficácia, quando, na verdade, deveriam ficar no plano da validade; e b) os negócios anuláveis, que, pelo menos aparentemente, também passam para o plano da eficácia. Ambas as objeções têm seu fundo de verdade (e, aliás, a primeira já nos serviu até mesmo como argumento para demonstrar a necessidade de separar o plano da validade do da eficácia). Todavia, é inegável que os casos de efeitos do nulo são exceções no sistema de nulidades e como tais devem ser tratadas. Os efeitos do nulo não são, em sua maior parte, também como havíamos salientado, os efeitos próprios do ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos), e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia; todavia, ainda quando se trate de eficácia própria, tal e qual ocorre no casamento putativo e em algumas outras poucas hipóteses, tem-se, se pudermos expressar-nos assim, um ‘furo’ na técnica de eliminação com que os negócios são tratados; é a exceção que confirma a regra, tanto mais que, depois de o negócio haver entrado no plano seguinte, o sistema jurídico corrige a falha, impedindo que o negócio continue a produzir efeitos (a entrada dos negócios nulos no plano da eficácia não é, pois, definitiva)”. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63-64.

¹¹⁹ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado. Direito das Obrigações: artigos 233 a 420**. vol. IV. Coordenador: Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 08.

consideração que as obras não foram todas escritas no mesmo período, conclui-se que a terminologia empregada esboça duas posições: (a) uma no sentido de identificar o termo *objeto* da relação obrigacional na distinção entre coisa e bem; (b) outra no sentido de compreender o objeto como o conjunto de atos que as partes se comprometem a praticar ou, em outros termos, o conteúdo da prestação.

Dentro do posicionamento (a) figurariam Augusto Teixeira de Freitas, Clovis Bevilacqua e Caio Mário da Silva Pereira. Já na corrente (b), Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Miguel Maria de Serpa Lopes, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, Marcos Bernardes de Mello, Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber, Francisco Amaral e Antônio Junqueira de Azevedo.

A tese firma posicionamento que corrobora o entendimento da corrente (b), pois compreende que a expressão *objeto* deve ser empregada no sentido de *prestação*. E no caso específico da gestação de substituição, uma prestação de fazer.

O *objeto da relação obrigacional*, pode, desta forma, ser considerado a *conduta devida*. Conduta esta que pode ser *positiva* (dar, fazer) ou *negativa* (não fazer). De outro lado, o *conteúdo da relação obrigacional* é um conjunto de *poderes ou faculdades* atribuídas ao titular do direito de crédito, sobre o objeto da obrigação, o que implica, necessariamente, do lado passivo da relação obrigacional, o dever de alguém, sendo garantido o seu cumprimento – pela ordem jurídica – através de determinados meios assegurados ao titular do direito. De igual modo não se deve confundir o *objeto da obrigação* com a *coisa* sobre a qual a prestação incide. O objeto, na obrigação de dar coisa certa, não é a coisa, mas sim a conduta do devedor em entregar a coisa. A conduta do devedor é que constitui a prestação devida. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, na obrigação de fazer, “*a ação humana como seu objeto, consistente na realização de um trabalho, na confecção de uma coisa, na emissão de uma declaração de vontade etc., tudo envolvido na expressão genérica – prestação de um fato – e, como no facere se contém igualmente o non facere, o mesmo sentido de atividade humana está abrangido na omissão ou na abstenção*”.¹²¹

¹²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. vol. II. Teoria Geral das Obrigações**. 27. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de

Nesses moldes, para o tema da tese, compreende-se que a prestação da relação obrigacional no caso da gestação de substituição pode apresentar viés patrimonial (quando houver, por exemplo, efetivo pagamento à gestante de substituição) ou extrapatrimonial (quando apresentar caráter gratuito). Ressalte-se, neste ponto, que a permissão conferida pela Resolução do CFM se aplica somente aos casos de gestação de substituição gratuita. Contudo, a exemplo de situações ocorridas em outros países, a gestação de substituição pode se desenvolver na modalidade onerosa.

Diante de todos os aspectos demonstrados, o que se deve avaliar, segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda, é se o interesse se apresenta como lícito ou não, ainda que se trate de prestação não suscetível de valoração.

2.1.1.2 Licitude

Com vistas a analisar o conceito de licitude, julga-se prudente destacar o conceito trazido pela classificação dos *atos jurídicos*¹²². Trata-se de classificação bastante técnica, inspirada na doutrina germânica – sempre consultada por Pontes de Miranda.¹²³

Os fatos jurídicos, quanto à sua conformidade com o direito, podem ser lícitos e ilícitos. Os fatos lícitos compreendem os que se concretizam em conformidade com as prescrições normativas, constituindo-se em afirmação à

Janeiro: Forense, 2015, p. 20. No mesmo sentido, cf. DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 2. Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49: “na obrigação de entregar uma joia, o objeto da obrigação é o ato do sujeito passivo de efetuar a entrega e não a joia. A joia é objeto da prestação”.

¹²² Conforme ensina Pontes de Miranda, o conceito de fato jurídico “provém do mundo fático, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo que dizer-se que à soma dos elementos do que, no mundo fático, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica *discrimina* o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Onde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fático de cada regra jurídica.” Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II: bens e fatos jurídicos**. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 253.

¹²³ Interessante destacar que Pontes de Miranda, ao traçar conceitos de institutos ou elementos do direito sempre o fazia com vistas a obter a indicação mais técnica e coerente possível.

ordem jurídica. Os ilícitos – que serão abordados no item subsequente – efetivam-se quando violam prescrições normativas.

A *licitude*, baseada na obra ponteana, é considerada *limite geral* em matéria de negócio jurídico, assim como a legalidade dos pressupostos necessários. A licitude manifesta a noção do objeto estar dentro do campo de permissibilidade normativa, o que significa dizer não ser proibido pelo Direito. Caso a licitude não se confirme, o ordenamento jurídico identifica a sanção correspondente, que para esses casos, é a nulidade.

Marcos Bernardes de Mello, assim como Pontes de Miranda, examina a questão da licitude sob a ótica que não se limita ao plano da pura legalidade, mas perpassa o aspecto da moralidade (bons costumes) e do respeito à ordem pública. Licitude seria sinônimo de conformidade com o direito, portanto, não apenas com a lei, mas também com a moral, que está no cerne da juridicidade, e a ordem pública. Assim, para ser lícito, o objeto do ato jurídico há de ser conforme a lei, a moral (refletida nos bons costumes) e a ordem pública.¹²⁴

Caio Mário da Silva Pereira restringe a análise da licitude ao âmbito da regra jurídica. Portanto, o negócio jurídico somente será reconhecido pelo ordenamento jurídico e produzirá os efeitos que dele se espera se atender aos requisitos solicitados quanto à pessoa do agente, ao objeto da relação jurídica e à forma da emissão da vontade. Destaca o autor que o próprio artigo 104 do Código Civil de 2002 estabelece a liceidade do objeto como elemento essencial à sua validade.¹²⁵

De modo diverso, Antonio Junqueira de Azevedo sustenta que a caracterização do negócio jurídico como ato lícito, feita de modo unânime pela doutrina, e até pela legislação, não é mais adequada. Aponta o autor que ser lícito ou ilícito é qualificação que se confere a certos atos jurídicos, conforme sejam aprovados ou reprovados pelo ordenamento jurídico. A qualificação dada a um ato não faz parte da sua estrutura; a qualificação é sempre extrínseca à composição interna do ato. A título de exemplo, se houver um caso que seja de negócio ilícito,

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Negócio Jurídico: Plano da Validade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40-41.

¹²⁵ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 24. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 406.

a licitude não poderá fazer parte de sua definição. Logo, não seria lógico que o negócio fosse definido como lícito e que, ao mesmo tempo, pudesse haver um negócio ilícito. Há casos de negócios ilícitos. O autor, ao empregar essa expressão, não se refere aos casos de negócios nulos, por terem objeto ilícito, ou outro defeito semelhante. Quer sim destacar os negócios ilícitos, ou seja, negócios que são também atos ilícitos, delitos, crimes. Exemplos: o segundo casamento do bigamo (art. 235 do CP)¹²⁶, o registro de nascimento inexistente (art. 241 do CP)¹²⁷. Tais atos, que são crimes, são também negócios jurídicos (e não é naturalmente por serem negócios nulos que perdem o caráter de negócio jurídico). Mas há casos de negócios jurídicos válidos e, ainda assim, ilícitos. Recorda o autor da hipótese da venda de imóvel próprio, mas que anteriormente fora prometido à venda, mediante prestação, a terceiro (art. 171, § 2º, II, do CP)¹²⁸. Nesse caso, normalmente, o segundo negócio será válido, e, se a promessa, anterior à venda, não estiver inscrita ou averbada, o segundo adquirente deverá tornar-se proprietário. Portanto, colocar a licitude como uma das características definidoras do negócio jurídico, constitui erro, segundo o autor.¹²⁹

¹²⁶ “Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento.

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.”

¹²⁷ “Art. 241 - Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente.

Pena - reclusão, de dois a seis anos.”

¹²⁸ “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem: I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria; II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias; III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado; IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém; V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro; VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.” (Sem grifo no original).

¹²⁹ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19-22.

Orlando Gomes¹³⁰, Zeno Veloso¹³¹, Francisco Amaral¹³², Carlos Roberto Gonçalves¹³³, Arnaldo Rizzardo¹³⁴, Flávio Tartuce¹³⁵, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹³⁶ mencionam de forma bastante sintética que objeto lícito é aquele que obedece aos limites impostos pela lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa-fé e à função social ou econômica de um instituto.

Tem-se, assim, três correntes. (a) Uma primeira corrente, capitaneada por Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello, Orlando Gomes, Zeno Veloso, Francisco Amaral, Carlos Roberto Gonçalves, Arnaldo Rizzardo, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sustentam a análise da licitude pelo viés da legalidade, bons costumes e respeito à ordem pública. (b) Já Caio Mário da Silva Pereira restringe a análise da licitude do objeto aos ditames prescritos pela regra jurídica. (c) E o terceiro posicionamento, defendido por Antonio Junqueira de Azevedo, avalia que a análise da licitude não deve ser considerada como uma das características definidoras do negócio jurídico, pois, segundo o autor, ainda que um negócio fosse considerado ilícito, ainda sim seria um negócio jurídico para o ordenamento jurídico.

A tese adere ao posicionamento (a) que vislumbra na licitude um importante fator para a tomada das decisões. Compreendendo o ordenamento jurídico como um sistema coeso que traz no interior de suas regras diversos conteúdos, dentre os quais: possibilidades de ação, permissibilidade de autorregulação para alguns casos, proibição de certos comportamentos, identificação de sanções para os mais diversos tipos de práticas consideradas por ele ilícitas; fixa-se a importância em identificar um arcabouço jurídico capaz de conferir aos acontecimentos da vida caminhos para a resolução de possíveis

¹³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 182 e 183.

¹³¹ VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 71-72.

¹³² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 446-447.

¹³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

¹³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11.

¹³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: lei de introdução e parte geral**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 343.

¹³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 442.

contratempos. Ademais, sabe-se que o sistema de regras – sobretudo o de regras fechadas – não é capaz de suportar as intensas alterações sociais sem perder a sua coerência – considerada aqui sua grande qualidade. É justamente nesse espaço que o legislador permite que o intérprete, observando os anseios da atual sociedade, identifique e firme as bases para a melhor concepção de bons costumes e respeito à ordem pública. Eis aqui os limites – se é que se pode assim denominá-los – para que se respeite a integridade do sistema jurídico.

2.1.1.3 Illicitude

A identificação do conteúdo do termo ilicitude é de vital importância para o Direito, uma vez que a ilicitude do negócio jurídico ou de seu objeto constitui causa de nulidade. O Código Civil de 2002, da mesma forma que o Código Civil de 1916, não definiu especificamente, o que se considera *ilícito* para fins de interpretação do art. 166, II, 1ª parte¹³⁷. Contudo, a norma do art. 122 do Código Civil de 2002¹³⁸, ao considerar lícito tudo aquilo que não é contrário a direito, aos costumes e à ordem pública, acaba por permitir o seguinte raciocínio: a *contrario sensu*, a ilicitude compreende a contrariedade à lei, aos costumes e à ordem pública.

Uma das causas de nulidade é a ilicitude do negócio jurídico ou do seu objeto. A lei preferiu o conceito de *ilícito* ao de *contrário aos bons costumes*. Na realidade, evitou que se deixasse a cargo da moral a determinação do que é ilícito. O ato ilícito possui por pressuposto ser contrário a direito, isto é, infringir prescrição do ordenamento jurídico. A concepção em âmbito nacional do que é “objeto ilícito” (art. 166, II, Código Civil) não parece conferir ao magistrado margem de liberdade para consultar seus valores pessoais, para afirmar se o objeto (ou o fim) é imoral. A doutrina ponteana somente considera regra jurídica aquela editada por quem possua competência para tanto, conforme estabelecido pela

¹³⁷ De acordo com o artigo 166, II, 2ª parte: “É nulo o negócio jurídico quando: II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto [...]”.

¹³⁸ “Artigo 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

Constituição. Na realidade quer parecer que o conceito de ilícito contempla o que ofende a princípios mais sensíveis da ordem social, política, econômica e moral. Ou seja, a moralidade não seria o único requisito a ser avaliado.¹³⁹

Orlando Gomes destaca que a liberdade de obrigar-se tem limites. Existem princípios gerais e normas imperativas que devem ser respeitadas pelos que querem contratar, sendo certo que a vontade dos contratantes, embora autônoma, encontra limitações na lei. A ordem jurídica descansa em princípios gerais que dominam toda a área do direito contratual. Para se resguardar nos seus fundamentos e preservar sua política, institui a ordem pública e os bons costumes como fronteiras da liberdade de contratar e atribuir caráter imperativo a preceitos cuja observância impõe irresistivelmente, negando validade e eficácia aos negócios jurídicos discrepantes desses princípios ou infringentes dessas normas. Sob a denominação de contratos ilícitos, compreendem-se os estipulados com violação às leis imperativas, ou atentatórios da ordem pública e dos bons costumes. Se um contrato se conclui a despeito de legalmente proibido, é evidente que não pode produzir efeitos. O autor ainda classifica os contratos ilícitos de acordo com a qualidade da transgressão. A violação pode ser da ordem pública, dos bons costumes ou de normas imperativas. O contrato ilícito desdobra-se em contrato proibido, contrato imoral e contrato ilegal. Sustenta o autor que o contrato proibido é o que atenta contra a ordem pública. Imoral, o que contraria os bons costumes. E ilegal, o que desobedece a norma proibitiva.¹⁴⁰ Tal classificação de contrato ilícito desenvolvida por Orlando Gomes é curiosa, uma vez que utiliza – ao que tudo indica – adjetivos para designar a qualidade do ilícito.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a condição objetiva de validade do negócio jurídico é bem definida no dispositivo legal: o objeto há de ser lícito. Se é fundamental para sua caracterização a conformidade com o ordenamento legal, a liceidade do objeto ostenta-se como elemento substancial, essencial à sua validade. Se o negócio for ilícito, declina para a hipótese dos fatos humanos insuscetíveis de criar direito para o agente, sujeitando-o, porém, conforme a gravidade do ilícito, a ver apenas desfeito o negócio, ou ainda a reparar o dano

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo IV: validade, nulidade, anulabilidade.** Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 231, 233, 235.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 182 e 183.

que venha a atingir a esfera jurídica alheia. Quer isto dizer que a ilicitude do objeto ora conduz à invalidade do negócio, ora vai além, e impõe ao agente uma penalidade que contemple outras esferas.¹⁴¹

Segundo Marcos Bernardes de Mello¹⁴², o conceito de ilicitude do objeto do negócio jurídico está, essencialmente, relacionado ao de conformidade com o direito, expressão que não se restringe ao aspecto da estrita legalidade, mas inclui a questão da moralidade, do mesmo modo que faz Pontes de Miranda. Para o autor, *“a ilicitude do objeto se caracteriza quando o resultado a que se destina o negócio jurídico é proibido por lei ou o é segundo os princípios, o que ocorre sempre que há infração a normas jurídicas cogentes”*.¹⁴³

Antônio Junqueira de Azevedo analisa a questão sob o viés meramente legal: a validade é considerada a qualidade que o negócio deve apresentar ao ingressar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (nas palavras do autor, “ser regular”). Validade é a qualidade de um negócio existente. Válido é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.¹⁴⁴

Flávio Tartuce entende que somente será considerado válido o negócio jurídico que tenha como conteúdo um objeto lícito, nos limites impostos pela lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, a boa-fé e à função social ou econômica de um instituto. Deste modo, ilícito o objeto, nulo será o negócio jurídico (art. 166, II, do Código Civil). Eventualmente pode estar caracterizado no negócio jurídico o abuso de direito, justamente pelo desrespeito aos conceitos que constam do art. 187 do Código Civil, o que por si, constitui justificativa para a declaração de nulidade.¹⁴⁵

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. v. I.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 406.

¹⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Negócio Jurídico: Plano da Validade.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91.

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Negócio Jurídico: Plano da Validade.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92.

¹⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

¹⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: lei de introdução e parte geral.** 6. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 343.

Para Paulo Lôbo, o ilícito existe como fato jurídico, do mesmo modo que Pontes de Miranda e Antonio Junqueira de Azevedo sustentam. A doutrina de Pontes de Miranda considera equivocado o entendimento de que o fato ilícito não é jurídico, porque o Direito repeliria. Apenas seria possível ao Direito repelir um fato ou uma conduta, fazendo-o no seu mundo próprio. Paulo Lôbo enfatiza que o fato ingressa no mundo do Direito para sofrer as consequências negativas, principalmente a de não poder produzir os efeitos pretendidos por quem dele se utilizou. Em outros casos impõe-se uma sanção ou pena civil, noutras vezes a nulidade.¹⁴⁶

Zeno Veloso evidencia que a ilicitude se perfaz na contrariedade ao direito. Portanto, negócio jurídico que infringe o ordenamento jurídico é negócio com objeto ilícito, e, portanto, negócio nulo. Para o autor, objeto ilícito é mais do que ilegal (*contra legem*): consubstancia-se no que é contrário à moral e aos bons costumes. Entretanto, não se pode colocar dúvidas que a expressão objeto ilícito, como causa de nulidade do negócio jurídico, é o que contraria o Direito, compreendendo o objeto ilegal, o objeto imoral, o objeto que se contrapõe aos bons costumes.¹⁴⁷

Quanto à conceituação da expressão ilicitude, parece haver duas tendências diante das ideias lançadas pelos doutrinadores. A (a) primeira estabelece a questão da ilicitude no plano da validade. Ultrapassa-se o plano da existência, uma vez que o negócio ilícito não deixará de existir para o Direito por essa razão. Assim, a análise deve ser concluída, no caso, pelo plano da validade. O (b) segundo ponto de vista estabelece a ilicitude através de outros três filtros – ou critérios –, quais sejam: (b1) bons costumes, (b2) ordem pública e (b3) contrariedade à ordem jurídica como um todo. Ao que tudo indica – com base nos apontamentos feitos através da análise dos autores – haveria outros três critérios – (b1), (b2) e (b3) – de feição bastante subjetiva.

¹⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

¹⁴⁷ VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 71-72.

2.1.2

A Locução *Objeto Lícito e Ilícito* e seus significados na Jurisprudência Brasileira

Como a tese trata dos contratos de gestação de substituição, foram realizadas pesquisas no Superior Tribunal de Justiça – STJ – acerca do tema. A eleição por este tribunal se deve à tentativa de identificação de algum padrão decisório: seja quanto à nomenclatura empregada, seja quanto à fundamentação das decisões. Chega-se à conclusão que nenhum caso específico de gestação de substituição foi levado à apreciação do STJ. Já com relação aos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal¹⁴⁸, tem havido um aumento no número de casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Entretanto, conclui-se (no capítulo 4) que a quase totalidade dos casos encontrados (e disponíveis para consulta) nos Tribunais de Justiça versa sobre o registro civil da criança com o reconhecimento da dupla maternidade ou da dupla paternidade. Desta forma, constata-se que, diante dos pedidos formulados pelas partes da relação jurídica, não se oportuniza uma análise aprofundada e detalhada sobre a licitude ou ilicitude do objeto do contrato que fora celebrado. Isso porque o resultado encontrado no STJ versa, em sua maioria, sobre temas relacionados a enriquecimento ilícito; ato ilícito; teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil; abandono afetivo e conservação do negócio jurídico. Já no que tange aos tribunais dos estados, apenas são levados à apreciação os casos de gestação de substituição gratuita, com o pedido de reconhecimento da maternidade. De igual modo, não se tem a oportunidade de avaliação do posicionamento do Poder Judiciário brasileiro diante de um caso de gestação de substituição onerosa.

Nos dias 09 e 10 de fevereiro de 2014, fez-se uma varredura com determinadas palavras-chave no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com vistas a identificar um padrão decisório traçado pelo tribunal quanto ao conceito e aplicação da licitude e ilicitude do objeto. Em termos de resultado, a busca no STJ poderia ter apresentado um dado volumoso, mas infelizmente não foi o que se constatou na prática. A escolha pelas palavras-chave não se deu de

¹⁴⁸ Houve dificuldade em se ter acesso a algumas decisões na íntegra, visto que diversos processos tramitam em segredo de justiça.

forma aleatória. Pelo contrário. Em razão do objeto de estudo da tese, pensou-se que através da definição dos termos para a pesquisa chegar-se-ia a exemplos satisfatórios; entretanto, o resultado foi outro. Houve, ainda, uma grata comprovação: praticamente toda a doutrina que fundamenta a tese coincide com a fonte de consulta em inúmeros casos pelos ministros do STJ.

Seguem os critérios de pesquisa utilizados em todas as varreduras:

- Período de busca: de 11 de janeiro de 2003 a 10 de fevereiro de 2014.
- Quanto à legislação analisada, escolheu-se *Código Civil de 2002*.
- Na base de dados, optou-se pela pesquisa na base de dados de *Acórdãos*.
- Os termos de busca utilizados foram: (1) *objeto ilícito*; (2) *ilicitude do objeto*; (3) *objeto lícito*; (4) *licitude do objeto*.

Assim, de acordo com os critérios previamente definidos, constata-se que:

- (1): a palavra-chave *objeto ilícito*, trouxe como resultado 69 acórdãos;
- (2): a palavra-chave *ilicitude do objeto*, 12 acórdãos;
- (3): a palavra-chave *objeto lícito*, 19 acórdãos;
- (4): a palavra-chave *licitude do objeto*, 08 acórdãos.

Em qualquer dos termos de busca utilizados, a maior incidência de resultados estava relacionada aos temas: enriquecimento ilícito; ato ilícito, considerado aquele proveniente de ação ilícita, ilegal ou proibida por regramento legal; teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil; abandono afetivo e conservação do negócio jurídico. Assim, diante do resultado pouco satisfatório da busca realizada na página do Superior Tribunal de Justiça, são trazidos a exame dois casos julgados por esse tribunal: um sobre adoção e o outro, sobre a Lei de Usura.

O primeiro caso é relacionado com a adoção de crianças em âmbito nacional¹⁴⁹. Na realidade, trata-se da prática conhecida popularmente como

¹⁴⁹ “As consequências do jeitinho brasileiro na adoção ilegal de crianças.” Disponível em http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113182. Acesso em 08 mar. 2014. ¹⁴⁹ Sobre adoção de crianças e adolescentes, vide Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), aperfeiçoado pela Lei 12.010/09, denominada Lei da Adoção. Esta última aprimorou a sistemática para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

adoção à brasileira,¹⁵⁰ que configura delito penal tipificado pelo artigo 242 do Código Penal: “*Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. Pena – reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena*”¹⁵¹. Houve julgamento de um caso recente, sob a relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁵², em que a criança (com apenas 10 dias de vida), após convivência com a família adotante, foi encaminhada a um abrigo, em razão do ingresso, pelo Ministério Público, da ação de nulidade de registro e busca e apreensão de S. B. de O. Após esse fato, houve julgamento do recurso de apelação, que reformou a sentença e determinou o retorno do bebê à guarda de J. V. O. e A. B. M. Entretanto, no julgamento de embargos infringentes, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reviu seu posicionamento e concluiu pela retirada da criança da guarda da família adotante. Novamente a criança foi encaminhada ao abrigo temporário. O ministro Paulo de Tarso Sanseverino destacou que a busca e apreensão somente foi determinada por conta da fraude realizada em seu registro de nascimento.

¹⁵⁰ De acordo com a ministra Nancy Andrighi, “a adoção à brasileira, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra o menor como seu filho, sem as cautelas judiciais impostas pelo estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses da criança” Cf. REsp. 833.712 – RS (2006/0070609-4), julgado em 17/05/2007. Relatora ministra Nancy Andrighi. Disponível: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/adocao_a_brasileira/RECURSO%20ESPECIAL%20n%C2%BA%20833.712%20-%20RS.pdf. Acesso em 15 jan. 2015.

¹⁵¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art242. Acesso em 20 jan. 2015.

¹⁵² STJ - HABEAS CORPUS: HC 265771 SC 2013/0060307-1. Relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25 fev. 2014. 3ª Turma do STJ. Ementa: “HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DESTITUIÇÃO LIMINAR DE GUARDA. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE ADOÇÃO “À BRASILEIRA”. CONVÍVIO COM A FAMÍLIA SOCIOAFETIVA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MAUS TRATOS, NEGLIGÊNCIA OU ABUSO. MELHOR INTERESSE DO INFANTE. ORDEM CONCEDIDA.” Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24978851/habeas-corpus-hc-265771-sc-2013-0060307-1-stj/inteiro-teor-24978852>. Acesso em 30 dez. 2014.

O segundo caso¹⁵³ a ser analisado é referente à manutenção do contrato de agiotagem¹⁵⁴ pelo Superior Tribunal de Justiça. Para a Terceira Turma do STJ é possível a anulação da cobrança de juros abusivos com a redução da execução ao que permite a legislação vigente. Maurício Urbanetz – tomador do empréstimo – opôs embargos à execução proposta por Nelson de Souza, pela alegação que as três notas promissórias indicadas como títulos executivos seriam nulas. Nulas em razão da cobrança de juros superiores àqueles legalmente permitidos, o que caracteriza a prática de agiotagem¹⁵⁵.

Nas instâncias de origem houve o reconhecimento da prática da agiotagem, mas a execução foi mantida com a readequação dos juros aplicados à dívida. Conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná, ainda que a agiotagem estivesse caracterizada, não haveria necessidade de decretação da

¹⁵³ REsp. n. 1.106.625 – PR (208/025949-7), julgado em 16/08/2011. Relator ministro Sidnei Beneti. Interessante destacar que a decisão foi unânime na Terceira Turma do STJ. Segue a ementa: “DIREITO CIVL. TEORIA DOS ATOS JURÍDICOS. INVALIDADES. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. NOTAS PROMISÓRIAS. AGIOTAGEM. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS ATOS E DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REDUÇÃO DOS JUROS AOS PARÂMETROS LEGAIS COM CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. 1- A ordem jurídica é harmônica com os interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos seus efeitos, estabelece que até mesmo as normas cogentes destinam-se a ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social, respeitados os negócios jurídicos realizados. Deve-se preferir a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado, optando-se pela sua redução e recondução aos parâmetros da legalidade. 2- O Código Civil vigente não apenas traz uma série de regras legais inspiradas no princípio da conservação dos atos jurídicos, como ainda estabelece, cláusula geral celebrando essa mesma orientação (artigo 184) que, por sinal, já existia desde o Código anterior (artigo 153). 3- No contrato particular de mútuo feneratício, constatada, embora a prática de usura, de rigor apenas a redução dos juros estipulados em excesso, conservando-se contudo, parcialmente o negócio jurídico (artigos 591, do CC/02 e 11 do Decreto 22.626/3). 4- Recurso Especial improvido.”

A íntegra do voto e do relatório podem ser encontrados no seguinte sítio eletrônico: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15977335&sReg=200802594997&sData=20110909&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em 14 fev. 2014.

¹⁵⁴ Com relação à prática de agiotagem existe outro julgado – também relativamente recente. Nessa outra hipótese, o caso se desenvolve entre um particular e uma instituição bancária. Com decisão semelhante ao primeiro caso analisado, a 4ª Turma do STJ, igualmente em decisão unânime, reconheceu que a prática de agiotagem, por si só, não impede a execução de contrato de empréstimo. Segundo os ministros, a prática de agiotagem deve ser combatida, mas não é viável declarar a nulidade do contrato de empréstimo se o mutuário foi efetivamente beneficiado pela parte legal do negócio. Cf. REsp. n. 1.046.18 – RJ (2008/0075932-2), julgamento em 25/06/2013. Relator ministro Raul Araújo. A íntegra do voto e do relatório podem ser encontrados no seguinte sítio eletrônico:

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800759322. Acesso em: 10 fev. 2014.

¹⁵⁵ A Lei de Usura (Decreto n. 22.626/1933) proíbe expressamente, em seu artigo 1º, a estipulação de juros superiores ao dobro da taxa legal. No CC/1916, essa taxa legal tinha previsão no art. 1.062, ou seja, de 0,5% ao mês. Assim, conclui-se que eram considerados por usuários e, portanto, contrários à lei, os juros estipulados acima de 1% ao mês (o que gerava 12% ao ano).

nulidade da execução, já que é possível a anulação apenas da cobrança de juros usurários com a redução da execução à margem permitida por lei. Insatisfeito, Maurício recorre ao STJ e insiste na tese de que a execução seria nula e que, por isso, não poderia ter prosseguimento sequer pelo valor real da dívida, com a exclusão dos juros abusivos. Para Maurício, o ato jurídico deveria ser considerado “nulo de pleno direito”, uma vez que seu objeto seria ilícito.

Ao decidir a questão, o ministro Sidnei Beneti entendeu que tanto o Código Civil de 1916, vigente para o caso, quanto o Código Civil de 2002, estabelecem que “*é nulo o ato jurídico (lato sensu) quando ilícito for o seu objeto*”. Entretanto, o ministro ressaltou que a ordem jurídica “*não fulmina completamente atos que lhe são desconformes em qualquer extensão*”. Sidnei Beneti esclareceu, ainda, que o Código Civil possui diversos dispositivos que destacam o *princípio da conservação dos atos jurídicos*. E essa orientação já existia no art. 153 do Código Civil de 1916: “*a nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável*”. Conclui o ministro que a anulação completa de um ato praticado deve, sempre que possível, ser evitada. A solução, segundo o ministro, seria a readequação aos parâmetros de legalidade.

Nesse julgamento, o ministro Sidnei Beneti (relator) entendeu que deve ser aplicada a regra do Código Civil que autoriza a redução dos juros pactuados ilegalmente, independentemente do que teriam as partes convencionado se soubessem da ilegalidade do contrato. Além disso, o ministro citou artigo 11 da Lei de Usura (conhecida como Lei de Usura, que dispõe sobre os juros nos contratos), segundo o qual, nos contratos nulos, fica assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a maior.

É curioso destacar que em momento algum houve manifestação no sentido de mencionar que a prática analisada configura ilícito penal. Há previsão da prática delituosa, com indicação de pena, inclusive, no Decreto n. 22.626/1933¹⁵⁶

¹⁵⁶ “Art. 1º. É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal. [...] Penas – prisão por (6) seis meses a (1) um ano e multas de cinco contos a cinqüenta contos de reis. No caso de reincidência, tais penas serão elevadas ao dobro”.

(Decreto n. 22.626/1933) e na Lei n. 1.521/1951¹⁵⁷ (que altera os dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular).

Diante do caso, e ao levar em conta a integridade do sistema jurídico brasileiro, a leitura do artigo 104 do Código Civil de 2002 vincula a validade do negócio jurídico à licitude do objeto. Se o objeto fosse considerado ilícito – e o é – a consequência lógica seria a declaração de nulidade do negócio jurídico, conforme artigo 166, inciso II do Código Civil de 2002, uma vez que infringe norma legal. E não seria o caso de produção de efeitos de ato nulo, sob a alegação de o negócio atingir terceiros de boa-fé, uma vez que não houve sustentação dessa ideia no caso concreto. Aplicando-se a este caso a teoria de Pontes de Miranda, verifica-se que o negócio jurídico existe, porém não atende aos critérios pertinentes ao plano da validade.

No segundo julgado, assim como no primeiro, para a solução das lides, foram utilizados (destacadamente) dois princípios: o da conservação dos negócios jurídicos e o do melhor interesse da criança. Entretanto, preocupados em oferecer a melhor e mais adequada prestação jurisdicional, os tribunais têm tratado o tema de forma tangencial. Em ambos os casos houve cometimento de ilícito penal, uma vez que as práticas estavam delineadas no texto legal.

Por meio da avaliação dos dois casos, entende-se que os tribunais brasileiros (1) ou não têm considerado a ilicitude do conteúdo da relação (2) ou ela tem sido interpretada à luz dos elementos do caso concreto com intuito de aplicar o princípio da conservação dos negócios jurídicos. Nessa última hipótese avalia-se o negócio jurídico e, se for o caso, destaca-se do conjunto a parte ilícita da prestação.

Na realidade tem-se constatado uma relativização progressiva de conceitos com o intuito de se alcançar esta ou aquela solução para casos delicados. Em termos práticos, o magistrado tem optado por deixar de lado o conteúdo prescrito na norma jurídica a fim de equacionar a demanda. Tal conduta propicia o

¹⁵⁷ “Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito[...]. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

surgimento do que se denomina de justiça do caso particular, em detrimento da justiça geral. No caso da adoção à brasileira e do contrato de agiotagem, deixa-se para segundo plano a análise dos tipos penais previstos em nome da aplicação de dois princípios: o princípio do melhor interesse da criança e do princípio do enriquecimento sem causa.

2.1.3 Nulidade: Conceito E Consequências

O ordenamento civil brasileiro contempla a nulidade como sanção por sua violação. Para ser considerado nulo, o negócio jurídico precisa descumprir os requisitos¹⁵⁸ de validade considerados essenciais, de interesse social e de ordem pública. Por força da relevância e gravidade da infringência, o sistema jurídico reage com seu grau máximo de invalidade. Diante do vício que carrega, o negócio nulo, em regra, não produz efeito jurídico.

Outro conceito extremamente difícil de delimitar é o de *ordem pública*. O conteúdo de ordem pública não vem fixado em qualquer norma escrita – em nosso sistema jurídico e nos demais. A variabilidade do conteúdo de ordem pública impõe, aos magistrados, um exercício de reflexão e interpretação. Uma vez que é considerada cláusula aberta, seu conteúdo será determinado naquele momento histórico específico.

O conjunto de princípios e conceitos que se formou em torno dessa matéria compõe a denominada *teoria das nulidades*. Tal construção teórica, elaborada diante da preocupação em se preservar a existência, a validade e a eficácia do negócio jurídico, concebida em torno de seus elementos constitutivos, depara-se

¹⁵⁸ Artigo 166, CC/2002, *in verbis*: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

O artigo 166 relaciona-se com o artigo 104 (todos do CC/2002), que menciona os requisitos de validade do ato jurídico: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

hoje com a impossibilidade de uma perfeita sistematização, capaz de fixar a matéria em algumas regras gerais que proporcionem ao intérprete orientação segura.

O Direito atual revela uma tendência de individualização das nulidades. Individualização no sentido de oferecer múltiplas hipóteses, cada qual com sua regra específica. Talvez esta seja a consequência de um sistema jurídico civilista fragmentado em sua matéria em decorrência clara à pluralidade de suas fontes. É nessa realidade que surgem fraturas em sua sistematicidade. E nesses espaços surgem soluções especiais a cada caso – justiça particular.

A partir de uma simples leitura do artigo 166 do Código Civil de 2002, percebe-se que a lei considera nulos os negócios praticados mediante infração grave, que violem preceitos de ordem pública. Assim como afirmou Augusto Teixeira de Freitas, “*se a violação não fosse possível, a lei seria inútil*”.¹⁵⁹ De fato, não é possível evitar ou mesmo impedir, de modo absoluto e eficiente, que os indivíduos descumpram, desobedeçam ou transgridam os preceitos. A sanção existe justamente para que as normas sejam respeitadas. Caso contrário, estabelecer-se-ia o caos social.

Sob a ótica da autonomia privada, do consentimento e da liberdade individual, as pessoas podem (embora não devam) celebrar negócios contrários à norma jurídica. O sistema de Direito Civil encontra na nulidade o mecanismo de defesa para tais ações: a negação de valor jurídico e de eficácia aos atos praticados em desconformidade com o direito.

Clovis Bevilacqua¹⁶⁰, ao tratar da nulidade que decorre do objeto ilícito, destaca que o direito não deve apoiar a prática de atos imorais, por considerá-los desorganizadores da ordem social e contrários à ética: “*o objecto imoral vicia,*

¹⁵⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. vol. I. Prefácio de Ruy Rosa do de Aguiar. Brasília: Ed. Fac-sim, 2003, p. CLXIV.

¹⁶⁰ “Quando os contractos não são celebrados por pessoas capazes, quando lhes faltam as condições essenciais á manifestação exacta da vontade, quando não revestem a forma prescripta pela lei, ou recáem as obrigações delles emergentes sobre objecto prohibido, não estão em condições de viabilidade juridica, e, ou são considerados absolutamente nullos, isto é, como inexistentes, ou simplesmente annullaveis, isto é, dependentes de uma acção de nullidade.” Cf. BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 210-2011. Para o autor, “são nullos de pleno direito: [...] 3º. aquelles que recahirem sobre objectos prohibidos pela lei; 4º ou cujo uso ou fim for manifestamente offensivo á sã moral e aos bons costumes [...]”. Cf. BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 26.

fundamentalmente, o ato. O direito declara-o absolutamente nullo".¹⁶¹ Contudo, esta não tem sido a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar nas hipóteses do reconhecimento da prática de agiotagem e da manutenção do negócio jurídico¹⁶².

As nulidades previstas nos artigos 166 e 167 do Código Civil de 2002 podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir (artigo 168, Código Civil de 2002). A alegação de nulidade pode ser feita em ação própria ou no curso de qualquer procedimento judicial. A ação própria destina-se à declaração de nulidade do negócio jurídico, sendo necessária quando o ato se apresenta como título válido, e com base nele o indivíduo pretenda exercer direitos.

Com a decretação do negócio jurídico nulo, ressaltam-se algumas características: diante do sistema jurídico, a nulidade se apresenta como sanção que visa a proteger o interesse público – na hipótese de o ato jurídico ser praticado sem a observância dos requisitos de validade; o negócio jurídico nulo não produz, em regra, os efeitos esperados – embora possa ser eficaz perante terceiros (exemplo do casamento putativo, que gera efeito perante os filhos).

Mais à frente – no capítulo 4 da tese – serão testados os conceitos delineados até o momento. É o local em que se examinará a adequação – ou não – dos conceitos, a interpretação dos tribunais e dos operadores do Direito. Caso a adequação se confirme, ver-se-á em que medida os argumentos esquematizados estarão aptos a contribuir para a reflexão, o pensamento e a solução de todos os questionamentos provenientes desses novos fatos sociais.

¹⁶¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 447.

¹⁶² Tema tratado no item 2.1.2 desta tese.

3 Autonomia, Consentimento e Contrato: Alguns Limites

3.1 Autonomia Privada e Contrato: Conceito e Alcance das Expressões

Ao se considerar o caminho percorrido pelo contrato, como instituto, percebe-se claramente seu desenvolvimento no tempo e nas sociedades, entendidas essas últimas como vetores de transformação. De sua criação até sua expansão em diversas categorias, vislumbram-se movimentos no sentido de ampliação, restrição, proteção e liberação seja das partes envolvidas, do conteúdo da prestação, da forma de organização e de sua estrutura, por exemplo. Tais fenômenos geram transformações significativas no contrato. Sob uma ótica sistemática, registra-se a crescente fragmentação do fato jurídico e, porque não mencionar, a perda da centralidade da figura e disciplina geral do contrato, concebida, tradicionalmente, de modo unitário. Avança-se no sentido de pensar o contrato de forma pluralista, com todas as suas classes, regras e disciplinas diferenciadas: com a pretensão de ser o suporte capaz de contemplar as novidades resultantes do influxo do tempo, da tecnologia e dos valores.

3.1.1 A Interpretação do Contrato como norma

O estudo e a análise do direito como sistema refletor das transformações sociais denunciam a necessária mutação dos institutos. Corresponde a uma das tarefas do Direito observar o desenvolvimento do indivíduo e sua interação histórica, cultural, religiosa, social, política, econômica, moral e ética. É justamente a complexidade das experiências suportadas pelos indivíduos que se traduz na construção normativo-social, a princípio.

No que diz respeito ao direito contratual, as novas situações fáticas propiciam a alteração de significação dos institutos, o que demanda adequação

para a insuficiência conceitual apresentada¹⁶³. Enzo Roppo¹⁶⁴ sublinha a importância da historicidade do contrato, bem como a relatividade de qualquer outro instituto jurídico. Ao caminhar por tal linha de pensamento, Enzo Roppo, estabelece que a disciplina jurídica resultante de definições legais e jurisprudenciais corresponde, instrumentalmente, à realização de objetivos e interesses valorados mediante as opções políticas e históricas mutáveis. Consequentemente, a interferência e influência no contrato do tipo de organização político-social afirmada a cada momento, é inegável. É necessário, portanto, estabelecer o momento no qual se faz a interpretação dos conceitos.

A clássica soberania da autonomia da vontade, na qual eram características a amplitude da liberdade contratual, a intangibilidade do pactuado e a relatividade dos seus efeitos foi remodelada pelo reconhecimento da influência da ordem pública na esfera privada. Inicia-se, assim, um período em que a forte distinção da esfera privada e pública passa a ser mitigada.¹⁶⁵

¹⁶³ Pontes de Miranda preceitua que “a falta de precisão de conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo IV: validade, nulidade, anulabilidade**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

¹⁶⁴ “Uma vez que o contrato reflecte, pela sua natureza, operações económicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo género e pela quantidade das operações económicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra pelo modelo de organização económica a cada momento prevaemente. [...] Tudo isso se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido. Isso resulta de modo mais claro no plano de uma análise, como costuma dizer-se, sincrónica. Mesmo restringindo o confronto à área dos sistemas económicos altamente desenvolvidos, é evidente, por exemplo, que o contrato terá, nos ordenamentos de tipo capitalista, uma certa configuração e um certo papel, tendo no ordenamento soviético e nos outros ordenamentos de tipo socialista uma configuração e um papel objectivamente diferentes. [...] A organização económica (vale dizer o modo de produção e troca de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, identificando-se-lhe) com a organização social. Assim, também a evolução desta se reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais.” Cf. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24-26.

¹⁶⁵ De acordo com a sistematização feita por Antonio Junqueira de Azevedo, “são três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da *autonomia da vontade* e assim, se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Os grandes movimentos sociais do final do século passado e da primeira metade do século XX obrigaram os juristas a reconhecer o papel da *ordem pública*, acrescentando-se, pois, segundo alguns, um quarto princípio, dito “princípio da supremacia da ordem pública” (na verdade, antes um *limite* que um princípio)”. In: Princípios do Novo Direito Contratual e

A diversificação das relações mercantis, pessoais e consumeristas trouxe reflexos para as novas espécies contratuais. Aquele contrato, com característica de pessoalidade, cede lugar à economia de massas, com grande volume de transações, crescente standardização e impessoalidade do contrato¹⁶⁶. Diante desse novo sistema, a preocupação é em se garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações. Mas esses objetivos demandam, justamente, que as decisões sejam tomadas e disciplinadas através de julgamentos pormenorizados do conteúdo do contrato.

Com isso se observa o poder de sobrevivência¹⁶⁷ do contrato, que mesmo diante da experimentação do tempo e seus influxos, é capaz de se reinventar.

Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 750, abr. 1998, p. 115.

¹⁶⁶ Enzo Roppo, destaca que “um fenómeno similar de despersonalização das relações contratuais e de automatismo na atividade destinada a constituí-las é patenteado pela praxe de *contratação standartizada*, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogénea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor, do utente, do inquilino, etc. – resume-se, no máximo, a um simples acto de adesão mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de ‘declaração de vontade’”. (Cf. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 302-303). Outro é o pensamento de Eros Grau, ao sustentar que “a objetivação e a despersonalização do contrato [...], embora signifiquem mudanças, em nada alteram sua essência e o papel que desempenha no sistema”. (Cf. GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 96, p. 427, 2001.)

¹⁶⁷ Sobre o tema, remeta-se à obra de GILMORE, Grant. **La morte del contrato**. Tradução Andrea Fusaro. Milão: Giuffrè, 1988.

3.1.2

O Contrato e a Autonomia Privada¹⁶⁸: Interrelação Necessária

A autonomia privada, enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana. Antonio-Enrique Pérez Luño¹⁶⁹ afirma que a dignidade humana pressupõe a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, o que implica o reconhecimento total da livre autodisponibilidade das suas possibilidades de

¹⁶⁸ No que tange à existência de diferenciação quanto ao conteúdo dos conceitos de *autonomia privada* e *autonomia da vontade*, constata-se uma divisão na doutrina. Há autores que defendem a distinção dos conceitos enquanto outros sustentam que ambos exprimem a mesma realidade. Com relação aos que apontam a não distinção de conteúdo, cita-se NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3, nota nº 2: “A rigor, entendemos que ambas as expressões exprimem uma mesma realidade, embora a autonomia da vontade esteja historicamente mais associada ao voluntarismo jurídico que em determinado momento nela se legitimava. Assim, optou-se por utilizar a expressão ‘autonomia da vontade’ ou ‘princípio da autonomia da vontade’ sempre que se tivesse em mira o modelo de contrato clássico, no qual, como se verá amplamente demonstrado no decorrer do trabalho, o poder jurígeno da vontade era exacerbado, assumindo contornos fundamentalmente diversos dos que hoje se verificam. A expressão ‘autonomia privada’ é, sob esse prisma, mais genérica, não estando tão essencialmente associada ao voluntarismo e ao individualismo jurídicos.”. Em posicionamento contrário, Francisco Amaral aponta uma distinção interessantemente clara a respeito dos institutos: “a esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao *poder* que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal. A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, deste modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 409). Por fim, ainda sobre a distinção entre as expressões, destaca-se a observação de Pietro Perlingieri, quando afirma que “a autonomia privada deve ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que, de várias formas, colocam a sua exigência”. E oferece, ainda, uma definição usual, segundo ele, a ser considerada por ponto de partida. Portanto, autonomia privada é, “em geral, o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334 e 335; e **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 17). E quanto à autonomia negocial, entende Perlingieri que “se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”. (Cf. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 342).

¹⁶⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Teoria del derecho**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 225.

atuação, e da autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana. No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho prevê que a autonomia se efetiva no “*espaço de indeterminação que permite a inventividade, a criatividade das personae que actuam na cena jurídico política.*”¹⁷⁰

Majoritariamente, a doutrina civilista considera a autonomia privada um dogma que remete à noção de expressão da liberdade dos indivíduos.¹⁷¹ A sua origem histórica e ideológica pode ser reconduzida às doutrinas que, em perspectiva individualista, colocam a vontade individual no núcleo do ordenamento. A liberdade do indivíduo consistiria no reconhecimento da sua vontade no que tange ao poder de regular relações jurídicas. Por essa razão é concebida como auto-regulamentação. Contrariamente a esse posicionamento está Pietro Perlingieri. Segundo o jurista italiano, em um estado de direito, voltado à solidariedade, igualdade e dignidade humana, não é justificável que a autonomia negocial seja vista como dogma, pois nem tudo que é desejado pelos indivíduos (a título de negócio jurídico) é merecedor de tutela. Cumpre verificar se um ato de autonomia é lícito, razoável, merecedor de tutela e proporcional, conforme princípios e valores presentes no ordenamento jurídico. Destaca ainda, o autor, que cada interesse corresponde a um valor e a análise dos interesses autoriza individualizar quais expressam valores reconhecidos e tutelados pela Constituição. Trata-se, segundo Perlingieri¹⁷², do controle de merecimento de tutela dos interesses e da liceidade.

Nessa mesma linha argumentativa, Pietro Perlingieri considera que a patrimonialidade é um requisito, historicamente mutável, utilizado como critério definidor da obrigação e do contrato. Tal pensamento confirma a existência de *contratos sem conteúdo patrimonial*.¹⁷³

É justamente esse o ponto nodal que se pretende analisar. A sociedade global, através do exercício de sua autonomia privada impõe uma reflexão

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 51.

¹⁷¹ Ver, por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 183-206.

¹⁷² PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 334-335.

¹⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 458.

bastante difícil no campo dos negócios, contratos e atos jurídicos, notadamente, os de cunho *não patrimonial*. Na realidade, a discussão é potencializada mediante os avanços da biotecnologia, que interferem nos processos de extinção, preservação, alteração e criação da vida humana. A interferência na esfera de interesses não patrimoniais do indivíduo não apenas gera questões novas, como também reacende outras não tão recentes, como é o caso da disposição do próprio corpo¹⁷⁴. Essa hipótese considera as atitudes de um indivíduo sobre o próprio corpo (como por exemplo o fato de cortar o cabelo, doar órgãos e tecidos, realizar amputações, fazer tatuagens); a validade do consentimento em casos necessários; a possibilidade de revogação/retratação do consentimento; dentre outras situações. A reflexão que persiste é se a autonomia privada ainda permanece estreitamente ligada a fundamentos patrimoniais.

3.1.3 A Liberdade Contratual: Conceito e Limitações

Sob o ponto de vista estrutural, a autonomia é compreendida por um dos princípios fundamentais do Direito Privado. E devido a esse fator, adquire importância a existência de um âmbito particular com eficácia normativa. Trata-se, na realidade, do reconhecimento da concepção axiológica da pessoa considerada o centro do ordenamento jurídico. Notadamente, a esfera de aplicação da autonomia privada é o direito das obrigações – por excelência. Nessa realidade o contrato é a lei e segue o exercício de liberdade em vários momentos, como por exemplo, na própria liberdade de contratar, na preferência por esta ou aquela cláusula geral.

As expressões liberdade de contratar e liberdade contratual não são expressões sinônimas. Eventualmente há dúvidas quanto à significação de cada

¹⁷⁴ Sobre esse ponto, conferir as interessantes reflexões de RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. In: **Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro**, vol. 19, jul./set., 2004, p. 91 e ss; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23 e ss; MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas. (Org.). **20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371 e ss; MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. In: **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, set./dez. 2014, p. 779-818.

uma delas. A liberdade de contratar é entendida como a liberdade facultada a todas as pessoas de realizarem seus arranjos, sem qualquer consideração sobre eventual restrição de conteúdo do contrato em destaque. A limitação a que se refere é a proveniente de norma de ordem pública. Em uma outra ótica, a liberdade contratual é vista como a possibilidade de livre disposição de interesses – pelas partes – no negócio. Enfoca o conteúdo dos contratos, suas cláusulas e condições. Em outros termos, analisa sua consistência interna, traduzida pelas cláusulas que compõem o negócio. Esta liberdade pode vir limitada por normas de ordem pública. Por essa razão a liberdade deve emoldurar-se no regulamento legal. A ideia dos limites impostos à liberdade contratual resulta do próprio fenômeno da publicização do Direito Privado, por meio da interferência estatal nas relações travadas entre particulares, em atenção às exigências do bem comum e do interesse coletivo.

Os limites impostos à autonomia privada são – de acordo com a norma jurídica – a ordem pública e os bons costumes. A ordem pública reconhecida como o conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado. Por bons costumes compreende-se o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de uma sociedade e que se expressam em princípios como o da boa-fé, o da solidariedade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Tem-se em mente que a estandardização das relações consumeristas, em várias oportunidades, impede que se veja a aplicação efetiva da autonomia privada na celebração de contratos de adesão, por exemplo. Mas diante da proposta levantada por esta tese, volta-se a observar a incidência do princípio da autonomia privada na estipulação de contratos de gestação de substituição. Detalha-se. Ao partir da hipótese em que se utilizariam todos os meios e técnicas possíveis, poderiam ser escolhidos: (a) clínica que realizaria os procedimentos necessários; (b) gameta masculino; (c) gameta feminino; (d) gestante de substituição. Desse modo, percebe-se claramente a força que a autonomia privada tem experimentado no que tange às técnicas de reprodução assistida e, em especial, no contrato de gestação de substituição. Neste último, aliás, a presença do princípio se faz bastante presente.

A autonomia privada revela-se como produto e instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é o liberalismo como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado, a exemplo do Direito das Obrigações. Contudo, a intervenção do Estado, e o estabelecimento de legislação que toca a matéria, visa estabelecer a igualdade material¹⁷⁵.

As consequências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica, e, no Direito Civil, os princípios do direito contratual, da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do Direito das Obrigações. No Direito Sucessório constata-se a presença da autonomia privada na liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento – evidentemente, dentro dos parâmetros de permissibilidade da lei.

O fundamento da autonomia privada é a liberdade como valor. E o indivíduo a exercita quando livremente externa sua vontade. Portanto, a liberdade consubstanciada por valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia normativa, que se concretiza de duas formas: (a) quando estabelece, modifica ou extingue relações jurídicas e (b) quando procede à normatização ou regulação jurídica dessas mesmas relações, dentro do espectro de liberdade permitido pelo Estado. Apresentam-se, conseqüentemente, duas facetas da liberdade jurídica: (a) a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações e (b) a de estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, no exercício do seu poder jurídico de criar – nos limites legalmente estabelecidos – normas de direito.

A autonomia privada é, portanto, o espaço de liberdade que o ordenamento jurídico delega aos indivíduos, ao reconhecer que, tratando-se de relações de Direito Privado, regularão da forma mais adequada os seus interesses.

¹⁷⁵ Nesse sentido, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. In: **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, set./dez. 2014, p. 779-818.

É sob esse prisma que se quer considerar a autonomia privada – com a liberdade – um princípio normativo-jurídico e organizacional do sistema jurídico (evidentemente, naquilo que sua aplicação for compatível).

Nesse sentido, afirma-se não existir liberdade em abstrato: toda autonomia é constituída a partir da sociedade dentro da qual o sujeito estabelece a sua própria identidade, na constante convivência com o outro.¹⁷⁶ Compreende-se que somente se pode falar em verdadeira autonomia no âmbito de uma situação jurídica determinada, no diálogo entre fato e norma que considera a pessoa em suas peculiaridades, tutela suas vulnerabilidades e assim garante que a mesma atinja as condições para o exercício pleno da sua liberdade.

Diante da dificuldade em se determinar os limites da autonomia privada, bem como da liberdade nas situações jurídicas extrapatrimoniais, o ideal seria a existência de um tratamento diferenciado para a autonomia relativa a atos existenciais, isto é, para a realização de escolhas ligadas não ao patrimônio, mas àqueles elementos que constituem a identidade que individualiza e caracteriza cada indivíduo.¹⁷⁷

É fundamental a reflexão sob o viés existencial da autonomia privada e da liberdade contratual – que difere qualitativamente da sua vertente patrimonial. Isto porque as situações jurídicas subjetivas patrimoniais, tendo em vista sua instrumentalidade indireta para a realização da dignidade da pessoa humana, devem desempenhar uma função social para serem merecedoras de tutela. Em virtude disso, a autonomia privada patrimonial pode sofrer limitação em virtude do princípio da solidariedade de uma forma mais acentuada, funcionalizada à realização também de interesses coletivos.

¹⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (Orgs.). **Os princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 169.

¹⁷⁷ Nesse sentido, Pietro Perlingieri destaca que “o ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível: à intuitiva diferença entre a venda de mercadorias [...] e o consentimento a um transplante corresponde uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição.” Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 276.

Em contrapartida, as situações jurídicas subjetivas extrapatrimoniais, por serem consideradas manifestações diretas da personalidade sob o viés axiológico, não devem ser instrumentalizadas. Assim, no que se refere à autonomia privada existencial, para que se garanta o livre desenvolvimento da personalidade, é fundamental que o indivíduo possa escolher a forma de vida que mais lhe realize, bem como concretize o seu projeto de vida individual. Ainda que seja a hipótese de um projeto econômico. Por isso, nesse campo, não se pode afirmar que a autonomia seja funcionalizada, ainda mais a interesses sociais ou coletivos. Se se pensar na funcionalização da autonomia privada existencial, a única alternativa possível é lhe atribuir uma função pessoal, individual, vinculada exclusivamente à livre realização da personalidade.¹⁷⁸

Ainda com relação à liberdade, traça-se, a partir daqui, uma reflexão que alia o pensamento jurídico ao pensamento antropológico. Elabora-se um diálogo direto entre Direito e Antropologia: a liberdade quanto à determinação do objeto do contrato será analisada sob o viés antropológico.

A obra de Marcel Mauss¹⁷⁹, especialmente *Ensaio sobre a dádiva*, apresenta elementos interessantes e notáveis à ideia que se quer delinear neste ponto da tese – o objeto no contrato de gestação de substituição.

Conforme destacado, o fato de a biotecnologia¹⁸⁰ ter influenciado de forma direta nas relações sociais e jurídicas converteu – como consequência – o

¹⁷⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 147.

¹⁷⁹ MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Introdução: Claude Lévi-Strauss; tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003, especialmente a segunda parte, que trata sobre o **Ensaio sobre a dádiva – forma e razão da troca nas sociedades arcaicas**, p. 183-314.

¹⁸⁰ Sobre o tema da instrumentalização da vida humana e suas intercorrências, remete-se a: SCHWENZER, Ingeborg. **Model family code: from a global perspective**. Antwerpen: Intersentia, 2006. Acesso em 10 fev. 2015. Disponível em: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6428/20111027161123_4ea9668bdfd0f.pdf; DAVID, Georges et all. Rapport de l'Académie Nationale de Médecine. **La gestation pour autui**. Paris: Lavoisier, 2011; ARBOUR, Marie-Ève; LACROIX, Mariève. **Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit**. Disponível em: https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_40/Arbourlacroix.pdf. Acesso em 20 mar 2015; o mesmo trabalho, porém, numa versão mais detalhada: ARBOUR, Marie-Ève; LACROIX, Mariève. **Le statut juridique du corps humain**. Rapport Québécois – Journées Henri Capitant, Suisse, juin 2009. Disponível em: http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Quebec_Arbour_et_Lacroix_.pdf. Acesso em 20 mar 2015; PANDE, Amrita. **Wombs in labor. Transnational commercial surrogacy in India**. New York: Columbia University Press, 2014; LABRUSSE-RIOU, Catherine; BELLIVIER, Florence. Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé. In: **Revue Internationale de Droit**

indivíduo em objeto contratual, e por que não dizer, econômico? Diante desse cenário, é notável a inadequação – em alguns momentos – do ordenamento jurídico nacional com relação à tutela do indivíduo.

As sociedades, de acordo com Marcel Mauss, se estabelecem à base de trocas¹⁸¹, que constituem o resultado de inúmeras atividades sociais que

Comparé. Paris. vol. 54, n° 2, avril-juin 2002, p. 579-601; BELLIVIER, Florence et all. Les limitations légales de la recherche génétique et de le droit français. In: **Revue Internationale de Droit Comparé.** Paris. n° 2, avril-juin 2006, p. 275-318; LABRUSSE-RIOU, Catherine. La filiation et la médecine moderne. In: **Revue Internationale de Droit Comparé.** vol. 38, n°2, avril-juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) pp. 419-440; LABRUSSE-RIOU, Catherine. **Que peut dire le droit de l'humain?** Études 10/2010 (Tome 413), p. 343-354. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-etudes-2010-10-page-343.htm>. Acesso em 28 mar 2015; NOIVILLE, Christine. **Principe de précaution et santé: le point sur quinze années de jurisprudence.** Les Cahiers Du Centre Georges Canguilhem, 2009/1, n° 3, p. 73-89; BELLIVIER Florence; NOIVILLE Christine. **Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques.** Coll. Traité des contrats. Paris: LGDJ, 2006; BERIAIN, Iñigo de Miguel; CASABONA, Carlos María Romeo (Editors). **Synbio and Human Health: a Challenge to the Current IP Framework?** London: Springer, 2014.

¹⁸¹ De acordo com Marcel Mauss, “na civilização escandinava e em muitas outras, as trocas e os contratos se fazem sob a forma de presentes, em teoria voluntários, na verdade obrigatoriamente dados e retribuídos. Este trabalho é um fragmento de estudos mais vastos. Há anos nossa atenção dirige-se ao mesmo tempo para o regime do direito contratual e para o sistema das prestações econômicas entre as diversas seções ou subgrupos que compõem as sociedades ditas primitivas, e também as que poderíamos chamar arcaicas. Existe aí um enorme conjunto de fatos. E fatos que são muito complexos. Neles, tudo se mistura, tudo o que constitui a vida propriamente social das sociedades que precederam as nossas – até à da proto-história. Nesses fenômenos sociais ‘totais’, como nos propomos a chamá-los, exprimem-se, de uma só vez, as mais diversas instituições: religiosas, jurídicas e morais – estas sendo políticas e familiares ao mesmo tempo –; econômicas – estas supondo formas particulares da produção e do consumo, ou melhor, do fornecimento e da distribuição –; sem contar os fenômenos estéticos em que resultam esses fenômenos morfológicos que essas instituições manifestam. De todos esses temas muito complexos e dessa multiplicidade de coisas sociais em movimento, queremos considerar aqui apenas um dos traços, profundo mas isolado: o caráter voluntário, por assim dizer, aparentemente livre e gratuito, e no entanto obrigatório e interessado, dessas prestações. Elas assumiram quase sempre a forma do regalo, do presente oferecido generosamente, mesmo quando nesse gesto que acompanha a transação há somente ficção, formalismo e mentira social, e quando há, no fundo, obrigação e interesse econômico. E não obstante indicarmos com precisão os diversos princípios que deram esse aspecto a uma forma necessária da troca – isto é, da própria divisão social do trabalho –, vamos estudar a fundo somente um de todos esses princípios. *Qual é a regra de direito e de interesse que, nas sociedades de tipo atrasado ou arcaico, faz que o presente recebido seja obrigatoriamente retribuído? Que força existe na coisa dada que faz com que o donatário a retribua?* [...] Também se verá a que novos problemas somos levados: uns dizem respeito a uma forma permanente da moral individual, a saber: a maneira como o direito real permanece ainda em nossos dias ligado ao direito pessoal; outros dizem respeito às formas e às ideias que sempre presidiram, ao menos parcialmente, à troca, e que ainda hoje suprem em parte a noção de interesse individual. [...] Descreveremos os fenômenos de troca e de contrato nessas sociedades que são, não privadas de mercados econômicos como se afirmou – pois o mercado é um fenômeno humano, a nosso ver, não é alheio a nenhuma sociedade conhecida –, mas cujo regime de troca é diferente do nosso. Nelas veremos o mercado antes da instituição dos mercadores, e antes de sua principal invenção, a moeda propriamente dita; de que maneira ele funcionava antes de serem descobertas as formas, pode-se dizer modernas (semítica, helênica, helenística e romana), do contrato e da venda, de um lado, e a moeda oficial, de outro. Veremos a moral e a economia que regem essas relações. E, como constataremos que essa moral e essa economia funcionam ainda em nossas sociedades de

compreendem basicamente três obrigações: dar, receber e retribuir. Consequentemente, avaliar a sociedade significa desenvolver um ponto de vista que considere a vida social como um sistema de relações.

Na obra publicada em 1929, Marcel Mauss expõe a forma e a razão da troca nas sociedades arcaicas. Ao fim, demonstra o caráter universal da troca e sua importância como alicerce das relações sociais. As trocas e os contratos perfazem-se sob a forma de presentes – em princípio voluntários – oferecidos e retribuídos. As relações travadas em sociedade são complexas – compreendidas pelo autor por *fenômenos sociais totais* – que se traduzem pelas dimensões moral, religiosa, familiar, política, estética, econômica e de direito. Diante de tantas dimensões, Mauss delimita seu foco na compreensão do caráter voluntário, aparentemente livre e gratuito, mas imposto pelo sistema de prestações e contraprestações. Interessa ao autor revelar a regra de direito e de motivação que determina que um presente recebido seja – obrigatoriamente – retribuído. Em outros termos: identificar a força ínsita na coisa ofertada capaz de determinar que o recebedor a corresponda.¹⁸²

forma constante e, por assim dizer, subjacente, como acreditamos ter aqui encontrado uma das rochas humanas sobre as quais são construídas nossas sociedades, poderemos deduzir disso algumas conclusões morais sobre alguns problemas colocados pela crise de nosso direito e de nossa economia, e nos deteremos aí. Essa página de história social, de sociologia teórica, de conclusões de moral de prática política e econômica, não nos leva, no fundo, senão a colocar mais uma vez, sob formas novas, antigas mas sempre novas questões”. (Com grifos no original) Cf. MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Introdução: Claude Lévi-Strauss; tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 187-189. O autor, a fim de proporcionar uma análise real dos resultados obtidos com as pesquisas, estabeleceu um método de comparação preciso: apenas estudou o tema em áreas determinadas e escolhidas (Polinésia, Melanésia, Noroeste americano e alguns grandes direitos).

¹⁸² “Jamais parece ter havido, nem até numa época bastante próxima de nós, nem nas sociedades muito erradamente confundidas sob o nome de primitivas ou inferiores, algo que se assemelhasse ao que chamam a Economia natural. [...] Ora, são esses mesmos polinésios que vamos aqui estudar, e veremos o quanto estão distantes, em matéria de direito e de economia, do estado de natureza. Nas economias e nos direitos que precederam os nossos, nunca se constatam, por assim dizer, simples trocas de bens, de riquezas e de produtos num mercado estabelecido entre os indivíduos. Em primeiro lugar, não são indivíduos, são coletividades que se obrigam mutuamente, trocam e contratam; as pessoas presentes ao contrato são pessoas morais: clãs, tribos, famílias, que se enfrentam e se opõem seja em grupos frente a frente num terreno, seja por intermédio de seus chefes, seja ainda dessas duas maneiras ao mesmo tempo. Ademais, o que eles trocam não são exclusivamente bens e riquezas, bens móveis e imóveis, coisas úteis economicamente. São, antes de tudo, amabilidades, banquetes, ritos, serviços militares, mulheres, crianças, danças, festas, feiras, dos quais o mercado é apenas um dos momentos, e nos quais a circulação de riquezas não é senão um dos termos de um contrato bem mais geral e bem mais pertinente. Enfim, essas prestações e contraprestações se estabelecem de uma forma sobretudo voluntária, por meio de regalos, presentes, embora elas sejam no fundo rigorosamente obrigatórias, sob pena de guerra privada ou pública. Propusemos chamar tudo isso o *sistema das prestações totais*”. (Com grifos no

Compreender o sistema¹⁸³ das sociedades arcaicas adquire relevância em razão de conceber a justificação que permeia as relações de dar e receber. Mauss alerta que a *prestação total* não envolve somente a obrigação de retribuir os presentes recebidos. Supõe duas outras obrigações: a de dar os presentes e a de recebê-los. É aqui que se encontra o fundamento da troca: a recusa a dar ou receber equivale a declarar guerra, já que pode ser equiparada a recusar uma aliança.¹⁸⁴ Dar, receber e retribuir ultrapassa o caráter utilitário das relações. Abarca vínculos de amizade, solidariedade e cálculos racionais: eis o fundamento da dádiva.

A liberdade – segundo Marcel Mauss – nas sociedades modernas se aperfeiçoa através da *troca de equivalentes*, o que se traduz em uma liberdade fora do mercado. A *dádiva* se revela como algo que não possui relação com o Estado ou com o mercado, mas circula em razão do laço social, ou seja, das relações de reciprocidade – trocas –, o que expressa uma liberdade diversa daquela tradicional, uma vez que a troca respeita os limites e as regras estabelecidas entre os envolvidos na relação.

original). Cf. MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Introdução: Claude Lévi-Strauss; tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 189-191.

¹⁸³ Marcel Mauss se utiliza do método etnográfico em sua pesquisa. Os estudos etnográficos compreendem a sociedade sob o ponto de vista das pessoas que nela convivem. É necessário observar as atividades das pessoas, as ferramentas que utilizam no cotidiano e a forma como se relacionam entre si. Dois pilares caracterizam o método etnográfico: a interação prolongada entre o pesquisador e o sujeito da pesquisa e a interação cotidiana do pesquisador no universo do sujeito. Possui por característica focar o comportamento social do sujeito no seu cenário cotidiano, confiando em dados qualitativos obtidos a partir de observações e interpretações feitas no contexto da totalidade das interações humanas. Dessa forma, os resultados da pesquisa são interpretados com referência ao grupo ou cenário, conforme as interações no contexto social e cultural e a partir do olhar dos sujeitos participantes da pesquisa. Para aprofundar o conhecimento acerca do tema, sugere-se a leitura de MATTOS, Carmen Lúcia Guimarães de. **A abordagem etnográfica na investigação científica**. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8fcfr/pdf/mattos-9788578791902-03.pdf>. Acesso em 28 mar. 2015.

¹⁸⁴ “Em tudo isso há uma série de direitos e deveres de consumir e de retribuir, correspondendo a direitos e deveres de dar e receber. Mas essa mistura íntima de direitos e deveres simétricos e contrários deixa de parecer contraditória se pensarmos que há, antes de tudo, mistura de vínculos espirituais entre coisas, que de certo modo são alma, e os indivíduos e grupos que se tratam de certo modo como coisas. E todas essas instituições exprimem unicamente apenas um fato, um regime social, uma mentalidade definida: é que tudo, alimentos, mulheres, filhos, bens, talismãs, solo, trabalho, serviços, ofícios sacerdotais e funções, é matéria de transmissão e de prestação de contas. Tudo vai e vem como se houvesse troca constante de uma matéria espiritual que compreendesse coisas e homens, entre os clãs e os indivíduos, repartidos entre as funções, os sexos e as gerações”. Vide: MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Introdução: Claude Lévi-Strauss; tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 202-203.

Situações como doação de órgãos¹⁸⁵, gestação de substituição¹⁸⁶, escolha de características fenotípicas, circulação de dados genéticos, melhoria genética, dentre outras tantas, manifestam uma liberdade diferenciada e apontam para uma ressignificação do contrato. Esses exemplos constituem o *vivant*¹⁸⁷ e tornam-se objetos de circulação no mercado.

Diante das implicações provenientes da conjugação entre a biotecnologia e o contrato, e na medida em que a vida humana se transforma em objeto contratual, desvirtua-se a função clássica de contrato. Sob a ótica do Estado e do mercado, existem regras bastante claras a serem seguidas. Entretanto, no espaço de liberdade das relações intersubjetivas, que se pautam na base da troca – seguindo a tese de Marcel Mauss – existiria liberdade fora do mercado. Tal liberdade é expressa por trocas, de modo gratuito, ligadas pelo afeto ou pelo laço social. O símbolo da gratuidade estabelecida na *troca de equivalentes* é determinante para o

¹⁸⁵ A Constituição da República brasileira de 1988 traça – expressamente – a noção de gratuidade que permeia atos de disposição do próprio corpo, conforme o artigo 199, § 4º: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. Cf. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2015.

¹⁸⁶ Com relação à gestação de substituição, Jussara Maria Leal de Meirelles apresenta seu ponto de vista quanto à ilicitude do objeto do contrato celebrado, bem como quanto à caracterização da atividade realizada pela gestante: “Ao se qualificar o acordo de gestação em útero alheio como uma locação de serviços, estar-se-ia reconhecendo à gestante o dever de executar uma atividade, que seria a prestação de seu ventre (ou, em sentido amplo, de todo o seu organismo, pois *in toto* se envolveria na gestação). Indubitavelmente, o negócio jurídico estaria eivado de nulidade, posto que teria por objeto a pessoa da gestante e, logicamente, o serviço seria ilícito. No entanto, deixando à margem a questão da ilicitude do ajuste, a caracterização ainda não estaria perfeita, porque a ‘mãe substituta’ não somente deve manter a gestação como, ao final, entregar o filho aos interessados. Portanto, o objeto não é a atividade em si (gestação), mas o resultado, o que torna o acordo mais próximo de uma empreitada [...]. Do mesmo modo, à parte a notória ilicitude do negócio (posto que teria por objeto ainda a pessoa humana – agora, o filho), outra dificuldade se apresenta à sua perfeita caracterização, evidenciando o quão forçada é a analogia, tanto com locação de serviços quanto com empreitada: o desenvolvimento do feto no ventre materno é função natural, processando-se pela força interna dos órgãos específicos, e não pela vontade ou por aptidões artísticas ou técnicas da pessoa. Logo, a gestante não exerce um trabalho, uma empreitada, e tampouco é ‘contratada’ em função de uma reconhecida competência e capacidade profissional, ou uma habilidade técnica”. Cf. MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Gestação por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”**. Curitiba: Genesis, 1998, p. 80.

¹⁸⁷ A expressão *le vivant* é trazida ao debate contemporâneo por Florence Bellivier e Christine Noiville. Segundo as autoras, a exploração dos organismos vivos – da bactéria ao corpo humano – repercute no que se entende por categoria de bens materiais e imateriais (como por exemplo: as células, os tecidos, as informações genéticas). A nova categoria (*le vivant*) rompe as barreiras entre o que se considera natural e artificial, resultando em um *recurso biológico explorável*. Cf. BELLIVIER, Florence; NOIVILLE, Christine. **Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques**. Coll. Traité des contrats. Paris: LGDJ, 2006, p. 43.

contexto, pois alcança a lógica do distanciamento de tais situações do cenário contratual – marcado pela característica da atribuição de valores, ou em outros termos, da comercialização.

A ressignificação do contrato aponta para o reforço de seu papel como instrumento da autonomia privada. A liberdade econômica é confrontada com a liberdade existencial, ensejando uma autonomia negocial. Desse modo, conforme salienta Marcel Mauss, existe – sim – liberdade fora do mercado. A partir dessa análise antropológica, evidencia-se a tendência de contratualização dos laços sociais, que se faz presente na adoção de um filho, na formalização do casamento, na designação de uma coisa a alguém pela via do testamento, por exemplo.

Assim como na *dádiva*, Mauss submete a categoria do *don* ao método etnográfico¹⁸⁸. O *don* estabelece-se como categoria apta a recepcionar atos de disposição do próprio corpo. Nessa categoria – *don* – está presente a ideia de *dádiva*, lançada por Mauss.

De acordo com Florence Bellivier e Christine Noiville, alguns formulários¹⁸⁹ disponíveis no setor biotecnológico francês apresentam uma *arquitetura comum*: (a) a gratuidade, a revogabilidade do consentimento, o anonimato e o segredo médico; (b) a previsão que o material conservado sirva

¹⁸⁸ De acordo com Clifford Geertz, “a etnografia é uma descrição densa. O que o etnógrafo enfrenta, de fato – a não ser quando (como deve fazer, naturalmente) está seguindo as rotinas mais automatizadas de coletar dados – é uma multiplicidade de estruturas conceituais complexas, muitas delas sobrepostas ou amarradas umas às outras, que são simultaneamente estranhas, irregulares, inexplícitas, e que ele tem que, de alguma forma, primeiro apreender e depois apresentar. [...] Fazer etnografia é como tentar ler (no sentido de ‘construir uma leitura de’) um manuscrito estranho, desbotado, cheio de elipses, incoerências, emendas suspeitas e comentários tendenciosos [...]”. Cf. GEERTZ, Clifford. **El antropólogo como autor**. Barcelona: Paidós, 1989, p. 20). Assim, o método etnográfico consiste em um estudo profundo na vida cotidiana de povos que se pretende compreender.

A essas pessoas, damos voz, não por caridade, mas por convicção de que têm coisas a dizer. E essa voz é dialógica. O pesquisador e o nativo conversam, falam, dialogam. É nisso que consiste o cerne do método etnográfico: em trabalhar com pessoas, dialogando com elas.

¹⁸⁹ A título de exemplo, as autoras destacam: “Je, soussigné(e) [...], déclare avoir été informé(e) [...] de la possibilité d’utilisation à des fins thérapeutiques de tissu nécessairement enlevé pour réaliser l’intervention qui m’est proposée [...]”; ou encore ‘Je, sossigné(e) [...], consens expressément que les prélèvements effectués lors de l’intervention médicale Du [...] par le Dr [...] soient conservés par cryopréservation et utilisés à des fins de recherche scientifique, notamment génétique”. Cf. BELLIVIER, Florence; NOIVILLE, Christine. **Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques**. Coll. Traité des contrats. Paris: LGDJ, 2006, p. 143. Em tradução livre: “Eu, abaixo assinado(a) [...] declare ter sido informado [...] da possibilidade de utilização para fins terapêuticos do tecido necessariamente retirado para realizar a intervenção que me foi proposta [...],’ ou ainda ‘Eu, abaixo assinado(a) [...], consinto expressamente que as retiradas efetuadas quando da intervenção médica do [...] pelo Dr [...] sejam conservados por criopreservação e utilizados para fins de pesquisa científica, notadamente genética”.

para múltiplas pesquisas, prevendo-se seus tipos e duração; (c) e embora o doador não tenha qualquer direito aos resultados da pesquisa, possui o direito de ser informado a seu respeito.¹⁹⁰ Interessante mencionar que atos de disposição do próprio corpo¹⁹¹, realizados sob a ótica do *don* estabelecem obrigações recíprocas entre doadores e receptores, do mesmo modo como se dá nas realidades sociais pesquisadas por Marcel Mauss.

Com o estabelecimento dessa linha de raciocínio, quer se identificar que a liberdade, sob o viés da biotecnologia e do contrato, se cristaliza por meio da *troca de equivalentes*. Contudo, a *dádiva* se expressa em uma lógica de liberdade diversa: a da dívida, ou seja, da obrigatoriedade de retribuição do regalo. É a liberdade que se caracteriza através do *laço social* – e não pela lógica do mercado. Se se seguir a lógica traçada por Mauss, o indivíduo se realiza como ser social através da *dádiva*, tendo em vista a carga de destaque conferida à interação da pessoa com o meio ao qual ela pertence. Portanto, o que não mantém conexão com mercado e com o Estado – mas que circula em favor do *laço social*¹⁹² – é entendido como *dádiva*¹⁹³.

¹⁹⁰ BELLIVIER, Florence; NOIVILLE, Christine. **Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques**. Coll. Traité des contrats. Paris: LGDJ, 2006, p. 143-144.

¹⁹¹ A título de exemplo, destaca-se o formulário de doação de esperma dos CECOS (Centres d'Étude et de Conservation des Oeufs et Du Sperme Humain): “Eu me comprometo a fornecer todos os esclarecimentos que me serão requeridos sobre meu estado de saúde e dos membros de minha família. Eu autorizo o CECOS a conservar este conjunto de informações no anonimato. Eu me comprometo a não investigar a identidade das pessoas inseminadas com meu esperma, ou a identidade dos filhos assim concebidos, em saber que, reciprocamente, o anonimato mais absoluto me é assegurado”. Cf. BELLIVIER, Florence; NOIVILLE, Christine. **Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques**. Coll. Traité des contrats. Paris: LGDJ, 2006, p. 143.

¹⁹² Significa dizer que a *dádiva* expressa reciprocidade. Sobre a assertiva, destaco um exemplo pouco ambicioso, quicá infantil. Ainda é muito comum encontrar nas regiões e localidades que mantêm preservadas as estreitas relações sociais e afetivas a prática da *dádiva*, tal qual pensada por Marcel Mauss. O fato de fazer um doce ou uma comida especial e presentear o vizinho ou amigo dentro de um pote (recipiente que pode ser de vidro, alumínio ou plástico) pode ser um exemplo de *dádiva* no contexto moral. A entrega do doce ou da comida é capaz de expressar diversos significados: (a) trégua, para uma desavença cotidiana; (b) lembrança do *laço afetivo*; (c) fortalecimento do *laço afetivo*; (d) criação do *laço afetivo* – uma vez se tratar de vizinho ou amigo recente, etc. Consequentemente, o que virá? Se a *dádiva* se baseia na relação de reciprocidade, quem oferece o presente espera ser presenteado de volta (*contradádiva*, segundo Mauss). Caso o vizinho ou amigo não retorne com o pote, outras hipóteses são lançadas: (a) se o pote retornar vazio, haverá juízo de valor sobre tal ação; (b) se o pote retornar com outro doce ou comida, o movimento cíclico da *dádiva* aparecerá. Em outros termos, sempre que houver a possibilidade ou o desejo, novas relações de *dádiva* ocorrerão.

¹⁹³ A *dádiva*, conforme já destacamos, pode ser ilustrada através da doação de sangue, da doação de órgão, doação de esperma e óvulo, dentre outros exemplos.

Nessa perspectiva, estabelece-se uma conclusão parcial: o Direito Privado exclui a *dáviva* do objeto contratual. Contudo, a relação inaugurada pela gestação de substituição põe em prática a vinculação das partes deste contrato com fundamento no laço social. Tal laço é previsto pela Resolução n. 2.121/2015 do CFM quando se identifica a exigência da relação de parentesco entre as partes.

3.1.4 O Valor do consentimento como Autorregulação

A expressão consentimento possui emprego variável. A manifestação de vontade, no plano dos negócios jurídicos, recebe a denominação de consentimento. O consentimento é também verificado na forma de documentos, chamados de *termos de consentimento*. Trata-se de documento recomendado por códigos de ética, por exemplo, para ser utilizado na prática cotidiana em saúde e na realização de pesquisas envolvendo seres humanos. É indicado para as situações em que se empregam tecnologias avançadas. A terminologia para expressar a prática do consentimento apresenta variações. Na literatura, a expressão mais comum para se referir, de maneira genérica, a essa prática é *consentimento informado* (*informed consent*). No Brasil, desde 1996, adota-se a terminologia *Consentimento Livre e Esclarecido* (CLE), conforme a Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 196/1996, que dispõe sobre ética em pesquisa com seres humanos. Na Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.121/2015, que estabelece normas éticas para a prática clínica de reprodução humana assistida, a terminologia empregada é *consentimento livre e esclarecido informado*. Portanto, o *consentimento informado* ou *termo de consentimento informado* são expressões genéricas utilizadas nos formulários das clínicas de reprodução assistida, destinados a pessoas que buscam seus serviços.¹⁹⁴

Em termos objetivos, verificar o que representa o consentimento nem sempre se traduz em tarefa fácil. Os questionamentos gravitam em torno da sua natureza jurídica, da certeza e alcance da sua definição ou da sua obrigatoriedade.

¹⁹⁴ MENEGON, Vera Mincoff. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Cadernos de Saúde Pública**. vol. 20, n. 3, p. 845-854, mai./jun. 2004.

Pelas regras estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina¹⁹⁵, o consentimento informado é obrigatório. Quanto à natureza jurídica, ao se considerar as características mencionadas na Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, é tranquilo afirmar que se trata de um verdadeiro contrato, com prescrições de regras e estabelecimento de ações. Como se trata, via interpretação, de contrato, aplicam-se as disposições gerais do Código Civil às questões.

O consentimento é compreendido como um motivo de justificação no Direito, onde os contratos são formados com base no consentimento apresentado pelas partes envolvidas naquela relação jurídica. Além do consentimento, faz-se necessária a presença de outros elementos, como a capacidade das partes, licitude, possibilidade, determinação do objeto, bem como a verificação de possíveis vícios capazes de eivar a relação jurídica que se deseja ver estabelecida. Se a obrigação é assumida de modo voluntário e o consentimento também se faz de modo voluntário, as partes estariam vinculadas por meio da relação jurídica que se estabelece. Entretanto, definir quando o consentimento é fornecido de forma válida e, portanto, capaz de gerar os efeitos que dele se espera, pode atravessar diversas hipóteses. Saber em que medida o consentimento possui um vício capaz de lhe retirar a validade é sempre um tema difícil. Sustenta-se que o consentimento – principalmente e especialmente em casos delicados que envolvem questões éticas e morais – deve ser livre e esclarecido. Isso porque o consentimento está vinculado diretamente à noção de dignidade, liberdade, autonomia privada e aos direitos fundamentais.

De acordo com a visão tradicional da doutrina civilista¹⁹⁶, o consentimento é um elemento dos atos jurídicos, expresso através da aquiescência (autorização, manifestação de vontade favorável) e, em algumas oportunidades, mediante o silêncio, gerador de efeitos jurídicos obrigacionais. Diante dessa ótica, a proteção

¹⁹⁵ Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina: “I – Princípios gerais, item 4: O **consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório** para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (Sem grifos no original).

¹⁹⁶ Cite-se, por todos, MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

do consentimento é meramente formal: contra vícios que possam macular o exercício pleno da vontade e a capacidade de exercício de direitos.

Na Bioética e no Biodireito a concepção de consentimento sofreu impactos em decorrência do curso histórico e cultural das sociedades. O consentimento informado deve sua origem ao Código de Nuremberg que determinou a necessidade de consentimento para a pesquisa com seres humanos, em reação às experiências nazistas, generalizando-se para toda a prática médica e científica.

Na relação médico-paciente, paciente-cientista, pessoa-pessoa, a condição de vulnerabilidade demanda um exercício de cautela necessário com vistas a averiguar se houve o perfeito entendimento de todas as consequências desencadeadas da relação avençada.

Para a tese, o termo de consentimento informado dá origem à obrigação. Considera-se o termo de consentimento informado um contrato. A fase anterior ao consentimento pode ser compreendida como fase pré-contratual, na qual são detalhadas todas as dúvidas; condições; chances de sucesso, riscos e possíveis falhas dos procedimentos. Ao considerá-lo contrato, uma primeira conclusão preliminar pode ser destacada: (1) *sempre haverá celebração de contrato* não importando se a gestação de substituição se efetivará de modo gratuito ou oneroso. A Resolução n. 2.121/2015 do CFM determina que as clínicas de reprodução assistida deverão ter o *termo de consentimento informado* e o *termo de compromisso* devidamente assinados pelo(s) autor(es) do projeto parental e pela gestante de substituição. A Resolução n. 2.013/2013 do CFM, utilizava a expressão *contrato* ao que a resolução atual preferiu denominar de *termo de compromisso*: “3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança”¹⁹⁷. Interpreta-se a alteração das expressões como uma tentativa de conduzir à ideia de que não existe a formação de um contrato. Na realidade o *termo de compromisso* referido na resolução de 2015 é – em realidade – o acordo que estabelece a determinação da filiação da criança. Portanto, de acordo com a redação da resolução em vigor, sempre será

¹⁹⁷ Cf. tópico VII, que trata da gestação de substituição (doação temporária de útero), item 3.3 da Resolução n. 2.121/2015 do CFM.

necessária – para a realização da técnica de reprodução assistida, seja ela homóloga ou heteróloga – a assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido, bem como do termo de compromisso que fixa a filiação no caso.

Sobre a nomenclatura escolhida pela Resolução n. 2.121/2015 do CFM, quer-se fazer duas breves considerações. A primeira é que em todo seu texto, nota-se a preocupação em passar a ideia de que as práticas que envolvem a técnica de reprodução assistida não perpassam o caminho do contrato, do pagamento, da instrumentalização do ser humano. Para tanto, pinçam-se os seguintes termos: pacientes; cônjuge/companheiro; envolvidos; candidatas (à gestação); doadores (gametas/embriões); receptora (embriões); pais genéticos. Entretanto, utiliza-se – uma única vez – a denominação “*contratantes*”. No tópico VII, item 3.4, a resolução menciona que as clínicas de reprodução assistida deverão fazer constar, como observação, no prontuário do paciente, a “*garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério*”. A segunda observação versa sobre o uso da expressão “*pais genéticos*” (item 3.5)¹⁹⁸. Essa também, ao que tudo indica, não parece ser a escolha mais acertada. Entende-se que a melhor expressão não seria “*pais genéticos*” para designar a filiação, uma vez que a gravidez pode resultar de doação de gametas, o que não corresponderá à identidade genética. É nesse sentido que a tese optou pelo tratamento de *autores do projeto parental*, a designar a vontade e o projeto na constituição familiar.

Com relação aos casos de gestação de substituição onerosa, é frequente o questionamento acerca da qualidade do consentimento proferido pelas gestantes. Para que a disposição seja válida exige-se que o consentimento do titular de um determinado direito seja livre e informado. Quando se constata o pagamento de valor monetário às gestantes substitutas, floresce a dúvida sobre a qualidade do consentimento dado por essa parte na relação estabelecida. O pagamento exige que seja feita uma análise sobre a patrimonialização desse tipo de vínculo.

¹⁹⁸ “3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez”.

É interessante observar que Deryck Beyleveld e Roger Brownsword abordam o consentimento como algo mais valioso e delineado, ultrapassando a mera determinação da sua validade ou invalidade. Afirmam os doutrinadores que sem uma compreensão clara do conteúdo de consentimento, é tarefa fácil para o Direito endossar o sistemático abuso ou mau uso do consentimento na prática (seja por falta ou excesso de confiança). E é fácil criticar a lei por assumir posições aparentemente arbitrárias (por exemplo, em relação à exigência que o consentimento deve ser livre e esclarecido) ou para a adoção de doutrinas que são super ou sub-protetoras das partes que consentem. O consentimento é, em princípio, uma justificação procedimental.¹⁹⁹

Os autores analisam (a) o que seria um tipo ideal de consentimento, (b) quem pode consentir (sujeitos do consentimento), (c) sob quais condições o consentimento será julgado adequado (quando efetivamente o consentimento será livre e esclarecido), (d) e avaliam o papel do consentimento como/no raciocínio normativo.

O consentimento se apresenta no discurso moral e legal como uma espécie de justificação: onde há consentimento não poderia haver reclamação. Há a descrição do consentimento como uma justificação procedimental, não substantiva, ou seja, não oferece razões para justificar um ato em si, mas fornece a justificação para o comportamento de um indivíduo em relação a outro. Consequentemente, o consentimento se faz necessário à disposição. Para que o consentimento exista e seja válido, haverá condições (exemplo: sob certas condições o consentimento pode ser suficiente para dispor sobre seu direito à vida).

O consentimento constitui a figura-chave para a concretização aceitável de um ato. E com essa assertiva constata-se que o consentimento traz em seu bojo um viés interpretativo, vez que pode apresentar-se sob diversas formas (a depender da ótica, análise e interpretação realizadas). Utiliza-se a ideia de justificação ao invés da interpretação. Ao usar o plano da justificação, o raciocínio traçado é o seguinte: há a possibilidade em consentir algumas coisas e a

¹⁹⁹ BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Consent in the Law**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 333.

possibilidade de não consentir com outras. Observa-se, ainda, que o marco filosófico influencia diretamente na justificação, uma vez que esta é capaz de mudar completamente. Tudo dependerá da vertente teórica adotada: utilitarismo, liberalismo, etc.

Deryck Beyleveld e Roger Brownsword avaliam que o consentimento ou a recusa a algum procedimento são capazes de modificar as relações estabelecidas. O papel jurídico que o consentimento ou a recusa podem estabelecer é a *efetivação da liberdade de atuação do indivíduo*. O consentimento seria capaz de tornar lícita uma ação, a princípio ilícita – compreendida como aquela não permitida por lei.

O objetivo de Beyleveld e Brownsword não é mapear e explorar o conceito de consentimento, uma vez que é encontrado em dispositivos legais. Desejam os autores construir uma noção ideal de consentimento capaz de dialogar com as diversas áreas do direito (contratos, ato ilícito, propriedade, delitos).

Quanto ao *sujeito do consentimento*, Beyleveld e Brownsword aferem as capacidades e competências necessárias para ser capaz de consentir. Aqui reside o questionamento sobre quem pode ser considerado, pelo Direito, como indivíduo competente para consentir e, portanto, tornar-se um *sujeito do consentimento*. Nesse sentido, são investigados dois quesitos: (a) quais os critérios relevantes para determinar se alguém é sujeito do consentimento; e (b) quais as ações capazes de justificar onde a outra parte da relação não é sujeito do consentimento. Enfatiza-se a ideia que a teoria dos direitos (*theory of rights*) já contém a ideia de consentimento, como, também, o tem a ideia de pessoa. Isso porque quem titulariza um direito é o próprio agente.²⁰⁰

²⁰⁰ Especialmente o capítulo 4 da parte 2 (p. 93-124). A expressão “sujeito do consentimento” (*subject of consent*) foi empregada por Deryck Beyleveld e Roger Brownsword. Esclarecem os autores que “If the conditions for an authentic consent are that it is given freely and on an informed basis (however these conditions are interpreted), then the logic is that the specification of a ‘*subject of consent*’ – that is, one having the relevant capacity (or competence) to consent – will reflect these conditions. This means, first, that a person with capacity to consent will be capable of forming their own judgments and making their own decisions free from the influence or opinion of others; and, secondly, that such a person will be able to understand and apply the information that is material to their decision”. (sem grifos no original) Cf. BEYLEVELD, Deryck and BROWNSWORD, Roger. **Consent in the Law**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 12-13.

Se o consentimento pode ser reconhecido como uma justificação procedimental, a exemplo das ideias de Beyleveld e Brownsword, as decisões devem ser tomadas sobre quem possui *capacidade* e *competência* para consentir, sobre quem deve ser tratado como sujeito do consentimento.

O tipo ideal de sujeito do consentimento não é o agente que realmente faz uso do consentimento, mas sim aquele que apresenta a *capacidade de formar uma vontade* sobre a *concessão* ou *recusa* do consentimento. Portanto, o princípio da precaução é acionado com o intuito de evitar o risco de tratar um *agente* como um *não-agente* e para minimizar qualquer dano que possa ser causado involuntariamente a interesses genéricos do agente.

4

A Gestação de Substituição e Alguns Delineamentos

4.1

Contrato, os limites de escolha e a filiação

A ausência normativa sobre temas ligados à infertilidade, técnicas para superar a infertilidade, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, doação de óvulos, doação de embriões, gestação de substituição e pesquisa com embriões humanos, levou o Reino Unido a produzir o Relatório Warnock (*Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*²⁰¹), em 1984. As recomendações formuladas pela comissão de investigação – presidida por Mary Warnock – ainda hoje são consideradas referência internacional para o processo de regulação das técnicas de reprodução assistida. O relatório buscava determinar o *status* dos embriões concebidos por meio das técnicas de reprodução e discutir a justificação que permitiria a manipulação desses embriões. É nesse relatório – exatamente no capítulo oito – que se encontra a definição e contornos da prática denominada gestação de substituição (*surrogacy*). Para o relatório, tal prática ocorre quando uma mulher gesta uma criança para outra com a intenção de entregá-la após o seu nascimento.²⁰²

O objetivo nuclear do capítulo é enfrentar a matéria da filiação sob a lente da gestação de substituição, bem como verificar – diante dos sete casos de gestação de substituição analisados – a concretização de algumas situações fáticas mesmo diante da ausência legislativa e examinar os motivos pelos quais se conclui, na tese, que o contrato de gestação de substituição gratuito é reputado

²⁰¹ WARNOCK, Mary. **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**. London: Her Majesty's Stationery Office, 1988. Disponível em: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf Acesso em 16 jul. 2015.

²⁰² “*Surrogacy is the practice whereby one woman carries a child for another with the intention that the child should be handed over after birth.*” Cf. WARNOCK, Mary. **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**. London: Her Majesty's Stationery Office, 1988, p. 42. Disponível em: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf Acesso em 16 jul. 2015.

como válido e eficaz. Tal raciocínio se fixa a partir do uso de elementos contratuais e principiológicos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro – necessários para a análise do contrato em geral.

4.1.1 O Consentimento na Gestação de Substituição

A composição do consentimento na gestação de substituição se apresenta como forç a transformadora, uma vez que é capaz de criar e, inclusive, alterar as relações normativas entre os indivíduos. Nessa espécie de contrato, o consentimento, na maioria dos casos é manifestado como simples adesão ao cont duo pré-estabelecido. Quando celebrados em clínicas de reprodução assistida, tais contratos são elaborados de forma abstrata visando se encaixar a um número indeterminado de pacientes.

Com relação aos casos descritos no excelente documentário *Google Baby* – que desnuda a prática da gestação de substituição na  ndia, oferecendo farto material para reflexão –, é duvidosa a qualidade do consentimento proferido pelas gestantes de substituição indianas. Para que a disposição seja válida exige-se que o consentimento do titular de um determinado direito seja livre e informado. Nos casos apresentados no documentário há pagamento de valor monetário às gestantes de substituição,   clínica e   médica que realiza o procedimento. Esse fator determinante – o pagamento – exige que seja feita uma análise sobre a patrimonialização desse tipo de relação. Nos casos, as partes da relação negocial assinam um contrato de gestação de substituição e o pagamento é determinado de acordo com o cumprimento das etapas dos termos contratuais. Se a gestante sofrer um aborto, o valor recebido é proporcional aos meses que esteve grávida, por exemplo.

Na  ndia, para os efeitos da filiação, as gestantes devem dispor do seu estado de mãe para que os casais registrem a crianç a nascida por meio da técnica de reprodução assistida. Ademais, diante dos casos, firma-se o juízo que o consentimento não é uma mera aceitação ou recusa. Pelo contrário.   uma estrutura jurídica que permite a modificação, criação e extinção de relações

jurídicas e sociais. Nas hipóteses questiona-se se houve realmente um consentimento consciente e, conseqüentemente, válido.

Pelo exame do documentário *Google Baby* observa-se a existência de falhas no termo de consentimento livre e esclarecido das gestantes de substituição. Alguns pontos devem ser postos à análise: (a) senão em todos, na maior parte dos casos exibidos, a realização da gestação de substituição foi uma escolha tomada por motivos financeiros; (b) em outra hipótese, o marido indiano determinava que a esposa se submetesse ao procedimento, desrespeitando a liberdade de escolha da esposa; (c) a população feminina que se submete à prática se encaixa na parcela vulnerável da sociedade em razão da desigualdade de gênero e ao baixo índice de escolaridade; (d) o baixo índice de escolaridade compromete a capacidade de compreensão das informações de maneira adequada. Esses são apenas alguns aspectos pinçados do documentário que influenciam diretamente na eficiência e validade do consentimento livre e esclarecido. A realidade descrita limita a capacidade de ação e decisão da gestante de substituição, o que se converte em um convite à exploração.

Os efeitos causados pelos casos trazidos no documentário são devastadores, com destaque para dois: (a) quando se assiste ao cerceamento completo da liberdade das gestantes de substituição, em prol do nascimento de uma criança; e (b) quando se informa sobre a gestação de gêmeos a um casal – que desejava ter apenas um filho – e este decide pela redução embrionária, sem ao menos pensar nas conseqüências diante dessa tomada de decisão. Diante dos exemplos, chega-se a formular uma comparação dessas práticas a novos formatos de *campo*²⁰³. Assim, baseando-se nas ideias de Giorgio Agamben²⁰⁴ e Reyes

²⁰³ “*O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento como base numa situação factícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal. [...] É preciso refletir sobre o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço de exceção: ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo. Aquilo que nele é excluído é [...] incluído através da sua própria exclusão. [...] Na medida em que o estado de exceção é, de fato, ‘desejado’, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. [...] O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis*”. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e vida nua I*. Tradução Henrique Burigo, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 164-166.

²⁰⁴ De acordo com Giorgio Agamben, “o que aconteceu nos campos supera de tal modo o conceito jurídico de crime, que amiúde tem-se deixado simplesmente de considerar a específica estrutura

Mate²⁰⁵, lança-se um olhar reflexivo ao conceito contemporâneo de campo. Aqui, o emprego do vocábulo campo remete a uma época definida pela crueldade, pela vulgarização da vida humana e pelo massacre em um campo de concentração. Sugere-se um esforço hermenêutico de forma a transcender a noção de campo dessa realidade. A noção de campo – no qual se perpetra o estado permanente de exceção – gera efeitos que se protraem no tempo e assombram, inclusive, a sociedade contemporânea. Isso porque o campo adquire formatos distintos dos de Auschwitz, inclusive com contornos móveis, flexíveis, a exemplo das comunidades marginalizadas, dos campos de refugiados, e por que não dizer o mesmo dos locais que alojam gestantes de substituição destinadas a entregar um filho, sob encomenda, para casais dispostos a pagar uma quantia ao final de uma gestação? O que se verifica no campo de concentração e nos exemplos citados é a destituição do *status* humano, com a negação a direitos inerentes à própria natureza humana dos indivíduos. E o rol de direitos negligenciados é bem extenso, a ter início pela disponibilidade duvidosa dos direitos da personalidade, liberdade de ir e vir, liberdade sexual e reprodutiva, dentre outros tantos.

O estado de exceção permanente é identificado – nesses casos de gestação de substituição – na medida em que se verifica a produção de uma vítima coletiva, que nesse caso, sem sombra de dúvida, é resultado do progresso biotecnológico

jurídico-política na qual aqueles eventos se produziram. O campo é apenas o local onde se realizou a mais absoluta *conditio inhumana* que se tenha dado sobre a terra: isto é, em última análise, o que conta, tanto para as vítimas como para a posteridade. Seguiremos deliberadamente aqui uma orientação inversa. Ao invés de deduzir a definição de campo a partir dos eventos que aí se desenrolaram, nos perguntaremos antes: o que é um campo, qual a sua estrutura jurídico-política, por que semelhantes eventos aí puderam ter lugar? Isto nos levará a olhar o campo não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado (mesmo que, eventualmente, ainda verificável), mas, de algum modo, como a matriz aculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos”. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e vida nua I*. Tradução Henrique Burigo, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 162.

²⁰⁵ Reyes Mate discorre sobre o conceito de campo e faz um paralelo às ideias de Giorgio Agamben quando destaca que: “o campo, ao qual se refere Agamben, como lugar simbólico da política moderna, é algo bem mais abrangente do que uma figura literária. O campo, com efeito, teve lugar e esse fato afeta substancialmente a reflexão com a qual nos ocupamos. Não é o mesmo falar do campo, como possibilidade situada no horizonte como sobre a facticidade que temos às nossas costas; também não é o mesmo considerar o estado de exceção como uma peça de engrenagem da política conhecida como ter atrás de nós Auschwitz. [...] O impensável do acontecimento para a teoria é o que ao mesmo tempo constitui Auschwitz como acontecimento que inaugura uma reflexão. [...] Se Auschwitz é o que dá o que pensar, o é devido à presença constante em nosso presente de um ato passado que está presente para a razão graças à memória”. Cf. MATE, Reyes. *Memórias de Auschwitz: atualidade de política*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005, p. 123-124.

aliado à ótica mercadológica. Portanto, aqui, o consentimento concedido não se concebe por legítimo, uma vez verificada a imposição da vontade do marido indiano, por exemplo. Ou na hipótese de pressão financeira latente.

Assim, para se chegar a uma conclusão sobre o consentimento, os aspectos destacados logo acima devem ser sopesados e avaliados em consonância com os princípios gerais do direito e com os direitos fundamentais. O termo de consentimento livre e esclarecido é, sim, uma ferramenta importante. É uma etapa necessária, mas não suficiente diante de um panorama delicado como o descrito. Desta forma, não basta ser sujeito de direito, mas sujeito capaz de consentir, capaz de expressar – de modo autêntico – sua vontade.²⁰⁶

4.1.2 Gestação de Substituição e o Regulamento da Filiação

O raciocínio que leva à ideia de gestação de substituição não é recente, tendo em vista que não é prática resultante exclusivamente da técnica de reprodução assistida. Catherine Labrusse-Riou já sinalizava – em 1986 – os impactos na filiação a partir da interferência proporcionada pelas técnicas médicas. Além de forçosamente conduzir à reformulação de estruturas insuficientes do direito positivo, a ciência foi capaz de renovar o debate entre a liberdade formal e a liberdade real.²⁰⁷

²⁰⁶ Na mesma linha de raciocínio aponta-se a lição de Pietro Perlingieri, para quem “As situações existenciais se exprimem não somente em termos de direitos, mas também, de deveres: no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de se realizar libertariamente, mas como valor a ser preservado até no respeito de si mesmo. Isso incide sobre atos de disposição a serem realizados (art. 5 Cód. Civ.), ou sobre as autorizações a serem concedidas no que concerne seja às mutações psicofísicas da pessoa, seja ao âmbito das retiradas e dos transplantes. *O simples consentimento por parte do titular do direito não é suficiente para tornar lícito o que para o ordenamento é objetivamente ilícito, nem pode – sem um retorno ao dogma da vontade como valor – representar um ato de autonomia por si só merecedor de tutela* (art. 1.322, § 2, Cód. Civ.). *Autonomia não é arbítrio [...]*”. Cf. PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 813-814. Faz-se a observação que os artigos citados pelo autor fazem referência ao Código Civil italiano.

²⁰⁷ Cf. Labrusse-Riou Catherine. La filiation et la médecine moderne. In: **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney Melbourne, 18-26 août 1986) p. 419-440. Ainda sobre o tema, LABRUSSE-RIOU, Catherine. La maîtrise du vivant: matière à procès. In: **Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques**. n. 56 – Bioéthique, jan. 1991, Paris: Presses Universitaires de France, 1991, p. 87-107.

Em três episódios bíblicos registra-se a prática em que mulheres impossibilitadas de gerar cedem sua escrava para que seus maridos pudessem fecundá-las. Os casos são narrados em Gênese, 16 e 30²⁰⁸. Neles as esposas permitem que os maridos tenham uma relação adúltera com o intuito exclusivo de fecundar outra mulher, sob o argumento que o filho gerado seria do casal, uma vez que a mulher grávida renunciaria à maternidade.

A filiação²⁰⁹ é tema que acompanha o direito desde as civilizações mais remotas. Os adjetivos outrora utilizados para distinguir filhos oriundos do casamento ou de qualquer outra origem já não condizem com a realidade fática, apesar de alguns artigos do Código Civil brasileiro de 2002 ainda se referirem à filiação decorrente do casamento, somente. O capítulo intitulado “Da filiação” (artigos 1.596 a 1.606, Código Civil) trata dos filhos nascidos na constância do casamento, enquanto os filhos havidos fora do casamento, no capítulo “Do reconhecimento dos filhos” (artigos 1.607 a 1.617, Código Civil). A justificativa pela manutenção da diferenciação no tratamento decorre do fato de o legislador fazer uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento.

Historicamente, a família constituída pelo vínculo do casamento era a única a merecer o reconhecimento e a proteção estatal. Por essa razão recebia a

²⁰⁸ Em Gênese 16, Sarai cede sua escrava Agar a seu marido, Abrão: “Sarai, mulher de Abraão, não lhe tinha dados filhos; mas, possuindo uma escrava egípcia, chamada Agar, disse a Abrão: ‘Eis que o Senhor me fez estéril; rogo-te que tomes minha escrava, para ver se, ao menos por ela, eu posso ter filhos.’ Abrão aceitou a proposta de Sarai. Sarai tomou, pois, sua escrava, Agar, a egípcia, passados dez anos que Abrão habitava a terra de Canaã. E deu-a por mulher a Abrão, seu marido. Este aproximou-se de Agar e ela concebeu”. Já em Gênese 30 as irmãs Raquel e Lia cedem suas escravas – Bala e Zelfa, respectivamente – a seu marido, Jacó. Raquel era estéril. Já sua irmã, Lia gerou quatro filhos: Rubem, Simeão, Levi e Judá. Depois de gerar esses quatro filhos, como Lia não engravidava, cedeu sua escrava Zelfa a seu marido Jacó: “Raquel, vendo que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã: ‘Dá-me filhos, disse ela ao seu marido, senão morro!’ E Jacó irritou-se com ela. ‘Acaso, disse ele, posso eu pôr-me no lugar de Deus que te recusou a fecundidade?’ Ela respondeu: ‘Eis minha serva Bala: toma-a. Que ela dê à luz sobre os meus joelhos e assim, por ela, terei também filhos’. Deu-lhe, pois, por mulher sua escrava Bala, da qual se aproximou Jacó. Bala concebeu e deu à luz um filho a Jacó. [...] Lia vendo que não concebia mais, tomou sua escrava Zelfa e deu-a por mulher a Jacó. Zelfa, escrava de Lia, deu à luz um filho a Jacó”. BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico Católico, 89ª ed. Revista por Frei João José Pedreira de Castro, O. F. M. São Paulo: Editora AVE-MARIA, 1994, Gênese 16; 30.

²⁰⁹ Luiz Edson Fachin já lecionava, em 1996, que a filiação “é um conceito aprisionado, firmado no enclausuramento que a segurança jurídica se propõe a conferir às relações sociais, de um modo geral, e às relações matrimoniais, em especial. Não raro essa certeza jurídica não passa paradoxalmente de uma ficção. Isso se aplica à medida que os moldes de determinação da paternidade ficam condicionados ao modelo matrimonializado de família, segundo a concepção clássica de família encontrada no sistema de base do Código Civil Brasileiro”. Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 34.

denominação de *família legítima*. É importante destacar que até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a regulação da filiação era feita de modo exclusivo pelo Código Civil de 1916. Em seu regramento normativo, identificava-se – claramente – a incidência das regras do Direito Romano, pois os filhos eram classificados em (a) *legítimos*, (b) *legitimados* e (c) *ilegítimos*. Os filhos (a) *legítimos*, segundo a redação original do artigo 337 do Código Civil de 1916, eram aqueles que, no momento da concepção, pai e mãe estavam vinculados pelo casamento, ou como expressava o legislador no artigo 338, na constância do casamento, ainda que esse viesse a ser posteriormente anulado ou considerado nulo. Os (b) *legitimados* eram os filhos concebidos por pai e mãe não casados, mas que eram legitimados pelo casamento subsequente de seus genitores, o qual reabilitava os filhos e os equiparava aos filhos legítimos. A legitimação era uma condição que a norma jurídica oferecia para que o filho originariamente ilegítimo pudesse receber a outorga de legitimado. Na designação de filhos (c) *ilegítimos* eram encontradas duas divisões. A conceituação mais ampla caracterizava-os como aqueles gerados em uma relação extramatrimonial, desdobrando-se em duas subespécies, (c1) os filhos *naturais* e os (c2) filhos *espúrios*. Na conceituação estabelecida, (c1) filhos *naturais* eram os nascidos de pessoas sem impedimento para casar (pessoas solteiras, sem vínculo de parentesco). No que se referia ao direito hereditário, os filhos naturais teriam direito à metade do quinhão que coubesse ao filho legítimo. Já os (c2) filhos *espúrios* eram os gerados por pessoas com impedimento para casar. Dentro dessa classe destacam-se duas novas vertentes: (c2a) *adulterinos* (eram as crianças geradas por uma pessoa casada, com outra que não fosse o seu cônjuge) e os (c2b) *incestuosos* (concebidos de relação entre pessoas impedidas de casar entre si, em razão do parentesco natural ou civil). Com relação aos filhos espúrios a lei vedava o reconhecimento.²¹⁰ Contudo, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo panorama com relação à filiação. A inserção do princípio da igualdade entre os filhos adveio para efetivar a ideia de igualdade que deveria ser experimentada por qualquer filho, não importando a sua origem. Através da edição do § 6º do

²¹⁰ Cf. WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Côrrea da. **Direito Civil. Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-37.

artigo 227 da CRFB/1988²¹¹, intenta o legislador demonstrar – na forma de princípio – a importância e destaque que se deseja estabelecer quanto ao tema da igualdade – de direitos, inclusive, e não apenas de nomenclatura – na filiação.

Diante das alterações ininterruptas dos arranjos familiares no tempo-espaço, o amparo estatal adquire especial relevância nesses casos. A base principiológica reservada ao tema na Constituição da República de 1988 elevou a filiação *socioafetiva* – em razão da construção doutrinária e jurisprudencial – a gênero da espécie filiação. Sob esse panorama não é difícil identificar a diminuição gradativa da importância representada pela interpretação reducionista da consanguinidade. Nesse aspecto, diversos julgados são capazes de demonstrar a mudança de paradigma que a filiação socioafetiva tem representado. Ainda que se trate de tema controvertido – no tocante à sua aceitação como motivação das decisões judiciais – o argumento da socioafetividade tem servido como parâmetro à reflexão da parentalidade. Diante do caso concreto, ao decidir pela manutenção ou alteração da realidade registral posta à avaliação, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado os seguintes elementos: (a) a espontaneidade do reconhecimento do *status* de filho; (b) o respeito à identidade e personalidade da criança/pessoa; (c) a identificação de vício de consentimento (nessa hipótese o tribunal tem concluído que o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento); (d) identificação de má-fé dos envolvidos.²¹²

²¹¹ “Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

²¹² Nesse sentido, vejamos os sete exemplos de casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da filiação – consideradas as análises realizadas pelos julgadores nos pedidos de desconstituição do reconhecimento da maternidade e da paternidade: REsp 1229044/SC; REsp 1000356-SP; REsp 1078285-MS; REsp 932692-DF; REsp 1259460-SP; REsp 1098036-GO; REsp 1059214-RS. Aqui se reproduz a ementa do julgado REsp 1229044/SC, como forma de ilustrar os argumentos considerados pelo tribunal: “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. 2. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia

Diante dos fatos afirma-se que a filiação socioafetiva é reflexo da identificação de novas possibilidades de filiação. A exemplo do que ocorreu com a entidade familiar, a filiação começou a ser reconhecida pela presença do vínculo afetivo²¹³. Tanto é que o plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.227 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.²¹⁴

Na década de 1990, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 8.069/1990²¹⁵, o estado de filiação passa a ser pensado como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.²¹⁶ Conforme lecionava

perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho. 3. As alegações do recorrido de que foi convencido pela mãe do menino a registrá-lo como se seu filho fosse e de que o fez por apreço a ela não configuram erro ou qualquer outro vício do consentimento, e, portanto, não são, por si sós, motivos hábeis a justificar a anulação do assento de nascimento, levado a efeito por ele, quatro anos antes, quando, em juízo, voluntariamente reconheceu ser o pai da criança, embora sabendo não sê-lo. 4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1229044/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/06/2013). Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 15 nov. 2015.

²¹³ Rose Melo Vencelau compreende que podem ser elencados três critérios para o estabelecimento do vínculo de filiação: (a) o jurídico, (b) o biológico e (c) o afetivo. Cf. VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 231.

²¹⁴ Para aprofundamento da questão, remete-se ao sítio eletrônico do STF. As informações acerca da ADI 4.227 e da ADPF 132 podem ser acessadas em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872> e <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>, respectivamente.

²¹⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

²¹⁶ “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13 jul. 2015. No que tange ao tema, a jurisprudência do STJ e do STF tem avançado no sentido de contemplar na prática os efeitos decorrentes do estado de filiação. Nesse sentido: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. *O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é*

direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o *jus postulandi* a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2º, § 4º) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 248869, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 12-03-2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-04 PP-00773). (Sem grifos no original). A íntegra pode ser acessada no sítio eletrônico do STF: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829> Acesso em: 11 set. 2015. No mesmo sentido: “FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92. 1. Ação de petição de herança, ajuizada em 07.03.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.08.2011. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho. 4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos. 5. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação. 8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluyente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar. 9. Recurso especial desprovido. (REsp 1274240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013). Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+@num=%271274240%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271274240%27.suce.\)\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+@num=%271274240%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271274240%27.suce.))) Acesso em: 11 set. 2015. O STJ vem reconhecendo, em suas análises, que o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição, fundamentado o direito essencial à busca pela identidade biológica. Nesse exato sentido, veja-se: REsp 1128539/RN, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA,

Orlando Gomes, “o estado de pessoa é uma qualificação jurídica que deriva da posição que os sujeitos ocupam na sociedade e da qual decorrem direitos e deveres”²¹⁷. Nesse sentido, o direito ao nome encontra-se consubstanciado no conceito de dignidade humana (artigo 1º, III, CRFB/1988), pois reflete a identidade do indivíduo, sua origem e ancestralidade. Para Luiz Edson Fachin, “a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade”. Adverte o autor que caso esse direito não seja observado, incorrerá em afronta à Constituição da República, uma vez que “trata da própria identidade biológica e pessoal – uma das expressões concretas do direito à verdade pessoal”.²¹⁸

Dessa forma, diante desses acréscimos normativos, o ordenamento jurídico é convidado à reflexão diante da nova realidade social. São, portanto, reconhecidos por filhos aqueles oriundos ou não do casamento, não se permitindo, inclusive, qualquer tipo de denominação discriminatória em razão de sua origem. O Código Civil de 2002, ao tratar da filiação, repete literalmente a regra constitucional em seu artigo 1.596²¹⁹. Entretanto, ao que tudo indica, o legislador, ao redigir o artigo 1.597 – que trata das presunções de paternidade – não atenta para o fato que estabelece novas *qualificações* à filiação. Na realidade, quando as estipula, faz menção a processos *artificiais* de procriação: (a) no inciso III, determina que são presumidos concebidos na constância do casamento os filhos havidos por *fecundação artificial homóloga*, mesmo que falecido o marido; (b) no inciso IV estendeu a presunção àqueles filhos havidos a qualquer tempo,

julgado em 18/08/2015, DJe 26/08/2015; REsp 1274240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJE 15/10/2013; REsp 1312972/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJE 01/10/2012; AgRg no REsp 1231119/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJE 25/10/2011; REsp 1187630/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2014, publicado em 08/05/2014; REsp 1286595/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2013, publicado em 08/11/2013; REsp 1215505/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/05/2012, publicado em 28/05/2012; REsp 681194/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2010, publicado em 13/12/2010.

²¹⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 180.

²¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 167.

²¹⁹ “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

decorrentes de *inseminação artificial homóloga* e, (c) no inciso V, considerou a presunção aos filhos havidos por *inseminação artificial heteróloga*, desde que ocorrida prévia autorização do marido. Com base nessa simples leitura e análise do artigo, percebe-se a difícil tarefa de compatibilizar essas normas entre si, com as outras regras do próprio Código Civil e todo o ordenamento jurídico nacional, notadamente, o § 6º do artigo 227 da Constituição da República de 1988.

A escolha do legislador pelo adjetivo *artificial* pode não ter sido a melhor opção, pois pode induzir o intérprete ao raciocínio, equivocado, de que se está diante de casos em que a reprodução humana não é natural. Na realidade a reprodução continua a ser natural. O que advém nesses casos é simplesmente a assistência e o auxílio médicos – naqueles casos em que há necessidade de tal intervenção para se chegar à gravidez.

Outra observação que se faz ainda com relação à terminologia é a utilização de três expressões distintas para significar o mesmo fato: *fecundação*, *concepção* e *inseminação* – expressas nos incisos III, IV e V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, respectivamente. Quanto ao tema, alguns entendimentos doutrinários foram elaborados na I e na III Jornadas de Direito Civil²²⁰ como forma de unificar a compreensão acerca das expressões. Na I Jornada, o Enunciado 105²²¹ estabeleceu que as expressões presentes nos incisos III, IV e V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 (*fecundação artificial*, *concepção artificial* e *inseminação artificial*) devem ser interpretadas como *técnica de reprodução assistida*. Já o final da redação do Enunciado 257²²² da III Jornada de

²²⁰ As Jornadas de Direito Civil são realizadas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Os encontros são realizados desde 2002 com o propósito de debater temas controversos e difíceis do Código Civil de 2002 e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das comissões – que são separadas por tema: Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Responsabilidade Civil, Direito de Família e Sucessões. Todos os Enunciados podem ser encontrados no sítio eletrônico: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>

²²¹ Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 1.597: As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. Cf. **JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V**. Enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>

²²² Enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil: “Art. 1.597: As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incs.

Direito Civil restringe a interpretação dos incisos III, IV e V do artigo 1.597 de modo a *não* considerá-los quando se tratar das hipóteses de *utilização de óvulos doados* e de *gestação de substituição*. De acordo, portanto, com o entendimento conjunto desses dois enunciados, (a) a presunção de paternidade instituída no artigo 1.597 do Código Civil de 2002 deve ser empregada no sentido considerar todas aquelas formas de filiação como *técnicas de reprodução assistida* e (b) a não utilização do mesmo artigo para os casos de óvulos doados e de gestação de substituição. Com relação a essa última hipótese, parece que a vedação abarca qualquer episódio: técnica de reprodução assistida homóloga e heteróloga.

Com relação ao posicionamento firmado na I e na III Jornadas de Direito Civil, cabem algumas considerações. Em primeiro lugar, quanto a interpretar os termos *fecundação*, *concepção* e *inseminação* como *técnica de reprodução assistida*²²³, reputa-se coerente, uma vez que todas essas possibilidades são, na realidade, tipos ou formas de tratamento ou intervenção para se chegar à gravidez. Contudo, contrariamente ao entendimento firmado no Enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil, não se vislumbra óbice algum na aplicação dos incisos

III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. Cf. **JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V**. Enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>

²²³ “ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (ART): Infertility treatment where ‘assisted’ means ‘technologically assisted’ which include Ovulation Induction, Artificial Insemination (AI), In Vitro Fertilization (IVF) and subsequent Embryo Transfer (ET), Gamete IntraFallopian transfer (GIFT), sperm microinjection techniques such as IntraCytoplasmic Sperm Injection (ICSI), Fallopian tube transfer of ICSI eggs (FICIT), Cytoplasmic Transfer, frozen preservation and storage (Cryopreservation) of sperm, eggs and embryos and their subsequent thawing and transfer as in Frozen Embryo Transfer (FET), the use of donated sperm, eggs and embryos (Tissue Banking), **Surrogacy**, and any other form of medical or surgical treatment that may be used to assist in establishing and/or maintaining a pregnancy” (sem destaque no original). Em tradução livre: “TECNOLOGIA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (ART): tratamento da infertilidade em que ‘assistida’ significa ‘tecnologicamente assistida’ que incluem Indução da Ovulação, Inseminação Artificial (AI), Fertilização *In Vitro* (FIV) e subsequente transferência de embriões (TE), transferência intratubária de gametas (GIFT), técnicas de microinjeção de espermatozoides, como Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI), a transferência dos óvulos para a trompa de Falópio através de ICSI (FICIT), transferência de citoplasma, preservação e armazenamento congelado (criopreservação) de esperma, óvulos e embriões e seu subsequente descongelamento e transferência como na transferência de embriões congelados (FET), a utilização de esperma, óvulos e embriões doados (Tissue Banking), **Gestação de Substituição**, e qualquer outra forma de tratamento médico ou cirúrgico, que pode ser usado para ajudar no estabelecimento e/ou a manutenção da gravidez” (sem destaque no original). Disponível em: <http://www.eubios.info/biodict.htm#dict> Acesso em 16 jul. 2015. Conforme destacado, a gestação de substituição é considerada, segundo a definição trazida, uma forma de alcançar a gravidez através de técnica de reprodução assistida.

III, IV e V do artigo 1.597 do Código Civil quando se tratar da gestação de substituição. Aqui não resultará em raciocínio distinto se se tratar da gestação na própria mulher que compõe o casal ou se em outra – no caso de gestação de substituição –, visto que em qualquer das hipóteses de utilização da técnica de reprodução assistida haverá necessidade de anuência do outro parceiro. O Relatório Warnock, desde 1984, já informava a prática da gestação de substituição como uma das formas de assistência para as questões de infertilidade (*Chapter Eight: Techniques for the Alleviation of Infertility – surrogacy*²²⁴).

Embora seja complexa a atividade do legislador em adaptar a linguagem corrente para a linguagem jurídica, o cuidado no emprego das expressões é fator determinante para a decisão de conflitos, principalmente em uma área nova que demanda julgamentos minuciosos. Ao se olhar pelo prisma que alguns desencontros – mesmo normativos – são salutares e enriquecedores à construção de teorias em uma sociedade plural, acalenta-se o espírito na espera das melhores e mais adequadas soluções.

Ao retomar a linha cronológica apresentada no início desse item sobre as normas jurídicas pertinentes à filiação, continua-se no ano de 2009, quando a Lei 11.924²²⁵ acrescentou o § 8º ao artigo 57 da Lei de Registros Públicos (Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973), autorizando a adoção do nome da família do padrasto ou madrasta no registro de nascimento do enteado ou da enteada. A modificação foi considerada, à época, um reflexo da filiação socioafetiva na legislação.

Diante desse recorte normativo, traçam-se horizontes a serem percorridos pela gestação de substituição quanto ao tema da filiação. Quer-se com isso propiciar uma reflexão dessa relação estabelecida entre pais e filhos.

²²⁴ Capítulo Oito: Técnicas para Assistência da Infertilidade: gestação de substituição. (Tradução livre). Cf. WARNOCK, Mary. **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**. London: Her Majesty's Stationery Office, 1988, p. 42-47. Disponível em: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf

²²⁵ “Art. 57. [...] § 8º. O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”. BRASIL. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009**. Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 jul. 2015.

Havia discussão, há bem pouco tempo, sobre as consequências geradas pela não observância das presunções legais de paternidade, notadamente no que diz respeito à prova do parentesco sanguíneo contestado²²⁶. Em 2015 os debates e as atenções estão voltadas às dificuldades geradas pela disputa, por exemplo, de três mulheres diferentes pela maternidade de uma criança, sendo essa a hipótese mais ampla envolvendo conflito positivo de maternidade. Seria o caso de se imaginar o seguinte episódio: mulher “X” pretende ter um filho. Entretanto, “X” não pode ou não deseja gestar seu filho. Para que o filho se torne realidade, “X” entra em contato com “B” que se dispõe a gestá-lo. Para que a relação estabelecida seja a mais impessoal possível, “X” opta por uma doadora de óvulo, que vem a ser “Q”. Tem-se, assim, elaborado um breve caso no qual pode haver conflito positivo de maternidade, pois tanto “X”, quanto “B” ou “Q” poderiam – nesse exemplo – questionar a maternidade da criança.

O exemplo, que poderia ser apenas uma hipótese, transforma-se em realidade cotidiana nos diversos países do globo. Inclusive no Brasil. A hipótese, ao se concretizar, depara-se com um ordenamento jurídico sem normatização jurídica quanto à gestação de substituição. Utilizar as regras do Código Civil, da Constituição da República de 1988 ou de qualquer outro dispositivo esparso gerará – sem dúvida – uma solução à questão. Contudo, não possibilitará solução pacífica à questão, especialmente quando se trata da atribuição da filiação, pois as interpretações poderão ser as mais variadas possíveis. Se se entender que o critério de identificação da maternidade é (a) o parto, na hipótese de gestação de substituição, ocorrerá, necessariamente, a renúncia da maternidade ou a transferência da filiação (para os que defendessem a ideia de que esse vínculo é irrenunciável). De outro modo, se se considerar que a maternidade será fixada através do (b) projeto parental, aqui, diferentemente da hipótese anterior, não há que se falar em renúncia ou transferência, uma vez que a identificação da maternidade estará condicionada à identificação da autora do projeto parental. Ambas as análises são aplicáveis às duas modalidades de gestação de substituição: a onerosa e a gratuita.

²²⁶ Sobre as presunções de paternidade, remete-se o leitor ao capítulo 1 da tese.

Dessa forma, diante da gestação de substituição, o afastamento do parto – como fator determinante da maternidade – é uma realidade. Aqui mais uma vez se destacará a discrepância da realidade social ao texto legal, a exemplo dos artigos 1.603²²⁷ e 1.604²²⁸, ambos do Código Civil de 2002, bem como pelo artigo 10²²⁹, especialmente os incisos II, IV e V do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre a presunção de paternidade prevista no artigo 1.597 do CC, a I Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado n. 129, que propõe a inclusão de um artigo com a seguinte redação: “*Artigo 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga*”.²³⁰ Sobre a proposição, cabem algumas considerações. Primeiramente, a proposta legislativa parece não contemplar solução na hipótese do projeto parental ser desenvolvido por dois homens ou por duas mulheres. Não se poderá delimitar a maternidade no caso de

²²⁷ “Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”

²²⁸ “Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

²²⁹ “Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.”

²³⁰ Quanto às razões que levaram à aprovação deste enunciado, veja-se: “Justificativa: No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada”. Cf. Enunciado n. 129 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>

haver dois pais, pois a gravidez se desenvolverá, necessariamente, através da doação do gameta feminino e da gestação de substituição. Aqui não se determinará a maternidade, mas sim a filiação (já que a criança terá dois pais). Também não se estabelecerá a maternidade no caso de duas mulheres, tendo em vista que ambas serão consideradas mães – diante da autoria conjunta do projeto parental.

Ao que tudo indica, o Enunciado n. 129 da I Jornada de Direito Civil contempla a presunção de apenas *uma* maternidade, não avaliando a possibilidade de filiação quando existirem dois pais – que planejaram e colocaram em prática o projeto parental – ou ainda, desconhecendo a possibilidade da maternidade via gestação de substituição – no episódio do casal formado por duas mulheres, em que nenhuma das duas gestará a criança.

Diante da tentativa feita pela I Jornada de Direito Civil, ousa-se sugerir – com vistas a contribuir para debate e análise do tema – um artigo para o Código Civil. Assim, recomendar-se-ia a inserção do artigo 1.597-A ao Subtítulo II do Código Civil brasileiro, que trata “Das Relações de Parentesco”. Nesse sentido, o **artigo 1.597-A** traria a seguinte redação: **Em se tratando de técnica de reprodução assistida, especificamente a gestação de substituição, a filiação será estabelecida em favor dos autores do projeto parental, ainda que se utilize a técnica de reprodução assistida heteróloga. Sendo o projeto parental realizado por pessoa sozinha, apenas a esta será imputada a filiação.**

Ao mesmo tempo em que o estabelecimento de um conjunto de regras definidoras da matéria de reprodução assistida é bem-vindo, a velocidade com que as mudanças ocorrem coloca à prova a serventia da regra. Um exemplo ocorrido em novembro de 2015, em Recife – PE, demonstra a força do fato social diante da solução dos casos na prática. A partir do dia 29 de outubro de 2015, no estado de Pernambuco, casais que tenham filhos gerados por técnicas de reprodução assistida, podem realizar o registro da criança diretamente no cartório de registro civil. É o que permite o Provimento nº 21/2015, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco²³¹.

²³¹ Por ser um provimento inovador, permite-se sua transcrição no Anexo 2 desta tese. Cf. BRASIL. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CORREGEDORIA

O provimento é pioneiro do Brasil – até o momento – em alguns aspectos: (a) admite a multiparentalidade²³²; (b) não faz distinção entre casais heterossexuais e homossexuais, tendo em vista que atualmente a autorização judicial é exigida somente dos casais homossexuais; (c) recomenda, nos casos de filhos de casais homoafetivos, a “devida adequação” para que constem os nomes dos pais ou das mães, bem como seus respectivos avós, sem distinção se paternos ou maternos; (d) permite aos oficiais de registro que façam o registro de nascimento do filho gerado por técnicas de reprodução assistida, sem que seja necessária a autorização do Poder Judiciário. É suficiente, segundo o provimento, que um ou ambos os pais e/ou mães compareçam ao cartório com a documentação exigida; (e) prevê a prática da gestação de substituição, onde nesses casos, a declaração da clínica médica deve indicar tratar-se a parturiente de gestante de substituição, nos termos da Resolução n. 2.121/2015 do CFM. Nesta hipótese, o nome da parturiente constará apenas na Declaração de Nascido Vivo – DNV,

GERAL DA JUSTIÇA. PROVIMENTO N. 21 /2015. **Regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências.** Documento disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162(1).pdf) Acesso em: 15 nov. 2015.

²³² A multiparentalidade tem sido compreendida como a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe, simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles. Sobre a questão, vide decisão do STJ: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO E ANULATÓRIA DE REGISTRO PÚBLICO. DUPLO REGISTRO DE PATERNIDADE. **MULTIPARENTALIDADE**. PAI SOCIOAFETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE EM FIGURAR NA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DO MENOR. INOCORRÊNCIA. DISPOSIÇÃO FUTURA DE BENS. POSSIBILIDADE. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO STF. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA NOS MOLDES LEGAIS. 1. Cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de registro de dupla paternidade, requerido unicamente pelo Ministério Público estadual na certidão de nascimento do menor para assegurar direito futuro de escolha do infante. 2. Esta Corte tem entendimento no sentido de ser possível o duplo registro na certidão de nascimento do filho nos casos de adoção por homoafetivos. Precedente. 3. Infere-se dos autos que o pai socioafetivo não tem interesse em figurar também na certidão de nascimento da criança. Ele poderá, a qualquer tempo, dispor do seu patrimônio, na forma da lei, por testamento ou doação em favor do menor. 5. Não se justifica o pedido do Parquet para registro de dupla paternidade quando não demonstrado prejuízo evidente ao interesse do menor. 6. É direito personalíssimo e indisponível do filho buscar, no futuro, o reconhecimento do vínculo socioafetivo. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (REsp 1333086/RO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52096601&num_registro=201201419381&data=20151015&tipo=5&formato=PDF Acesso em: 27 nov. 2015.

devendo a mesma expressar, por escrito e com firma reconhecida, o seu consentimento para que conste no registro de nascimento a maternidade em nome da autora do projeto parental.

Em caso de dúvida o provimento orienta o registrador civil a remeter o expediente ao juiz registral competente em prazo não superior a dez dias, após parecer do órgão ministerial.

De acordo com o corregedor-geral da Justiça do Estado de Pernambuco, o provimento avaliou a ausência de regulamento jurídico para estabelecer medidas desburocratizantes ao registro civil. Destacou, ainda, que o provimento é o primeiro ato normativo registral veiculado por Corregedoria Geral de Justiça, em âmbito nacional, a aprovar um entendimento com base em enunciados e normas deontológicas. A fundamentação do provimento levou em consideração a Resolução n. 2.121/2015 do CFM e no Enunciado n. 608 da VII Jornada de Direito Civil, segundo o qual “*É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local*”.

Percorridas diversas modalidades, a filiação hoje pode ser compreendida como instituto que insere em sua prática os valores sociais (como por exemplo, o da solidariedade, quando se passa pela experiência da adoção). O instituto, concebido como ficção jurídica (pela finalidade de proteção do casamento e de direitos patrimoniais), reconhece atualmente os inúmeros vínculos cultivados pelos indivíduos – a exemplo da filiação socioafetiva²³³. A *intenção*, traduzida

²³³ Segundo Maria Berenice Dias, “a filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito de filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva”. Cf. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 367. No mesmo sentido, vide Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Conforme o autor, “em se admitindo como legítima a prática da maternidade-de-substituição e, especialmente, apesar de ilegítima, se ela efetivamente ocorrer, a solução a respeito da maternidade jurídica, *data vênia*, não pode ficar a mercê daquela (ou daquelas) que envolveram suas ações em tal prática. Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá em momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a inexistência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como

juridicamente na figura do *projeto parental*, tem possibilitado o reconhecimento da filiação nos casos de gestação de substituição. Logo, é conferida filiação aos autores ou o (a) autor(a) do projeto parental. Em outros termos, tem sido considerado o acordo de vontades – avaliado como elemento suficiente – para a atribuição da filiação. Por consequência, sendo a paternidade e a maternidade atribuídas aos autores do projeto parental, não se vislumbra dissonância entre essa solução e o estabelecimento das presunções de paternidade previstas no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, resguardada a ressalva de que uma nova redação que comporte claramente tais possibilidades seria muito bem-vinda.

4.1.2.1 Gestação de Substituição, Dupla Maternidade, Dupla Paternidade e o Registro da Criança

Em 2011 foram julgadas pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277²³⁴ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132²³⁵. Ambas as ações intentavam o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como forma de entidade familiar. Em resposta, o STF reconheceu o conceito ampliado do vocábulo “família”, baseando-se no princípio constitucional da igualdade. Já em 2013 o CNJ editou a Resolução 175²³⁶ com vistas a conferir uniformidade de interpretação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e a conversão em casamento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, mesmo com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) e a resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), diversos são os casos

o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais – o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 485.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Disponível em: <http://stf.jus.br> Acesso em: 11 jul. 2015.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 11 jul. 2015.

²³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf Acesso em 19 jul. 2015.

levados à apreciação do Poder Judiciário envolvendo o reconhecimento de *dupla maternidade* ou de *dupla paternidade*.

Nesse sentido, outra questão que fomenta o debate sobre a gestação de substituição diz respeito ao registro da criança. Em 05 de junho de 2012 foi publicada a Lei 12.662²³⁷ que assegura validade nacional à *declaração de nascido vivo*. Portanto, até que seja lavrado o assento do nascimento no Registro Civil, esse pode ser o primeiro documento oficial da criança que, inclusive, não substitui ou dispensa, em qualquer hipótese, o registro civil de nascimento. Constam na declaração de nascido vivo informações sobre o local do nascimento (se em hospital, outros estabelecimentos de saúde, no próprio domicílio) e a qualificação da parturiente, considerada pelo formulário a única mãe (nome, endereço, estado civil, escolaridade, número de filhos concebidos em gestações anteriores, etc.). O formulário não prevê a possibilidade de informar o nascimento que não tenha ocorrido pela parturiente, não inovando na coleta de informações que digam respeito à gestação de substituição²³⁸. Retorna-se, desse modo, ao mesmo ponto. Em razão da declaração de nascido vivo não indicar a existência de uma *parturiente* e de uma *mãe* (autora do projeto parental), surgem problemas jurídicos uma vez que tal declaração não expõe – no caso da gestação de substituição – a realidade dos fatos. Isso porque se a declaração menciona “mãe” e “filho”, poder-se-ia aqui considerar prova documental da filiação. Caso exista dúvida quanto às informações expressas na declaração de nascido vivo, o oficial do registro civil de pessoas naturais²³⁹ reporta-se ao juízo competente, que decidirá a objeção.

²³⁷ BRASIL. **Lei nº 12.662, de 05 de junho de 2012**. Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm Acesso em 03 jul. 2015. Existe um manual editado pelo Ministério da Saúde para auxiliar no preenchimento do documento do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc). Cf. **Manual de Procedimentos do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos**. Disponível em: http://www.saude.rr.gov.br/visa/sim_sinasc/manuais_procedimentos_sistema/manuais_procedimentos_sinasc.pdf Acesso em 03 jul. 2015.

²³⁸ Vide espaços para preenchimento dos blocos III, IV e V do modelo da declaração de nascido vivo, na p. 27 (Anexo I) do manual. Cf. **Manual de Procedimentos do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos**. Disponível em: http://www.saude.rr.gov.br/visa/sim_sinasc/manuais_procedimentos_sistema/manuais_procedimentos_sinasc.pdf Acesso em 03 jul. 2015.

²³⁹ O registro civil de pessoas naturais é regulado pela Lei 6.015/1973. BRASIL.

Sobre o tema, tem-se notícia de alguns precedentes interessantes e inovadores reconhecendo o direito de registro de dupla maternidade e paternidade. Houve um caso julgado pela juíza Vânia Jorge da Silva, da 6ª Vara de Família de Goiânia²⁴⁰ (11 de abril de 2014). Além de reconhecer a dupla maternidade (entre Thaise Cristiane de Abreu Prudente e Michelle Almeida Generozo Prudente²⁴¹), determinou que o hospital emitisse a declaração de nascido vivo em nome de Thaise e Michelle e que o cartório de registro de pessoas naturais expedisse certidão de nascimento com os nomes das mães e dos avós maternos.

Já no caso ocorrido na comarca de **Santa Helena de Goiás**²⁴², o juiz Marcelo Lopes de Jesus determinou que constasse, na declaração de nascido vivo de gêmeos gerados no útero da avó materna – gestante de substituição –, o nome dos autores do projeto parental.

Em outro caso ocorrido na 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, o juiz Márcio Martins Bonilha Filho expressou-se favoravelmente à inclusão do nome de uma das autoras do projeto parental no registro de nascimento dos filhos gêmeos. A hipótese tratava de relação homoafetiva entre duas mulheres, em que o óvulo foi fornecido por uma das companheiras e a gestação desenvolvida na outra. Aqui, como em diversos outros casos, houve o reconhecimento da dupla maternidade, assim como a inclusão dos avós maternos no registro civil das crianças.²⁴³

De acordo com alguns exemplos destacados, constata-se comum verificar o aumento do número de casos em que solicita-se, via Poder Judiciário, a inserção do nome de ambos os autores do projeto parental no registro civil da criança nascida por meio da técnica de reprodução assistida²⁴⁴. Essa é a razão pela qual se

²⁴⁰ JUSTIÇA reconhece dupla maternidade de homossexuais em Goiás. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/justica-reconhece-dupla-maternidade-de-casal-de-mulheres-em-go/> Acesso em: 15 jun. 2015.

²⁴¹ No caso, Michelle foi a doadora do óvulo posteriormente inseminado em Thaise.

²⁴² GÊMEAS geradas pela avó serão registradas por pais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-18/pais-biologicos-gemeas-geradas-avo-registra-las> Acesso em: 15 jun. 2015.

²⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. **Ação declaratória de filiação. Dupla maternidade.** TJSP, Proc. nº 0016266-45.2012.8.26.0001, 2ª Vara de Registros Públicos, Rel. Juiz de Direito Márcio Martins Bonilha Filho, j. 26/07/2012.

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. **Reconhecimento de dupla maternidade.** TJSP, Proc. nº 0001120-55.2012.8.26.0100, Rel. Juíza de Direito Helena Campos Refosco, j. 26/10/2012; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo.

observa um número expressivo de decisões judiciais reconhecendo dupla maternidade e dupla paternidade. Contudo, não necessariamente se estará diante de casos de gestação de substituição. Esta somente ocorrerá nas hipóteses em que a gestante não for autora do projeto parental. Ou seja: sempre será hipótese de gestação de substituição quando se tratar de casal homoafetivo masculino. Por uma simples razão: alguma mulher deverá gestar a criança. Já nos casos de gestação de substituição – segundo o raciocínio traçado – em casal homoafetivo feminino, não se vislumbra a possibilidade de gestação de substituição, uma vez que as duas mulheres poderiam ser autoras do projeto parental. Acredita-se incorrer em erro quanto ao instituto as decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro denominando de gestação de substituição a hipótese praticada por casal homoafetivo feminino. Estar-se-ia diante de reconhecimento de filiação, somente. O que faltaria ao registro de civil da criança é a declaração do que se apresenta como situação fática: o registro da criança como filha de duas mulheres. A gestação de substituição com casal homoafetivo feminino somente ocorreria quando uma terceira mulher gestasse a criança – diante da impossibilidade ou do não desejo em gestar de qualquer das mulheres formadoras do casal.

Em termos práticos, o nome da gestante de substituição (nos casos em que a mulher que fará a gestação de substituição não é autora do projeto parental) sequer apareceria – como registro – em qualquer documento. A justificativa a esses casos perpassa a ótica do reconhecimento do direito à identidade.²⁴⁵

O precedente que se analisa a partir de agora trata-se – efetivamente – de *gestação de substituição gratuita*, envolvendo um casal homoafetivo masculino e uma gestante de substituição. A prática foi levada ao conhecimento do juízo da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca do **Recife**, em 2012. O casal M.A.A

Reconhecimento de união estável e de dupla maternidade. TJSP, Proc. nº 0046498-05.2010.8.26.0100, Rel. Juíza de Direito Helena Campos Refosco, j. 29/05/2012; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Jacareí. **Reconhecimento de dupla maternidade e autorização para o registro civil do filho nessas condições.** TJSP, Procedimento Interno nº 710/2012, 2ª Vara da Família e das Sucessões, Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, j. 28/05/2012;

²⁴⁵ “Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo, imperioso é assegurar àquela que também desejou o filho – e que não necessariamente é a mãe genética – o direito de figurar no seu registro. Tal possibilidade cabe ser buscada em juízo, mesmo antes do nascimento para que, ao nascer, seja-lhe assegurado o direito à identidade”. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. **Ação declaratória de filiação. Dupla maternidade.** TJSP, Proc. nº 0016266-45.2012.8.26.0001, 2ª Vara de Registros Públicos, Rel. Juiz de Direito Márcio Martins Bonilha Filho, j. 26/07/2012.

e W.A.A solicitou o que registro civil da criança M.T.A.A indicasse a *dupla paternidade*. O nascimento foi decorrência da técnica de reprodução assistida heteróloga, utilizando-se o esperma de M.A.A, óvulo de doadora anônima e A.L.S, na figura de gestante de substituição. Segundo consta na sentença, a gestante de substituição declarou em “ ‘escritura pública de termo de consentimento’ sua livre participação na gestação em substituição, a partir de doação de óvulo proveniente de banco de armazenamento, reconhecendo a dupla paternidade dos requerentes em relação a menor”.²⁴⁶ Quanto à fundamentação, esperava-se fosse dado um destaque maior justamente pelo fato de se estar diante de um caso real – levado ao judiciário – de gestação de substituição. Percebe-se que não se evidencia a gestação de substituição. O argumento é trabalhado em torno da possibilidade de aceitação da dupla paternidade, da proteção direcionada à família homoafetiva – reconhecida expressamente pelo STF em 2011. Em nenhum momento se cogitou conhecer o valor da “escritura pública de termo de consentimento”, bem como da validade do consentimento e do contrato de gestação de substituição. Assim, continua-se sem conhecer a possível linha argumentativa do judiciário pernambucano no tocante à validade do contrato de gestação de substituição, bem como de seu objeto.

Tem-se notícia de outros dois casos de gestação de substituição em São Paulo. Um caso é proveniente da decisão da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2010.²⁴⁷ Trata-se de hipótese em que os autores do projeto parental são geneticamente pai e mãe, pois forneceram material genético

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Comarca de Recife. **Dupla parentalidade**. TJPE, Proc. nº indisponível, 1ª Vara de Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, j. 28/02/2012.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Campinas. **REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS** – Assento de nascimento – Filha gerada mediante fertilização *in vitro* e posterior inseminação, artificial, com implantação do embrião em mulher distinta daquela que forneceu o material genético – Pretensão de reconhecimento da paternidade pelos fornecedores dos materiais genéticos (óvulo e espermatozóide) – Cedente do óvulo impossibilitada de gestar, em razão de alterações anatômicas – "Cedente do útero", por sua vez, que o fez com a exclusiva finalidade de permitir o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem intenção de assumir a maternidade – Confirmação, pelo médico responsável, da origem dos materiais genéticos e, portanto, da paternidade biológica em favor dos recorridos – Indicação da presença dos requisitos previstos na Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, em razão das declarações apresentadas pelos interessados antes da fertilização e inseminação artificiais – Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos – Recurso não provido. CGJ-SP, Processo nº 2009/104323, Des. Antonio Carlos Munhoz Soares, j. 26/03/2010.

para a técnica de reprodução assistida. Houve, em seguida, implantação do embrião no útero da gestante de substituição. Em 27 de julho de 2009, nascida a criança, foi autorizada pelo juiz corregedor permanente do oficial de registro civil das pessoas naturais e tabelião de notas do distrito de Barão Geraldo, da Comarca de **Campinas**, a lavratura do assento de nascimento da criança, constando como pais legais os autores do projeto parental. Desta decisão, houve recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, ao argumento que no sistema jurídico pátrio a maternidade é definida pelo parto. E mais, que o contrato celebrado entre as partes não supera o princípio da maternidade certa pela gestação e pelo parto.

O Ministério Público do Estado de São Paulo argumentou, ainda, que a lavratura do nascimento da criança na forma pretendida pelos autores do projeto parental não possibilitará o futuro conhecimento pela criança de sua real origem, porque ocultará a verdadeira maternidade. Considerou, igualmente, que a gestante de substituição não possui parentesco com os supostos pais biológicos. E que esse fato contrariaria a Resolução do Conselho Federal de Medicina, destinada a impedir a comercialização do útero.

Diante dos argumentos colhidos, o juiz corregedor afastou a recusa da lavratura de assento de nascimento, fazendo constar a filiação dos autores do projeto parental, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança.

Mais uma vez perdeu-se a oportunidade de valoração dos argumentos que poderiam ser elencados na decisão do tribunal de São Paulo, uma vez que não se realiza qualquer avaliação e reflexão acerca do contrato de gestação de substituição em si e suas consequências.

O outro caso²⁴⁸ a que se fez menção também ocorreu em **São Paulo**, em 2012. O casal Luiz Renato Jimenez e Suzana Petersen Schetty requereu autorização judicial para a lavratura do assento de nascimento de gêmeos, concebidos por intermédio de fertilização *in vitro* homóloga (que utiliza o material genético do próprio casal), com transferência dos embriões para o útero de uma gestante de substituição. A Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a lavratura dos assentos de nascimento dos gêmeos, indicando como pais os que contribuíram com o material genético. Nota-se que a decisão sequer menciona o princípio do melhor interesse da criança. O argumento que notadamente se destaca, nesse caso, revela que a alteração da posição jurídica – no caso, a de mãe – poderia ser realizada pelo *acordo privado de vontade*.

No caso ocorrido em **Passo Fundo**²⁴⁹ – RS, o juiz Luis Christiano Enger Ayres reconheceu a *validade da renúncia da maternidade* durante a gestação de substituição gratuita, conferindo assento no registro civil aos autores do projeto parental, bem como dos avós maternos e paternos. A gestação de substituição foi realizada por uma prima (com a aquiescência de seu companheiro) do autor do projeto parental. A fundamentação da sentença aborda a inexistência de legislação, embora houvesse a Resolução 2.013/2013 do CFM.

²⁴⁸ “Processo 0050236-30-2012 Pedido de Providências Susana Petersen Schetty e outros Registro Civil das Pessoas Naturais do 30º Subdistrito Ibirapuera - VISTOS. Suzana Petersen Schetty e Luiz Renato Jimenez, qualificados na inicial, buscam tutela judicial desta Corregedoria Permanente, objetivando a obtenção de autorização para a lavratura do assento de nascimento de dois filhos biológicos (gêmeos), concebidos por intermédio de procedimento de fecundação artificial homóloga, com transferência de embriões para o útero de Ana Alzira Jimenes de Souza. Os elementos probatórios coligidos nos autos autorizam a formação de convencimento judicial no sentido de infirmar a presunção das DNVs (fls. 36/37), a exemplo do precedente análogo desta Vara (Processo nº 66/00-RC), impondo-se o reconhecimento de que a Sra. Ana processou a gestação, sem, contudo, contribuir com o componente genético. Todo o procedimento técnico está cabalmente detalhado, destacando-se que as partes envolvidas, de forma unívoca, concordaram expressamente com o pleito aqui, legitimamente, reivindicado pelos pais biológicos. Por conseguinte, autorizo a lavratura dos assentos de nascimento, na forma requerida, reputando desnecessário o exame de DNA. Ciência aos requerentes e ao Sr. Oficial. P.R.I.C”. Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. TJSP. Processo 0050236-30-2012. **Pedido de Providências**. Susana Petersen Schetty e outros. Registro Civil das Pessoas Naturais do 30º Subdistrito Ibirapuera, j. 22/10/2012.

²⁴⁹ A notícia de ocorrência desse caso de gestação de substituição (Proc. nº 11400058378, Rel. Juiz de Direito Luis Christiano Enger Ayres) foi publicada no sítio eletrônico do JusBrasil. Cf. UM caso gaúcho de útero de substituição. Disponível em: <http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/130932853/exclusivo-um-caso-gaicho-de-utero-de-substituicao> Acesso em: 20 jul. 2015.

Recentemente se teve notícia de mais um caso de gestação de substituição, desta vez em **Mato Grosso do Sul**²⁵⁰. Em 14 de dezembro de 2014, a juíza Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Três Lagoas – MS, ordenou a lavratura de registro de nascimento da criança, diante da negativa de registro pelo cartório. Na realidade, a irmã biológica da autora do projeto parental foi quem gestou a criança. O cartório de registro civil negou a lavratura do assento de nascimento à criança, considerando os autores do projeto parental. Argumenta-se que a documentação constante nos autos oferece respaldo suficiente para a determinação da maternidade e paternidade. A magistrada, em sua fundamentação, menciona a Resolução 2.013/2013 do CFM. Cita que os procedimentos descritos na resolução – diante da ausência específica de norma jurídica – são por ela regulamentados. Assim, compreende a magistrada que a hipótese dos autos atende aos requisitos impostos pela resolução do CFM, já que a gestante de substituição pertence à família da doadora genética; a prática não se reveste de conotação comercial; os autores do projeto parental comprovam a legalidade do procedimento por meio de vasta documentação, termo de ciência de todas as pessoas envolvidas, declaração de consentimento para a fertilização *in vitro* assinado pelo casal e pela gestante de substituição e *confirmação de entrega do recém-nascido* à autora do projeto parental.

Por fim, para encerrar o diagnóstico dos casos que se teve acesso sobre gestação de substituição, comentar-se-á a prática ocorrida em **Santa Catarina**²⁵¹. O sétimo caso discorre que os autores do projeto parental (casal homoafetivo masculino) obtiveram autorização judicial para constar no registro de nascimento a dupla paternidade, ocorrida através de gestação de substituição. Há informação que a gestante de substituição teria sido a irmã de um dos companheiros e o óvulo, proveniente de doadora anônima. O juiz Luiz Cláudio Broering considerou se tratar de hipótese de gestação de substituição, e não de adoção unilateral, como havia entendido o Ministério Público. Assinalou também a possibilidade de tal prática sustentando por parâmetro normativo a Resolução 2.013/2013 do CFM.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Comarca de Três Lagoas. **Suscitação de dúvida inversa**. TJMS, Proc. sem número, Rel. Juíza de Direito Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, j. 18/12/2014.

²⁵¹ BEBÊ será registrado com nomes de dois pais em caso de gestação por substituição. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/bebe-nomes-dois-pais-gestacao-substituicao> Acesso em 15 jul. 2015.

Identificou, ainda, a assinatura do termo de consentimento por todos os envolvidos, a existência de contrato sobre a filiação da criança e a garantia de seu registro civil pela família homoafetiva.

Diante dos sete casos analisados²⁵², percebem-se *pontos em comum*: (a) em todos os casos houve autorização de assentamento no registro civil em nome dos autores do projeto parental e, conseqüentemente, dos avós (maternos e/ou paternos); (b) em nenhum deles houve contestação com relação à determinação da maternidade ou paternidade, fixados previamente; (c) diante da ausência de normas jurídicas específicas à solução dos casos, em todos eles houve menção à Resolução do CFM, quer seja a 1.957/2010 ou a 2.013/2013; (d) em todos os casos destacou-se a gratuidade da gestação de substituição, pois se desse na forma onerosa – alegam – confrontaria o único regulamento sobre a matéria, qual seja, a Resolução do CFM; (e) na maior parte dos casos houve preocupação na assinatura de termo de consentimento pelos participantes da prática. Com relação à *motivação das decisões judiciais*, nota-se uma evidente indeterminação. Foram mencionadas: (a) a presunção de maternidade pelo parto – variando essa fundamentação ora (a1) pelo argumento que no sistema jurídico brasileiro a maternidade é definida pelo parto, ora (a2) pelo princípio da maternidade certa pela gestação e pelo parto ; (b) o vínculo genético/biológico entre os autores do projeto parental e a criança; (c) a vontade/desejo de acréscimo da entidade familiar pela criança; (d) o princípio do melhor interesse da criança; (e) a

²⁵² Sobre o tema, remete-se à leitura de artigo pioneiro – publicado no Brasil – sobre as regras da gestação de substituição em âmbito nacional e seus aspectos no Direito Internacional Privado. CF. ARAÚJO, Nadia; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição: regramento no Direito brasileiro e seus aspectos de Direito Internacional Privado**, 2014. É interessante notar que as duas conclusões comuns aos cinco casos refletidos pelas autoras, também pode ser observado na análise feita na tese com os sete casos descritos. As autoras analisaram cinco casos encontrados nos tribunais brasileiros: dois de Minas Gerais e os demais de São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Diante dos casos, chegaram a duas conclusões comuns aos cinco casos: “a) em nenhum houve qualquer disputa a respeito da maternidade ou de paternidade, pois todos os envolvidos estavam de acordo sobre quem seriam a mãe e o pai; b) todos tiveram o mesmo resultado final, ou seja, a autorização de registro civil em nome dos pretensos pais. A motivação das decisões judiciais, no entanto, foi bastante distinta, e há que se ter atenção para um flutuar argumentativo ao ensejo dos elementos de fato: a presunção legal de maternidade pelo parto, o projeto parental e a relação genética. Quando havia elo genético entre a criança e a pretensa mãe, as decisões frisaram o peso da presunção genética. Na ausência do elo genético, o peso foi lançado na presunção do projeto parental. Assim, as decisões existentes não se configuram em guias seguros para decisões em casos nos quais o conflito, especialmente os negativos e positivos de maternidade, eventualmente surjam.” Cf. ARAÚJO, Nadia; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição: regramento no Direito brasileiro e seus aspectos de Direito Internacional Privado**, 2014, p. 13.

possibilidade de alteração da qualidade da maternidade pelo acordo privado de vontade; (f) a proteção direcionada à família homoafetiva; (g) efetivação do princípio à igualdade; e (h) que toda a documentação apresentada nos autos do processo oferece respaldo suficiente para a determinação da maternidade e/ou paternidade.

4.1.3

Gestação de Substituição: A Lacuna Legislativa e a Concretização de Situações de Fato

Conforme se observou no item anterior, a filiação nos casos de gestação de substituição – no Brasil – tem sido atribuída aos autores do projeto parental. Não obstante o sentido das decisões, depara-se com a ausência de normas jurídicas capazes de harmonizar os atos dessa natureza.

Ainda que no plano jurídico brasileiro essa realidade não encontre instrumentos normativos adequados e específicos aptos a tratar o tema, soluções devem ser pensadas. A propósito, Debora Diniz realizou uma análise do estado da arte – das técnicas de reprodução humana assistida – no cenário legislativo brasileiro em artigo publicado no ano de 2003. Nessa oportunidade celebrava a autora a possibilidade de, em um futuro bem próximo, a sociedade brasileira contar com regramento específico na área²⁵³. Infelizmente, passaram-se 12 anos da publicação do artigo e até o momento, nenhum sinal de aprovação do projeto de lei.

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 1.184/2002 – que trata da regulação da reprodução assistida, de autoria do então senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE). Suas duas últimas movimentações datam de (a) 03 de julho de 2012, quando foi requerida realização de audiência pública para debate do tema; e (b) de 20 de fevereiro de 2013, oportunidade em que nele foi apensado o PL 4.892/2012.²⁵⁴

²⁵³ DINIZ, Debora. Tecnologias Reprodutivas no Debate Legislativo. **Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida**. vol. 7. n. 3. Novembro/Dezembro 2003, p. 10-19.

²⁵⁴ Dados coletados pela última vez em 20 de julho de 2015. Todas as informações sobre a tramitação podem ser acompanhadas na página da Câmara dos Deputados. Cf. BRASIL. Projeto

No que diz respeito à regulação da gestação de substituição, o PL 1.184/2002 é bastante tímido: estabelece dois artigos sobre o tema. No Capítulo I, quando trata dos princípios gerais sobre a reprodução assistida, prevê, no artigo 3º, a proibição da prática da gestação de substituição²⁵⁵ e, mais a frente, no Capítulo VII – que estabelece as infrações e penalidades –, indica, no artigo 19, III, como prática criminosa, dentre outras, a participação na gestação de substituição, quer seja na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica.²⁵⁶

Conforme críticas tecidas anteriormente (item 4.1.1 *supra*) quanto ao uso da expressão *artificial*, o PL 1.184/2002 confere continuidade ao emprego de tal adjetivo para designar a técnica de implantação de gametas ou embriões humanos ao que o projeto denomina de *mulheres receptoras*.²⁵⁷ Destaca-se que não se fará, nesta tese, análise minuciosa do PL 1.184/2002, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Embora diante da ausência legislativa específica, as normas pertinentes ao assunto encontram-se regulamentadas pela Resolução 2.121/2015 do CFM²⁵⁸ –

de Lei nº 1.184, de 03 de junho de 2003. **Dispõe sobre a Reprodução Assistida.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7D60DD0E0BE814F6DE6169FAA1997F4A.proposicoesWeb?codteor=137589&filename=PL+1184/2003 Acesso em: 20 jul. 2015.

²⁵⁵ “Art. 3º. É proibida a gestação de substituição.”

²⁵⁶ “Art. 19. Constituem crimes:

I – praticar a Reprodução Assistida sem estar habilitado para a atividade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

II – praticar a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei ou em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento por eles assinado:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa;

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa” (sem grifos no original).

²⁵⁷ “Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação **artificial** de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – embriões humanos: ao resultado da união in vitro de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;

II – beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

III – consentimento livre e esclarecido: ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto no Capítulo II desta Lei.”. (sem grifos no original).

²⁵⁸ Sobre a matéria remete-se às seguintes resoluções do CFM: Resolução n. 1.358/1992; Resolução n. 1.957/2010; Resolução n. 2.013/2013 e Resolução 2.121/2015. Destaca-se que a

este considerado uma autarquia federal, que a princípio, não possui atribuição normativa²⁵⁹, mas somente a função de regulamentar a profissão médica em todo o território nacional, assim como zelar pela observância de princípios éticos no exercício da atividade profissional. Diversas são as indagações que perpassam a legitimidade do CFM no tocante à normatização da matéria. De acordo com a separação das funções estatais, pode-se sustentar ser a atuação normativa do CFM prática contrária ao princípio da legalidade, sendo por esta razão, considerada anômala. Contudo, apesar de julgar interessante e importante a discussão, o mesmo não será tratado nesta tese.²⁶⁰

Aliando-se a falta de diplomas legais ao aumento do número de casos levados à apreciação do judiciário e o surgimento de inúmeros questionamentos, resta por alternativa a utilização das regras estabelecidas na Resolução 2.121/2015 do CFM. Portanto, mesmo de modo indireto e apesar de não possuir natureza cogente, a resolução do CFM se transforma em parâmetro para o estudo, análise e reflexão da matéria.

Resolução de 1992 vigeu por 18 anos, quando foi revogada integralmente pela Resolução de 2010, enquanto esta foi revogada pela Resolução de 2013. A última alteração foi feita pelo CFM, oportunidade em que revogou integralmente a Resolução de 2013. Todas as resoluções podem ser encontradas no sítio eletrônico do próprio Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/>

²⁵⁹ Interessante destacar que diante da controvérsia acerca da legitimidade do CFM na produção normativa, a própria Resolução 2.013/2013 faz menção à atribuição conferida para tal fim “pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009”. Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.121/2015. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf Acesso em: 10 nov. 2015.

²⁶⁰ Para aprofundamento do tema, remete-se a: GONÇALVES, Artur Pessoa. **Os limites e os padrões das atividades normativas do Conselho Federal de Medicina em temas jurídico-morais sensíveis no Estado constitucional brasileiro.** Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Artur%20Pessoa%20Gon%C3%A7alves.pdf Acesso em: 20 jun. 2015; PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.** FDV: Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. In: **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro. v. 236, abril/junho 2004; FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Identifica-se, na prática, ante a ausência de regulamentação jurídica, a concretização de situações de fato. Em outros termos, a dinamicidade da prática social tem, forçosamente, requerido do Poder Judiciário, respostas aos questionamentos provenientes da aplicação cotidiana das técnicas de reprodução assistida.

No item 4.1.2.1 *supra* foram identificadas sete decisões de gestação de substituição proferidas por diversos juízos estaduais em âmbito nacional: dois casos no estado de São Paulo, um em Goiás, um em Pernambuco, um em Mato Grosso do Sul, um no Rio Grande do Sul e um em Santa Catarina. Portanto, a lacuna legislativa – ao que tudo indica – não tem se mostrado barreira à efetivação de novos fatos que certamente ocuparão a atenção e ponderação dos operadores do Direito.

4.1.3.1

O Contrato de Gestação de Substituição sob a Ótica da Disciplina dos Contratos Atípicos

O ordenamento jurídico, compreendido por um complexo emaranhado normativo, fixa e estabelece as diretrizes que norteiam a sociedade. Contudo, sua estrutura nem sempre apresentou esse formato e suas normas, hoje, possuem um alcance mais amplo do que outrora. Com vistas a chegar ao ordenamento dos dias atuais, far-se-á uma pequena volta ao tempo para tentar identificar os motivos e razões que levaram ao processo de mudança na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente, o civil.²⁶¹

²⁶¹ Para uma análise mais detalhada do tema, recomenda-se a leitura das obras: BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007; FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; GADAMER Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997; MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; GRAU, Eros Roberto. **Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea**. In: **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas, 2008; PEIXINHO, Manoel Messias

O panorama normativo que vigorava sob a égide do Código Civil de 1916 se formava basicamente por regras jurídicas de caráter fechado. Nessa época o legislador valia-se da técnica legislativa regulamentar para estabelecer na lei as hipóteses fáticas que seriam aplicadas pelo julgador. Assim, de acordo com a técnica legislativa regulamentar, não era conferido – ao magistrado – espaço para que pudesse incorporar em suas decisões novos valores sociais. O reconhecimento de novos valores, pelo magistrado, estava subordinado ao seu prévio conhecimento pelo legislador. Com isso, percebe-se claramente que o papel do magistrado era bem tímido, uma vez que a ele não era conferida a oportunidade de definir a conclusão do problema, já que esta era identificada na própria legislação. Por essa razão afirma-se que no Código Civil de 1916 prevalecia o método da subsunção ou exegese, que é uma herança do Código Civil francês, compilado em 1804.²⁶² Nele o juiz não possuía uma atividade criativa de destaque. Cabia a ele apenas adequar o fato à norma previamente estabelecida.

Já no Código Civil brasileiro de 2002 uma nova técnica legislativa surge com o objetivo de atuar conjuntamente – e não substituir – a técnica legislativa regulamentar, qual seja, a técnica legislativa das cláusulas gerais, também conhecida por cláusulas abertas. É através dessa nova técnica que o legislador, propositalmente, pensa e elabora a regra jurídica com uma vagueza de conteúdo para que o magistrado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto possa definir seu conteúdo, atendendo-se aos valores vigentes na sociedade.

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de todos os conceitos e regras para todos os casos, transformam-se em regras insuficientes em razão do constante movimento de mudança de hábitos, valores e regras da própria sociedade. Por esse motivo se considera que a técnica regulamentar geraria somente regras de

Peixinho. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; LACOMBE, Margarida Maria. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁶² O Código Civil Francês, de 21 de março de 1804, ficou conhecido, a partir de 1807, como “Código de Napoleão”, por ter sido compilado por Napoleão Bonaparte.

natureza rígida, fechada, o que importaria na possibilidade de ocorrência de grave injustiça, uma vez que a regra estivesse desatualizada, entretanto, vigente.

Assim, a intenção da técnica legislativa das cláusulas gerais, além de admitir a busca por uma solução mais justa, permite que o julgador realize uma atividade criativa atenta aos novos valores vigentes na sociedade.

E como quase toda novidade vem acompanhada de alguma resistência e crítica, a teoria das cláusulas gerais não passou ilesa a esse fato. A crítica prontamente dirigida à novidade dizia respeito à ausência de definição de conteúdo das cláusulas abertas. Sustentava-se que a subjetividade encontrada na lei concederia aos magistrados um grande de poder: o de interpretar. O receio em conferir ao magistrado o poder da interpretação gerou o fenômeno que se denominou de “ditadura da magistratura”. A crítica era justificada na insegurança jurídica que a cláusula geral traria ao ordenamento jurídico, pois ficaria a critério de cada magistrado efetivar uma interpretação particular da cláusula.

Entretanto, diferentemente do que se pensava, ao concretizar uma cláusula geral, o magistrado realiza um processo de investigação e interpretação que lhe pareça mais justo, fundamentando exaustivamente sua decisão, a fim de demonstrar as motivações e razões de convencimento que o levaram à tal. A dúvida é respondida pelo artigo 489 do Código de Processo Civil²⁶³. Nele se

²⁶³ Conforme narra o artigo 489 do Código de Processo Civil brasileiro, as decisões proferidas pelo magistrado deverão ser fundamentadas. Nesse sentido entende-se que serão claras e demonstrarão, através de sua motivação e justificativas, as razões que o levaram a decidir nesse ou naquele sentido. Veja-se: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

encontra estipulação expressa que a *fundamentação* é considerada um dos *requisitos essenciais da sentença*. E mais, a exteriorização dos motivos e razões que o levaram a decidir neste ou naquele sentido têm o condão de evitar uma possível arbitrariedade e legitimam a decisão perante os jurisdicionados.

Além desses fatores, a vantagem que as cláusulas abertas trazem ao ordenamento jurídico gravitam no sentido de conferir uma plasticidade e atualidade infinitamente maior ao ordenamento. Explica-se. Diante das cláusulas abertas, o magistrado possui a tarefa de modificar uma interpretação quando sentir a necessidade de fazê-la perante a mudança de valores da sociedade. Em outros termos, é ele a figura que primeiro poderá aplicar uma nova interpretação à cláusula aberta ou a um princípio. A atuação da magistratura possui a difícil missão de adequar o sentido que concretizará novos significados à cláusula geral. Portanto, as cláusulas gerais são normas que não prescrevem determinada conduta. Ao contrário, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Por esse fator são consideradas como ponto de referência interpretativo e oferecem critérios axiológicos e limites para a aplicação das demais disposições normativas.

Pietro Perlingieri reconhece a importância das cláusulas abertas quando menciona que legislar por meio delas é conferir ao juiz – ao intérprete – a possibilidade de adaptar a regra às situações de fato.

Ao se tratar do processo hermenêutico como sendo o caminho pelo qual percorre o intérprete e diante do breve retorno feito para identificar o processo pelo qual passou o ordenamento jurídico, identifica-se que a Escola de Interpretação denominada Subsunção está superada. A suposição de que já existem soluções prontas e acabadas no ordenamento jurídico para cada questionamento está superada.²⁶⁴

À vista de todo o exposto, não parece moderado exigir que o ordenamento jurídico trate à exaustão as hipóteses contratuais, visto ser natural que a

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

²⁶⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 282-288.

regulamentação legal dos institutos jurídicos ocorra de modo posterior ao seu surgimento. Entretanto, em algumas matérias, a necessidade de uma regulamentação, ainda que mínima, se faz necessária para o próprio desenvolvimento e organização do instituto. É justamente nesse sentido que Christine Straehle – em um de seus artigos – avalia se a gestação de substituição deve ser vista como um direito à procriação assistida (*a right to assisted procreation*) ou como um direito contratual (*contractual right*). Nesse ensaio a autora demonstra ser favorável à prática da gestação de substituição – vista por ela como um direito contratual. Pondera, contudo, que tal prática necessita de uma regulamentação cuidadosa por tratar de tema delicado e que repercute em direitos fundamentais.²⁶⁵

Durante toda a tese referiu-se à ausência de regulamentação normativa *específica* para tratamento dos contratos de gestação de substituição. Constatou-se que – diante dos casos apresentados – tal contrato se materializa através dos fatos sociais estabelecidos e que perpassa a égide das relações jurídicas patrimoniais e existenciais.

Diante do arcabouço legislativo de direito civil vigente, acomoda-se o *contrato de gestação de substituição* na qualidade de *contrato atípico*²⁶⁶.

²⁶⁵ Cf. STRAEHLE, Christine. Is There a Right to Surrogacy? **Journal of Applied Philosophy**. vol. 32 (3), 2015.

²⁶⁶ Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “O novo Código Civil acolheu, em acréscimo ao modelo novecentista de Código Civil, os mesmos modelos contratuais até aqui *atípicos*, que já eram previsíveis desde a década de 70, quando o trabalho da Comissão nomeada pelo Governo Federal, em 1969, sob a presidência de Sua Excelência, o Professor Miguel Reale, ganhou o *status* de Projeto de Lei (Projeto 634/75), quais sejam, o contrato de transporte, o contrato de comissão, o contrato de agência e distribuição, o contrato de corretagem, além do contrato preliminar e do contrato estimatório. Nada de novo ou surpreendente, enfim. Nada que a atipicidade contratual já não nos tivesse desenhado, à exaustão. Nesse passo, levanto pedido de licença para registrar, desde logo, a inconveniência e o desacerto de se prosseguir, doutrinária e dogmaticamente, com aquela posição que sempre deu como sinônimas as expressões *inominado* e *atípico*. Sob nenhuma hipótese desconsidero tal crítica, eis que a atipicidade de um contrato não se traduz pelo fato de não ter ele, ou não, um *nomem juris*, senão pelo fato de não estar devidamente regulamentado em lei. Reconhece-se com frequência cada vez mais acentuada que contratos há que têm nome e nem por isso são *nominados-típicos* já que, para que assim fossem considerados, estariam a exigir a presença de um regramento legislativo específico. Fico com a melhor e dominante doutrina para admitir que é preferível se referir, nestes casos, a *contratos típicos* e a *contratos atípicos*, em lugar de *nominados* e *inominados*. Assim, é *contrato típico* aquele que a lei regulamenta, estabelecendo regras específicas de tratamento e lhe concedendo um *nomem juris*. Aliás, penso que a denominação decorre da regulamentação, e não vice-versa, como poderia parecer se o adjetivo preferido fosse *nominado*. A seu turno, portanto, *contrato atípico* é aquele não disciplinado pelo

O fato de ser considerado atípico não significa que o contrato não seja regulamentado pela lei, ou seja, que esteja imune à disciplina legal. Pelo contrário. O artigo 425 do Código Civil prevê que os contratos atípicos observarão as normas gerais fixadas pelo próprio código. Eis a redação do artigo: “*É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*”. Portanto, são aplicáveis, aos contratos atípicos, os artigos que disciplinam os negócios jurídicos (artigos 104 a 184, CC) e contratos em geral (artigos 421 a 480, CC). Estão sujeitos, ainda, aos limites impostos pelas normas de ordem pública, tais como: boa-fé objetiva (artigo 422, CC), a função social dos contratos (artigo 421, CC) e a que veda o abuso do direito (artigo 157, CC); princípios gerais de direito e bons costumes.²⁶⁷

Álvaro Vilaça Azevedo vem defendendo, desde 1965, a necessidade de uma regulamentação para os contratos atípicos. Para o autor, a importância da regulamentação dessa espécie contratual reside na necessidade em se estabelecer um “*tratamento genérico de princípios que, orientando sua formação, limitem a autonomia da vontade privada, evitando-se, com isso, abusos [...]*”.²⁶⁸

Cabe mencionar que os contratos típicos e atípicos recebiam uma denominação diferente no Direito Romano. A classificação feita aos contratos

ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e pelo fato de não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais de Direito. Pouco importa se tem ou não um nome, porque este não é a característica da sua essência conceitual; seu traço característico próprio é o fato de não estar sujeito a uma disciplina própria”. Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 97, p. 127-138, jan. 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537> Acesso em: 29 nov. 2015.

²⁶⁷ “DIREITO PRIVADO. CONCESSÃO DE REVENDA COM EXCLUSIVIDADE. RESOLUÇÃO UNILATERAL. RESPONSABILIDADE INDENIZATORIA. CONTRATOS ATÍPICOS. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - *CONSOANTE A DOCTRINA, OS CONTRATOS ATÍPICOS DEVEM SER APRECIADOS NÃO APENAS PELA DISCIPLINA LEGAL DOS CONTRATOS AFINS, MAS: PRIMEIRO, PELA ANALOGIA; SEGUNDO, DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL; TERCEIRO, PELA LIVRE APRECIÇÃO DO JUIZ.* II - O RECURSO ESPECIAL NÃO É VIA ADEQUADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA, DO QUADRO PROBATORIO, DESTINANDO-SE A GUARDA DO DIREITO FEDERAL, A SUA INTEIREZA, AUTORIDADE E UNIFORMIDADE DE INTERPRETAÇÃO. (REsp 5.680/SC, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/1990, DJ 10/12/1990). (Sem grifos no original). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199000106532&dt_publicacao=10-12-1990&cod_tipo_documento=3 Acesso em: 29 nov. 2015.

²⁶⁸ AZVEDEO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 134.

nesse período falava em *contratos nominados* e *contratos inominados*, respectivamente. Os nominados eram aqueles que possuíam um nome particular (*proprium nomen*). Já os inominados não se enquadravam nos tipos existentes.²⁶⁹

Quanto à aplicação das normas gerais dos contratos típicos aos atípicos, reputa-se ser possível.²⁷⁰ Discorda-se nesse ponto da doutrina de Álvaro Villaça de Azevedo, que sustenta que “*enquanto o legislador não criar normas gerais aos contratos atípicos, as normas gerais dos contratos em espécie não podem a eles ser aplicadas*”.²⁷¹ A redação do artigo 425 do CC é bastante clara quanto à possibilidade de aplicação das normas gerais desse Código aos contratos atípicos. E mais. Por não existirem normas que regulamentem especificamente todos os limites, direitos e deveres, as partes, em uma conduta quase que automática, detalharão as cláusulas contratuais ao máximo. Desta forma, os contratos de gestão de substituição deverão, via de regra, no que couber, se submeter ao regramento previsto na parte geral do Código Civil (artigos 104 a 184; e artigos 421 a 480, todos do CC). Logo, na impossibilidade de o legislador criar e regular, de modo completo e exaustivo todos os tipos contratuais, os contratos atípicos adquirem importância ao conferir a possibilidade de celebração de contratos que sirvam à sociedade.

²⁶⁹ “Os contratos inominados foram qualificados por Ulpiano como *contractus incerti* (contratos incertos) e por Gaio como *negotia nova* (negócios novos), os quais se enquadravam nas quatro categorias reconhecidas pelo Direito Romano, que são, segundo divisão de Paulo: (1ª) *do ut des*; (2ª) *do ut facias*; (3ª) *facio ut des* e (4ª) *facio ut facias* (respectivamente: dou para que dê; dou para que faça; faço para que dê; faço para que faça)”. Cf. AZVEDEO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 129.

²⁷⁰ Como doutrina favorável à aplicação das regras gerais dos contratos aos contratos atípicos, cite-se, por todos, Orlando Gomes. Nesse sentido, lembra o autor que “os contratos atípicos subordinam-se às regras gerais do Direito contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as que disciplinam as obrigações. Têm irrecusável aplicação nos contratos atípicos, mas, evidentemente, não bastam. Regras particulares são necessárias. Como não estão previstas especialmente na lei, cabe ao juiz procura-las, utilizando-se de um dos métodos propostos pela doutrina. Via de regra, a tarefa é facilitada pelas próprias partes. O problema simplifica-se, com efeito, pelo emprego corrente do princípio de autodisciplina dos contratos. Os estipulantes de um contrato atípico costumam regular mais explicitamente seus efeitos porque sabem que inexistem regras supletivas de sua vontade. Além disso, os usos que vão se formando, se não adquirem, para logo, o valor de fonte normativa, auxiliam o intérprete e o aplicador do Direito.” Cf. GOMES, Orlando. Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

²⁷¹ AZVEDEO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 139.

4.1.3.2 Gestação De Substituição: Análise sob o Viés da (I)Licitude

Todo o caminho percorrido pela tese objetivou a elucidação de pontos fundamentais sobre a gestação de substituição. Dentre eles está a investigação da licitude ou ilicitude da prática. Ultrapassado o estágio da pesquisa nos tribunais brasileiros e da doutrina acerca do conteúdo do conceito de licitude e ilicitude, parte-se para a experimentação dos conceitos especificamente na gestação de substituição.

A utilização do caso do arremesso do anão servirá como parâmetro de uma situação fática levada à apreciação por uma sociedade – no caso, a francesa – e pelo judiciário local. Guardadas as especificidades de cada caso – o da gestação de substituição e o do arremesso do anão – a intenção é proporcionar a observação diante de casos sensíveis, em que o princípio da dignidade da pessoa humana e a validade do consentimento podem ser suscitados como argumentos impeditivos à realização de tais ações. Talvez se consiga lançar alguma luz sobre a questão da gestação de substituição.

O arremesso de anões era visto por algumas pessoas, na Europa, como uma “atração” e, até mesmo, um “esporte” competitivo. Na prática, uma pessoa portadora de nanismo era arremessada por outras. O objetivo era conseguir lançar o anão, o mais distante possível. As regras para a prática eram as seguintes: qualquer espectador poderia participar do lançamento; as pessoas – espectadoras e anão – participavam da atividade de forma livre e consciente. No final da noite, após o encerramento das atividades da casa noturna, o anão receberia uma gratificação em dinheiro. O caso de maior notoriedade ocorreu na França, na cidade de Morsangsur-Orge, onde algumas casas noturnas ofereciam aos seus clientes tal atração. No fim de 1991, o Ministério do Interior da França emitiu uma circular instruindo os prefeitos a fiscalizarem a prática, de forma a proibi-la com base no artigo 3º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.²⁷² Diante da circular, o prefeito proibiu a

²⁷² Artigo 3.º Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Cf. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> Acesso em 10 set. 2015.

prática do arremesso de anão em seu município, apoiando-se em regras aplicadas para garantir a segurança e a ordem públicas. Interessante notar que houve, no caso, fundamentação no sentido de se verificar a violação da dignidade da pessoa humana expressa no artigo da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

O proprietário de uma casa noturna e o anão (Manuel Wackenheim), recorreram da decisão ao Tribunal Administrativo de Versailles, sob o argumento que a atividade não violava a ordem pública e que a mesma era necessária à sobrevivência do anão, pois essa prática era seu trabalho. O tribunal de Versailles, entendendo que a decisão do prefeito excedia o seu poder de polícia, anulou a decisão de forma a permitir o lançamento dos anões. Em outro recurso, o prefeito levou a questão ao Conselho de Estado francês, que reconheceu que o exercício do poder de polícia municipal dizia respeito aos conceitos de ordem, paz e segurança públicas.

Posteriormente, entendeu o Conselho de Estado que a dignidade da pessoa humana pode ser vista como um dos componentes da ordem pública. Assim, sob a ótica do Conselho de Estado, teria o prefeito agido corretamente – ao proibir a prática.²⁷³

²⁷³ “*Par sa décision du 27 octobre 1995, le Conseil d'État a, pour la première fois, explicitement reconnu que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public. La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement ou de dégradation avait déjà été élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, p. 100). Elle était aussi visée par les stipulations de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui interdit les "peines ou traitements inhumains ou dégradants". Le Conseil d'État a donc jugé que le respect de la personne humaine était une composante de l'ordre public et que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui y portait atteinte*”. Em tradução livre: “Pela sua decisão de 27 de Outubro de 1995, o Conselho de Estado, pela primeira vez, explicitamente, reconheceu que o respeito pela dignidade da pessoa humana é um componente de política pública. A salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra todas as formas de escravidão ou degradação já havia sido elevada à categoria de princípio constitucional pelo Conselho Constitucional (Decisão n° 94-343 / 344 DC, 27 de julho, 1994, p. 100). Ela também foi abrangida pelas disposições do artigo 3° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, que proíbe ‘tratamento desumano ou degradante’. O Conselho de Estado decidiu que o respeito pela pessoa humana era um componente da ordem pública e que a autoridade investida do poder de polícia municipal poderia, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, proibir uma atração que seja atentatória.” Cf. FRANÇA. **Decisão do Conselho de Estado francês. Caso Commune de Morsang-sur-Orge**, 27 out. 1995. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/27-octobre-1995-Commune-de-Morsang-sur-Orge> Acesso em 05 set. 2015.

Inconformado com a decisão da Corte francesa, Manuel Wackenheim levou o caso à apreciação da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), pelas seguintes razões: seu trabalho – a atividade de arremesso de anão – não violava sua dignidade; a decisão francesa, entretanto, violava o seu direito ao trabalho e sua liberdade de escolha.

Em julho de 2002, o órgão das Nações Unidas, ao avaliar e julgar o recurso interposto por Manuel Wackenheim, não vislumbrou qualquer discriminação por parte do Estado francês na proibição do arremesso de anões. Desse modo, concluiu não ter havido qualquer violação ao recorrente. Portanto, tanto o Conselho de Estado francês quanto a ONU compreenderam, que a prática de arremesso de anões deveria ser extinta. E não se deveria cogitar a concordância por parte do anão na prática de ato considerado indigno.

Ao se fazer uma analogia dos temas (arremesso de anão e gestação de substituição), ambos são analisados e algumas considerações podem ser enumeradas: (a) em ambos os casos existe consentimento para a realização das práticas. Na gestação de substituição são explicados todos os passos percorridos pela gestante de substituição e pelos autores do projeto parental, inclusive os riscos de vida e de esterilização; (b) as gestantes substitutas que aparecem no documentário *Google Baby*²⁷⁴ afirmam que somente se submetem a tal prática para proporcionar à família conforto material, estabilidade financeira e segurança quanto aos estudos dos filhos, uma vez que a remuneração é imensamente maior do que os trabalhos que ela e o marido poderiam realizar; (c) em ambos os casos, na hipótese de proibição das práticas, são sustentados argumentos no sentido de violação à liberdade (no que tange às escolhas pessoais) e afronta à dignidade humana (pois no caso do arremesso de anão e na gestação de substituição onerosa, a proibição de tais atividades impediria o recebimento de valores a título do “trabalho” prestado (considerada aqui a proibição expressa de alguns países quanto à realização da gestação de substituição onerosa).

Com ideias notadamente contrárias a qualquer justificativa que importe na diminuição da dignidade do ser humano, cite-se a obra de Heinrich Ewald Hörster

²⁷⁴ **Google Baby**. Diretor: Zippi Brand Frank, 2009. Documentário, 77 minutos. Nacionalidade: Israel.

que, fundada na lição de Karl Larenz, afirma: “*a relação de respeito que cada um deve a todos e pode exigir de todos, é, na designação de Larenz, a relação jurídica fundamental, a qual consiste em que: ‘cada um é respeitado e tratado pelos outros como um ser livre’*”. Conforme preceitua Heinrich Ewald Hörster, faz-se necessária uma relação social fundada no respeito mútuo, que não se compatibiliza com relações que expõem as pessoas a “*situações de extrema dependência que excluem por completo autodeterminação e liberdade (como por ex., a escravatura, a situação de servo da gleba, contratos perpétuos, trabalhos forçados, etc.)*”. E conclui ao garantir que “*nada deve ser exigido ao homem que possa diminuir o seu valor ético (e, por isso, são também inadmissíveis os discursos que falam de ‘material humano’ ou de ‘capital humano’)*”.²⁷⁵

Acredita-se que as bases conceituais estabelecidas no capítulo 2 da tese propiciam o raciocínio que estabelece a licitude do objeto do contrato como condição fundamental para a sua conseqüente validade. O não atendimento a essa exigência enseja – pela redação do dispositivo civilista brasileiro – a nulidade do negócio jurídico, de acordo com a redação do artigo 166, II, do Código Civil de 2002.

A gestação de substituição, analisada sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro tem recebido argumentos favoráveis e contrários no que diz respeito à validade. Elencam-se aqui os dois argumentos mais consistentes apresentados até o momento. A corrente *favorável à validade do contrato*²⁷⁶ manifesta-se no sentido de que o pagamento realizado nesse tipo de negociação – quando se tratar da hipótese da gestação de substituição onerosa – não se traduz na entrega de um objeto – notadamente, a criança –, mas na prestação de um serviço executado pela gestante de substituição. Por serviço prestado considera-se o aluguel do útero e a eventual doação de óvulo – para as hipóteses em que a doação é feita também pela gestante de substituição, ao invés de se optar pela doação de óvulos. A outra

²⁷⁵ HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 151.

²⁷⁶ HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito in vitro: da Bioética ao Biodireito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 108; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 314.

corrente de pensamento, *contrária à validade do contrato*²⁷⁷, argumenta que o pagamento pela gestação e consequente entrega da criança se traduz em instrumentalização e coisificação da pessoa e viola a dignidade da pessoa humana – assegurada constitucionalmente no inciso III do artigo 1º da Constituição da República de 1988. Com relação a tais posicionamentos, contabiliza-se na doutrina um número maior de adeptos à corrente *contrária à validade do contrato*, que se diferenciam – justamente – quando tecem seus argumentos acerca da *validade e eficácia* do contrato de gestação de substituição onerosa.

De acordo com a escada ponteana – analisada no capítulo 2 –, quando se trata de negócio jurídico, estabelecem-se planos. São em número de três: o primeiro trata do plano da existência; o segundo, da validade; e o terceiro, da eficácia. Tal doutrina recebe a denominação de *escada* em razão do seu mecanismo de estruturação. Se cada plano corresponde a um degrau, somente se chegará ao último degrau – ou seja, da eficácia – caso haja observância a todos os elementos dos degraus inferiores. Assim, ultrapassa-se o plano da existência para o plano da validade, se atendidos os seus elementos; de igual modo, alcança-se o plano da eficácia se atendidos os elementos dos planos da existência e da validade. Caso um dos elementos do plano da existência não seja atendido, diz-se que o negócio jurídico inexistente. Se não forem cumpridos os elementos do plano da validade, reputa-se nulo ou anulável – a depender do caso – o negócio jurídico. Portanto, estar-se-ia diante de negócio inválido. E, por fim, se os elementos do plano da eficácia forem descumpridos, estar-se-ia diante de um negócio jurídico ineficaz.

Na hipótese de se considerar ilícito o objeto de um negócio jurídico, estar-se-ia diante de sua nulidade, o que acarretaria, consequentemente, sua invalidade. No caso, o negócio jurídico sequer chegaria a gerar efeitos. Nesse momento há que se fazer uma importantíssima observação: Pontes de Miranda considerava, em raríssimas exceções, o caso de se verificar a produção de efeitos no negócio

²⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 88; DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 362; MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito. In: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 3, jul/set, 2000, p. 69.

jurídico considerado nulo, segundo sua teoria. Seria – conforme menciona em sua obra – a hipótese do casamento considerado putativo²⁷⁸, na hipótese de se ver reconhecida toda a gama de direitos ao filho que por ventura seja fruto desse casamento.

Com relação aos efeitos, ainda que se considere o contrato de gestação de substituição inválido, o mesmo é capaz de gerar efeitos no que diz respeito à filiação. Para esta tese, a possibilidade de geração de efeitos a atos considerados nulos, segue a mesma linha de raciocínio da hipótese de casamento putativo. Por essa razão Pontes de Miranda compreendia – acertadamente, a nosso ver – que todo fato que ingresse no mundo jurídico deve ser considerado um fato jurídico, ainda que contrário ao Direito. Por essa razão Pontes de Miranda afirma que a característica da ilicitude não é capaz de retirar o fato do conjunto dos fatos jurídicos.

Agora, conjugando a civilística tradicional e as normas constitucionais à biotecnologia trazida por via da gestação de substituição, como proceder com a interpretação no caso da validade ou invalidade desse negócio jurídico? Primeiramente, fixa-se posição pela concordância com a validade do contrato de gestação de substituição gratuito, uma vez que esta modalidade é prevista na Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. Entretanto, não pelos argumentos enumerados pela corrente minoritária. Explica-se. O objeto do contrato de gestação de substituição não é compreendido por esta tese como uma prestação de serviço. Até mesmo no caso da gestação de substituição onerosa, tratado pelos autores dessa corrente. A tese identifica que o objeto do contrato se efetiva através do cumprimento da prestação estipulada no acordo firmado entre as partes. No caso da gestação de substituição, seja ela onerosa ou gratuita, o objeto é uma obrigação de fazer.

No caso de se considerar válido o contrato, a maternidade, de acordo com o regulamento de Direito Civil, não pode ser interpretada como adoção – na qual

²⁷⁸ “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1o Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2o Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

há transferência do vínculo da maternidade a outra mulher. Na adoção o desfazimento do vínculo biológico é feito judicialmente, considerando-se, sempre, o princípio do melhor interesse da criança. O que se viu em alguns daqueles sete casos de gestação de substituição tratados no item 4.1.2.1 *supra* é a procura dos autores do projeto parental pelo Poder Judiciário na tentativa de ver – antes mesmo do nascimento – o direito de assentamento no registro civil em seu nome assegurado. Sustentou-se, em toda a tese, que a identificação da filiação deve ser realizada de acordo com os autores do projeto parental.

Considera-se, portanto, nessa tese, a **validade do contrato de gestação de substituição gratuita diante do arcabouço jurídico brasileiro**. E mais. O direito de constituição familiar expresso na Constituição da República de 1988 não pode vincular a atividade do legislador infraconstitucional no sentido de considerar inválido o contrato de gestação de substituição gratuito.

Não obstante haja quem considere como solução inserir o contrato de gestação de substituição dentre os contratos típicos – tais como cessão ou locação, por exemplo – reputa-se não ser a melhor aproximação, consideradas as especificidades de cada tipo contratual.

A teoria elaborada por Álvaro Villaça Azevedo quanto à classificação dos contratos atípicos é acompanhada – em parte, como visto anteriormente – pela tese. Ao se tratar a gestação de substituição gratuita como contrato atípico, realiza-se o raciocínio da interpretação sistemática, o que confirma a ideia de unidade do ordenamento jurídico. Ainda que se tenha à disposição apenas a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, tal regramento é interpretado juntamente com a Constituição da República de 1988 e com o Código Civil brasileiro e não se cogita afirmar que falta ao contrato a licitude, pois os contratos atípicos seguem o mesmo raciocínio – no que toca a validade – dos contratos típicos.

5 Conclusão

Inicialmente far-se-á a esquematização dos resultados alcançados a partir das discussões propiciadas com o desenvolvimento da tese. As conclusões serão elencadas em uma estrutura de tópicos, apresentados de modo sintético, sem, contudo, pretender esgotar o tema.

O **capítulo 1** identificou os conceitos de gestação de substituição, suas inúmeras denominações, as partes envolvidas no contrato e avaliou os impactos da biotecnologia nas relações sociais. Na tese delineou-se o conceito de gestação de substituição como a prática na qual uma mulher gesta o filho de outra pessoa, a quem a criança é entregue após o nascimento.

As duas pesquisas destacadas – (a) bio-objetos e (b) Corte da Haia – comprovam o destaque suscitado pelas técnicas de reprodução assistida. Natural, portanto, a discussão, análise e reflexão da matéria.

Diante da pesquisa e da avaliação realizadas no **capítulo 2** sobre as demarcações conceituais dos contratos típicos, algumas determinações podem ser destacadas. Identificou-se que o ordenamento jurídico existe em função da complexa realidade social. É ele o responsável por estabelecer a relevância jurídica dos fatos. O fato, no momento de seu acontecimento, atua conforme o que é previsto pela regra jurídica. Nesse sentido, o ordenamento lhe atribui uma qualificação e uma disciplina. A situação fática, no momento de sua realização, constitui o ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade. Esse movimento expressa a concreção do ordenamento jurídico. A norma jurídica se apresenta quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui à norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais.

O Direito – com sua estrutura complexa – é capaz de atribuir, ao mesmo fato, uma pluralidade de qualificações, tomando-o em consideração às regras e mediante diversas finalidades. A gravidez – por exemplo – em uma primeira análise pode ser compreendida como a manifestação do exercício da liberdade

pessoal, de autorregulação e de autonomia privada. Entretanto, em uma segunda apreciação, ao se deparar com a hipótese da celebração contratual entre uma mulher e uma clínica de inseminação artificial, a gravidez passa a ser o fato em relação ao qual se avalia a adequação dos meios que constituem o objeto da obrigação assumida pelo médico. Já em um terceiro momento, diante de um contrato de gestação de substituição, vislumbram-se os seguintes aspectos: a liberdade pessoal (no que tange à gravidez), o exercício da autonomia privada de todos os envolvidos, o consentimento válido e eficaz, e a validade e eficácia do negócio jurídico realizado.

Identificou-se que o objeto é, em termos imediatos, a constituição, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica. Em termos mediatos, aquilo sobre o que incidem tais relações. Em outros termos, coisas ou fatos que se pretende obter com a prática do ato. O objeto significa, desse modo, o conteúdo do ato, as relações que o sujeito visa a constituir. Não o objeto material, a coisa ou o fato sobre o que em termos mediatos incidem tais relações. Na prática, a construção da ideia seria a seguinte: sob a ótica da gestação de substituição, as partes “X” e “Y” formam um casal e pretendem ter um filho com o auxílio de uma gestante de substituição, “B”. Para tanto, precisarão de uma clínica, “C” e de um médico, “M”, que viabilize o projeto na prática. Todos estão presentes na consulta com o médico. Nessa oportunidade é assinado um termo de consentimento informado, no qual estão listadas todas as intervenções passíveis de serem realizadas: autorização para testes e exames, direitos das partes envolvidas, informação quanto à taxa de sucesso dos procedimentos, exclusão da responsabilidade do médico e/ou da clínica em caso de insucesso (há relatos que informam que a responsabilidade pelo insucesso ou falhas na técnica recai, não raras vezes, na “baixa qualidade do óvulo e/ou esperma”), na tentativa de distanciar e dificultar a aplicação da responsabilidade civil, quando for a hipótese. Fora do ambiente da clínica, os envolvidos voltam a estabelecer as diretrizes norteadoras do caso de gestação de substituição vivenciado. Portanto, o conteúdo da relação obrigacional estabelecido, na prática, pode ser combinado de modo a criar o melhor arranjo para todos.

Diante das duas decisões dos tribunais nacionais destacadas (o caso da adoção à brasileira e o caso da prática da agiotagem), traça-se a seguinte linha de raciocínio capaz de justificá-las: os tribunais têm considerado o objeto do negócio jurídico como as complexas relações constituídas no transcurso do mesmo. O objeto do contrato não se apresentou – nesses dois casos – como critério decisivo para a individualização do tipo de negócio, tampouco como delimitador dos efeitos de um ato que não acolhe as prescrições normativas no que tange à validade. O importante, ao que tudo indica, tem sido a individualização do conjunto das cláusulas contratuais e de seus efeitos legais como conteúdo do caso concreto e particular, independentemente da tipicidade ou atipicidade – no que se refere às hipóteses relativas ao Direito Civil brasileiro. Constata-se, na prática, o aumento de situações excepcionais à regra disposta no ordenamento civilista.

Assim, nos casos de gestação de substituição, apesar da ausência de regulamentação específica e ao se tomar como parâmetro a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, a realização da gestação de substituição na modalidade gratuita não tem se mostrado óbice para a realização de tais negócios jurídicos em âmbito nacional. Enfrenta-se, na realidade, a distinção entre a *licitude* e o *merecimento de tutela do ato*.

Durante todo o desenvolvimento da tese se fez menção à ausência de normativa jurídica acerca do contrato de gestação de substituição. Contudo, julga-se que a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina deve ser considerada como *lei no sentido material*, em razão do tratamento da matéria – ainda que analise a questão em seus aspectos gerais. Segundo se avaliou, reputa-se necessária a inserção de regras ao Código Civil brasileiro que versem sobre a questão da filiação para esses casos.

A doutrina de Pontes de Miranda somente considera uma regra jurídica a que tenha sido produzida por quem possua tal competência. Entretanto, esta tese, apesar de reconhecer a regra estabelecida pela Constituição da República de 1988 para a edição de lei em sentido formal, julga a Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina – enquanto não houver regra jurídica editada pelo Poder Legislativo – *lei em sentido material*, uma vez que a mesma apresenta-se como documento que prevê minimamente os aspectos da gestação de substituição.

Diante da possibilidade prevista na Resolução n. 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, trabalha-se a hipótese de permissão da gestação de substituição gratuita, uma vez que sua realização não afrontaria a licitude estabelecida na normativa de Direito Civil, tampouco aos bons costumes e à ordem pública. Tal ilação se constrói com fundamento em diversos casos concretos de gestação de substituição gratuita quando uma mãe, uma irmã, uma avó, uma tia ou uma prima gestam uma criança – de modo altruísta – para os autores do projeto parental e se verifica a apreciação do Poder Judiciário na matéria específica do registro civil da criança. Aqui não se ventilou a hipótese de desconstituição do acordo firmado entre as partes sob qualquer alegação, seja de infringência ao ordenamento jurídico, seja quanto a não observância da ordem pública ou dos bons costumes. A repercussão na sociedade, inclusive, não se mostra negativa a tais casos.

O mesmo não se pode afirmar na hipótese da gestação de substituição onerosa. Essa modalidade não possui previsão na Resolução n. 2.121/2015 do CFM. E se afirma, sem dúvida, que a resistência a esse tipo é, atualmente, bem maior. Aqui não importa se a apreciação é feita em âmbito nacional ou internacional. Tal precaução é adotada em virtude da conotação comercial que relativiza e vulgariza a importância da vida humana. É justamente na objetificação do ser humano que reside o alerta deflagrado pela gestação de substituição onerosa, ainda que se saiba que no Brasil essa modalidade não seja permitida pela Resolução n. 2.121/2015 do CFM.

Conferiu-se que o Direito é universalmente fundado pela distinção entre *coisa* e *pessoa*. Esta se materializa em uma das principais discussões dos ordenamentos jurídicos clássicos e modernos. No entanto, é um axioma cuja efetividade tem sido contestada pela biotecnologia. Particularmente, as técnicas de reprodução assistida introduziram uma revolução sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Em algumas hipóteses depara-se com uma realidade pautada na implementação da objetificação do indivíduo. Caso a objetificação exposta pela biotecnologia se constate como realidade, se fará necessária a verificação da existência de uma base racional para a distinção entre *coisa* e *pessoa*, vez que os conceitos poderiam perder suas peculiaridades características e, conseqüentemente, produzir efeitos discrepantes – comparados ao seu conteúdo.

O resultado prático a ser constatado é a perda da integridade do ordenamento jurídico. Daí a importância na observação das categorias e critérios elegidos como parâmetro normativo pelo legislador. A observância à autoridade desses critérios possui a capacidade de condução do intérprete à formação do seu convencimento e prestação jurisdicional condizente com o universo sistemático normativo em vigor.

Pela teoria proposta por Pontes de Miranda e pelas regras de Direito Civil brasileiro, o *contrato de gestação de substituição gratuito* existe, é válido e é eficaz. A validade do objeto do contrato se encontra na possibilidade em se acordar entre as partes uma prestação. Essa prestação pode ser uma prestação de dar, de fazer e de não fazer. No caso da gestação de substituição, firmou-se o entendimento que se trata de uma prestação de fazer, exteriorizada por uma obrigação positiva.

Na hipótese de ocorrência do *contrato de gestação de substituição oneroso*, diante da teoria fixada e do arcabouço jurídico nacional, verificam-se duas possibilidades. A (a) primeira interpretação pode considerar o contrato como *existente, válido e eficaz*. Explica-se. Se o raciocínio adotado perpassar a ideia de objeto contratual como uma *prestação* de fazer, exteriorizada por uma obrigação positiva, o contrato de gestação de substituição será reputado como válido, existente e eficaz. A lógica alcançada por esse pensamento alcança a noção de objeto como prestação – somente. Portanto, aqui não se sustentaria a venda, o comércio ou a instrumentalização dos seres humanos. Já em uma (b) segunda posição, caso se utilize o argumento que identifica o objeto do contrato como a *coisa* a ser entregue ao final do arranjo, a ideia de mercantilização da vida humana se mostra patente. Nesse segundo caso, o contrato será *existente, inválido, porém, eficaz*. Presume-se que a eficácia contratual respeitará as implicações relacionadas à filiação, a exemplo dos casos em que o Poder Judiciário brasileiro preservou o contrato – recorrendo ao princípio da conservação dos contratos – como forma de proteger os interesses e direitos de terceiros. Entende-se, sobretudo que o princípio da dignidade da pessoa humana não se compatibiliza com a possibilidade de instrumentalização do ser humano sob qualquer pretexto. E, tampouco, parece ser a vontade do legislador oferecer proteção a atos que importem em objetificação do ser humano. O reconhecimento da irradiação de

efeitos, especificamente ao caso da gestação de substituição onerosa se justifica perante a possibilidade de infringência a direito fundamental, qual seja, o reconhecimento do *status* de filho e todas as consequências decorrentes de tal apreciação. Portanto, a tese adota o entendimento proposto pela (a) primeira interpretação, na qual o fator capaz de acarretar a diferença na identificação do contrato é exatamente o reconhecimento da *licitude do objeto* – em outros termos, da prestação.

No **capítulo 3**, quando houve a avaliação da autonomia privada, do consentimento e do contrato como norma, reconheceu-se que, em vista da necessidade de delimitação do problema de pesquisa, a tese apreciou uma modalidade nova de contrato, qual seja, o *contrato de gestação de substituição*. Para alguns, estar-se-ia diante de uma mera *autorização*. Outros, contudo, admitem ser uma verdadeira *espécie contratual*.

A tese sustentou que na presença de elementos que constituem esse arranjo contratual, não se poderia considerar a avença de outro modo que não seja o contratual.

Ficou provado que o contrato de gestação de substituição inaugura uma série de infindáveis discussões na esfera jurídica, posto alinhar em seu bojo aspectos contratuais que transitam na esfera patrimonial e na esfera existencial.

Por autonomia privada ficou compreendida a margem de liberdade oportunizada pelo ordenamento jurídico à satisfação de interesses particulares aos indivíduos. É a possibilidade de se autogovernar. Por essa razão se considerou a autonomia privada como um princípio normativo e organizacional do ordenamento jurídico.

O estabelecimento de limites para a autonomia privada se mostrou determinante para a tomada das decisões e as consequências decorrentes da aceitação do termo de consentimento informado nos contratos de gestação de substituição. Nesse sentido, a verificação casuística do consentimento se mostrou fundamental diante das diferentes situações subjetivas da gestante de substituição. Alguns aspectos como a liberdade de escolha em se submeter ao contrato e o fator financeiro podem coagir a mulher a aquiescer à prática.

Assim como a autonomia se expressa na forma de liberdade dentro de uma margem de atuação proporcionada pelo ordenamento jurídico, provou-se que o consentimento é um dos elementos que compõem o ato jurídico. O papel jurídico que o consentimento estabelece é a efetivação da liberdade de atuação do indivíduo. Na gestação de substituição a identificação do consentimento livre e esclarecido é fundamental, pois dá origem à obrigação. Nem todo consentimento – contudo – será reputado como válido, pois a informação insuficiente ou a coação, por exemplo, são capazes de viciar o ato. O tipo de consentimento apresentado no documentário *Google Baby* expõe diversas falhas em seu processo de formação, conforme destacado anteriormente na tese.

No que diz respeito à formação do vínculo afetivo em sociedade, *O Ensaio sobre a dádiva*, de Marcel Mauss, esboça os limites para a identificação do *don*. O *don*, conforme visto, se traduz no regalo, na prestação que motiva a sociedade na base das trocas. Fica demonstrado pelo autor que desde as sociedades mais remotas houve o desenvolvimento, pelo grupo social, de uma forma de estabelecimento e fortalecimento desses vínculos sociais. Para a tese importa a organização social – ainda que inicial – advinda do fortalecimento desses laços sociais – que poderiam ser afetivos ou não. Com tal sistemática inferiu-se que a sociedade se organizou à base de trocas. Dessa forma, as trocas denotam características semelhantes à estrutura dos contratos de gestação de substituição gratuitos, onde se presencia fortemente o vínculo afetivo.

O **capítulo 4** se ocupou da apreciação dos conceitos e expressões demarcados no início do trabalho especificamente no contrato de gestação de substituição. Nele se verificou, em âmbito internacional, a deficiência de uma homogeneidade nas decisões proferidas quanto ao tema da gestação de substituição. O fator considerado para a discrepância nas soluções reside na diferença de tratamento da questão pelas leis de cada nação. Há países que preveem proibição à prática da gestação de substituição – de qualquer modalidade –, outros que permitem somente o contrato gratuito e outros que sequer estipulam qualquer normativa para guiar tanto a sociedade quanto o operador do Direito. A Conferência da Haia demonstrou, em seus relatórios de pesquisa, que a maioria dos países participantes do estudo apresentou pouca ou nenhuma legislação regulamentadora sobre a gestação de substituição. Este resultado é importante

uma vez que demonstra a necessidade de discussão e avaliação dos efeitos produzidos pelo contrato de gestação de substituição oneroso internacional. A criação do turismo reprodutivo, que movimentava cifras bilionárias em torno da gestação humana, acende a luz de alerta dos países que não desejam ver a entrada de capital por meio da exploração de sua população. Outros, entretanto, não vislumbram óbice à criação desse mercado.

Ficou demonstrado que o fato de uma nação prever, através de legislação, a vedação à gestação de substituição não impediu, por exemplo, que a França fosse condenada ao pagamento de indenização pela infringência a direitos de personalidade a uma criança nascida a partir do contrato de gestação de substituição. A condenação do Estado francês pela Corte Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) pelo não reconhecimento da cidadania francesa de crianças nascidas no exterior geradas por gestantes de substituição, é emblemática. Os juízes da corte declararam que a recusa das autoridades francesas infringe a identidade das crianças e as impede, no futuro, de exercer seu direito à herança.

A pesquisa realizada, em âmbito brasileiro, no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça comprovou que questões envolvendo o contrato de gestação de substituição ainda não chegaram a esse tribunal. Entretanto, dois julgados serviram de paradigma para a tese (um sobre adoção e o outro sobre usura) para a identificação das teses de justificação utilizadas. Perante esses dois casos identificou-se que (a) os tribunais brasileiros não consideraram a licitude do conteúdo da relação jurídica para a verificação da validade dos casos; assim como (b) a licitude foi interpretada à luz dos elementos do caso concreto com o intuito de preservar o contrato naquilo que fosse possível, bem como possibilitar sua produção de efeitos sob o argumento do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Com base nesse panorama constatou-se uma verdadeira relativização de conceitos que objetivaram alcançar esta ou aquela solução para os casos fáticos. Diante da análise e levantamento jurisprudencial, o magistrado – em algumas oportunidades – se permite deixar de lado o conteúdo prescrito na norma jurídica a fim de equacionar a demanda. É interessante observar que tal conduta propicia o surgimento do que se denomina de justiça do caso particular, em detrimento da

justiça geral. Com base nessa análise jurisprudencial, receia-se que o Poder Judiciário, quando chamado a equacionar demandas envolvendo disputas dentro do contrato de gestação de substituição, se baseie no mesmo tipo de postura que tem firmado perante outros casos. Ou seja, que a heterogeneidade argumentativa prevaleça diante desses casos contratuais.

Por essa razão concluiu-se pela necessidade de uma regulamentação nacional que apresente a definição de maternidade e paternidade e, conseqüentemente de filiação para os casos de gestação de substituição. Com vistas a contribuir para a reflexão quanto à redação normativa da determinação da maternidade e paternidade na gestação de substituição, recomendou-se a inserção de um artigo no Código Civil brasileiro. Assim, aconselhou-se a inserção do artigo 1.597-A ao Subtítulo II do Código Civil brasileiro, que versa sobre as relações de parentesco. Nesse sentido, o **artigo 1.597-A** traria a seguinte redação: **Em se tratando de técnica de reprodução assistida, especificamente a gestação de substituição, a filiação será estabelecida em favor dos autores do projeto parental, ainda que se utilize a técnica de reprodução assistida heteróloga. Sendo o projeto parental realizado por pessoa sozinha, apenas a esta será imputada a filiação.**

Por fim o estudo avaliou que não se deve tratar o sistema jurídico como um sistema de justiça do caso particular. Na realidade, espera-se que o ordenamento jurídico confira soluções ao que se denomina de justiça geral. A sociedade espera e deseja que o Poder Judiciário possa decidir os casos conferindo o mínimo de segurança jurídica. Neste ponto, fica comprovado que a ausência de regulamentação específica contribui para o crescimento de decisões individualizadas. Ainda assim, diante de decisões individualizadas, deseja-se que o debate alinhavado pela tese contribua para a efetivação de uma hermenêutica harmonizadora para os conflitos produzidos pelos contratos de gestação de substituição.

6

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ABREU, Laura Dutra de. **A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e vida nua I**. Tradução Henrique Burigo, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 236. abr/jun 2004.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família entre o Público e o Privado**. Porto Alegre; IBDFAMLex Magister, 2012.

_____; _____. **Gestação de substituição: regramento no Direito brasileiro e seus aspectos de Direito Internacional Privado**, 2014. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO->

BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf

ARBOUR, Marie-Ève; LACROIX, Mariève. **Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit**. Disponível em: https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_40/Arbourlacroix.pdf. Acesso em 20 mar 2015.

_____; _____. **Le statut juridique du corps humain**. Rapport Québécois – Journées Henri Capitant, Suisse, juin 2009. Disponível em: http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Quebec_Arbour_et_Lacroix_.pdf. Acesso em 20 mar 2015.

ATLAN, Henri. **L'úterus artificiel**. Paris: Seuil, 2005.

AUDI, Tamara; Chang, Arlene. Nasce um novo e fértil setor, o de bebês globais. **The Wall Street Journal**. Disponível em: <http://br.wsj.com/articles/SB129219744469065753?tesla=y> Acesso em 30 jul. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 750, abr. 1998.

_____. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Solange. O segundo abandono. *Istoé*, Edição n. 2188, 14 out. 2011. Acesso em: 19 jan. 2015. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar., 2009.

Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. A Família e o Direito: antigos e novos desafios. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano I, n. 1, jan./jun., 2000, p. 145-150.

_____. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, 2000, p. 209-216.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011.

_____. **El sistema de los objetos**. Tradução Francisco González Aramburu. México: Siglo XXI, 1969.

_____. **Senhas**. Tradução Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BEBÊS são levados para abrigo depois da rejeição do pai, dizem médicos. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2011/04/pais-fazem-inseminacao-artificial-e-rejeitam-um-dos-bebes-diz-medico.html>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BEBÊ será registrado com nomes de dois pais em caso de gestação por substituição. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/bebe-nomes-dois-pais-gestacao-substituicao> Acesso em 15 jul. 2015.

BELLIVIER Florence; NOIVILLE Christine. **Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques.** Coll. Traité des contrats. Paris: LGDJ, 2006.

BELLIVIER, Florence. et all. Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats: le droit français. In: **Revue Internationale de Droit Comparé.** vol. 58, n° 2, 2006, p. 275-318.

BERIAIN, Iñigo de Miguel; CASABONA, Carlos María Romeo (Editors). **Synbio and Human Health: a Challenge to the Current IP Framework?** London: Springer, 2014.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática.** Tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** vol. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931.

_____. **Direito das Obrigações.** Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

_____. **Direito das Obrigações.** Campinas: Red Livros, 2000.

_____. **Theoria geral do direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Consent in the Law.** Oxford: Hart Publishing, 2007.

_____; _____. **Human Dignity in Bioethics and Biolaw.** 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada.** Tradução dos originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica) pelo Centro Bíblico Católico, 89ª ed. Revista por Frei João José Pedreira de Castro, O. F. M. São Paulo: Editora AVE-MARIA, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Bio-objects and their Boundaries: Governing Matters at the Intersection of Society, Politics and Science. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/bio-objects/>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013.** Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf Acesso em 19 jul. 2015.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. PROVIMENTO N. 21 /2015. **Regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências.** Documento disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162(1).pdf) Acesso em: 15 nov. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.184, de 03 de junho de 2003. **Dispõe sobre a Reprodução Assistida.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7D60DD0E0BE814F6DE6169FAA1997F4A.proposicoesWeb2?codteor=137589&filename=PL+1184/2003 Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277.** Disponível em: <http://stf.jus.br> Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.** Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca da Capital. TJSP. Processo 0050236-30-2012. **Pedido de Providências**. Susana Petersen Schetty e outros. Registro Civil das Pessoas Naturais do 30º Subdistrito Ibirapuera, j. 22/10/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Campinas. **REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS**. CGJ-SP, Processo nº 2009/104323, Des. Antonio Carlos Munhoz Soares, j. 26/03/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. **Reconhecimento de dupla maternidade**. TJSP, Proc. nº 0001120-55.2012.8.26.0100, Rel. Juíza de Direito Helena Campos Refosco, j. 26/10/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. **Reconhecimento de união estável e de dupla maternidade**. TJSP, Proc. nº 0046498-05.2010.8.26.0100, Rel. Juíza de Direito Helena Campos Refosco, j. 29/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de Jacareí. **Reconhecimento de dupla maternidade e autorização para o registro civil do filho nessas condições**. TJSP, Procedimento Interno nº 710/2012, 2ª Vara da Família e das Sucessões, Juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, j. 28/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. **Ação declaratória de filiação. Dupla maternidade**. TJSP, Proc. nº 0016266-45.2012.8.26.0001, 2ª Vara de Registros Públicos, Rel. Juiz de Direito Márcio Martins Bonilha Filho, j. 26/07/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Comarca de Três Lagoas. **Suscitação de dúvida inversa**. TJMS, Proc. sem número, Rel. Juíza de Direito Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, j. 18/12/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Comarca de Recife. **Dupla parentalidade**. TJPE, Proc. nº indisponível, 1ª Vara de Família e Registro Civil, Juiz de Direito Clícério Bezerra e Silva, j. 28/02/2012.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm Acesso em 13 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 13 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009.** Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 13 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.662, de 05 de junho de 2012.** Assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo - DNV, regula sua expedição, altera a Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm Acesso em 03 jul. 2015.

BROWNSWORD, Roger. *Biotechnology and Rights: Where are we Coming From and Where are we Going?* In: KLANG, Mathias; MURRAY, Andrew. **Human Rights in the Digital Age.** London: GlassHouse Press, 2005.

_____. **Contract Law: Themes for the Twenty-First Century.** 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. **Teoria geral do direito civil.** v. I. 6. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.

CASABONA, Carlos María Romeo. (Ed.) **Biotecnología, desarrollo y justicia.** Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2008.

CATTO, Marie-Xavière. La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts? **La Revue des droits de l'homme**, 3, 2013. Disponível em: <http://revdh.revues.org/201>

CGJ-SP profere decisão sobre Reprodução Assistida - Processo nº 2009/104323. Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere->

[decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323](#) Acesso em 12 jul. 2015.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global**. Tradução Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.013/2013. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf> Acesso em: 20 jun. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.121/2015. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf Acesso em: 10 nov. 2015.

CONVENÇÃO Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> Acesso em 10 set. 2015.

CORTINA, Adela. Ética y globalización. In: CASABONA, Carlos María Romeo. (Ed.) **Biología, desarrollo y justicia**. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2008.

CREMESP. Consulta n. 126/750/05. Assunto: Autorização para a transferência de embriões para uma terceira pessoa/receptora. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=7258&tipo>

[=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=126750&situacao=&data=11-07-2007](#)

Acesso em: 12 jul. 2015.

DAVID, Georges et all. Rapport de l'Académie Nationale de Médecine. **La gestation pour autui**. Paris: Lavoisier, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Debora. Tecnologias Reprodutivas no Debate Legislativo. **Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida**. vol. 7. n. 3. Novembro/Dezembro 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 2. Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 3. Teoria das Obrigações Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ERGAS, Yasmine. **Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2177314> Acesso em: 30 jul. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

_____. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ, Ana Carolina Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da responsabilização**. Curitiba: Juruá, 2011.

FIELD, Martha A. **Surrogate motherhood: the legal and human issues**. Expanded edition. United States: Harvard University Press, 1990.

GADAMER Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais – o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GÊMEAS geradas pela avó serão registradas por pais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-18/pais-biologicos-gemeas-geradas-avo-registra-las> Acesso em: 15 jun. 2015.

GEERTZ, Clifford. **El antropólogo como autor**. Barcelona: Paidós, 1989.

GHIRARDI, Maria Luiza Assis Moura. **A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono**. 2008. 131 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GILMORE, Grant. **La morte del contrato**. Tradução Andrea Fusaro. Milão: Giuffré, 1988.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, Artur Pessoa. **Os limites e os padrões das atividades normativas do Conselho Federal de Medicina em temas jurídico-morais**

sensíveis no Estado constitucional brasileiro. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Artur%20Pessoa%20Gon%C3%A7alves.pdf Acesso em: 20 jun. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais.** v. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOOGLE BABY. Diretor: Zippi Brand Frank, 2009. Documentário, 77 minutos. Nacionalidade: Israel.

GOSTIN, Larry. (Ed.) **Surrogate Motherhood: politics and privacy.** Indiana: Indiana University Press, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____, Eros Roberto. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 96, p. 427, 2001.

GRUENBAUM, Daniel. Foreign Surrogate Motherhood: *Mater Semper Certa Erat* (2012). **60 American Journal of Comparative Law** 475 (2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2056899>

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 97, p. 127-138, jan. 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67537> Acesso em: 29 nov. 2015.

HOLMBERG, Tora; SCHWENNESEN Nete; WEBSTER Andrew. Bio-Objects and the Bio-Objectification Process. **Croatian Medical Journal**, vol. 52(6), 2011, p. 740–742.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2014.

HRYNIEWICZ, Severo e SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito in vitro: da Bioética ao Biodireito.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

ÍNDIA proíbe casais homossexuais de recorrerem à barriga de aluguel. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/01/india-proibe-homossexuais-de-recorrer-a-barriga-de-aluguel.html> Acesso em: 20 nov. 2015.

ÍNDIA quer proibir a prática de barriga de aluguel para estrangeiros. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2015/10/28/interna_mundo,504215/india-quer-proibir-a-pratica-de-barriga-de-aluguel-para-estrangeiros.shtml Acesso em: 20 nov. 2015.

Il Codice Civile Italiano. Art. 1.174 Carattere patrimoniale della prestazione. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm Acesso em: 10 set. 2015.

INTERESSE por barrigas de aluguel cria “fábrica de bebês”. **Pragmatismo Político**, 02 out. 2013. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/10/barrigas-de-aluguel-fabricas-de-bebes.html> Acesso em: 07 set. 2015.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V. Enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>

JUSTIÇA reconhece dupla maternidade de homossexuais em Goiás. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/justica-reconhece-dupla-maternidade-de-casal-de-mulheres-em-go/> Acesso em: 15 jun. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLANG, Mathias; MURRAY, Andrew. **Human Rights in the Digital Age**. London: GlassHouse Press, 2005.

KRAWIEC, Kimberly D. Altruism and intermediation in the market for babies. In: **WASH & LEE L. Rev.** 203 (2009).

KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 7, jul./set. 2001, p. 248.

Labassee v. France (n. 65941/11). Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_ENG.pdf. Acesso em: 10 jan. 2015.

LABRUSSE-RIOU, Catherine. La filiation et la médecine moderne. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**. vol. 38, n°2, avril-juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) pp. 419-440.

_____. La maîtrise du vivant: matière à procès. In: **Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques**. n. 56 – Bioéthique, jan. 1991, Paris: Presses Universitaires de France, 1991, p. 87-107.

_____. **Que peut dire le droit de l'humain?** Études 10/2010 (Tome 413), p. 343-354. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-etudes-2010-10-page-343.htm>. Acesso em 28 mar 2015.

_____; BELLIVIER, Florence. Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**. Paris. vol. 54, n° 2, avril-juin 2002, p. 579-601.

LACOMBE, Margarida Maria. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Tradução Marina Appenzeller. 3. ed. Campinas: Papyrus, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. vol. II. Obrigações em Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LUNA, Naara. A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia. **Mana**, ano 13, p. 411-440, 2º semestre/2007.

_____. **Bebê de proveta, barriga de aluguel, embriões de laboratório: as representações sociais das novas tecnologias reprodutivas.** UFRJ/Museu Nacional/PPGAS, Rio de Janeiro, 1999.

_____. **Provetas e clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

_____. Pessoa e parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. **Estudos Feministas**. vol. 9 (2), 2001, p. 389-413.

_____. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. **Cadernos PAGU**. vol. 19, 2001, p. 233-278.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Teoria del derecho**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

MACKLIN, Ruth. Is there anything wrong with surrogate motherhood? Na ethical analysis. In: GOSTIN, Larry. (Ed.) **Surrogate Motherhood: politics and privacy**. Indiana: Indiana University Press, 1990.

_____. **Surrogates & others mothers. The debates over assisted reproduction.** Philadelphia: Temple University Press, 1994.

MAESELE, Pieter *et all.* Bio-Objects Political Capacity: A Research Agenda. **Croatian Medical Journal**, vol. 54(2), 2013, p. 206–211.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, jan./dez. 2013, p. 221-242.

MANUAL de procedimentos do sistema de informações sobre nascidos vivos. Disponível em: http://www.saude.rr.gov.br/visa/sim_sinasc/manuais_procedimentos_sistema/manuais_procedimentos_sinasc.pdf Acesso em 03 jul. 2015.

MARGALIT, Yehezkel. From Baby M to Baby M(Anji): Regulating International Surrogacy Agreements (March 29, 2015). **The Journal of Law & Policy**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2586651> Acesso em: 15 nov. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 1, vol. 3, jul/set, 2000.

MATE, Reyes. **Memórias de Auschwitz: atualidade de política**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

MATTOS, Carmen Lúcia Guimarães de. **A abordagem etnográfica na investigação científica**. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8fcfr/pdf/mattos-9788578791902-03.pdf>. Acesso em 28 mar. 2015.

MAUSS, Marcel. **Ensaio de Sociologia**. Tradução Luiz João Gaio e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2009.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. Introdução: Claude Lévi-Strauss; tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria do Negócio Jurídico: Plano da Validade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Patrícia Campos. **Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiro**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml> Acesso em: 20 nov. 2015.

MELODY. Diretor: Bernard Bellefroid, 2014. Filme, 90 minutos. Nacionalidade: Bélgica, Luxemburgo e França.

MENEGON, Vera Mincoff. **Entre a linguagem dos direitos e a linguagem dos riscos: os consentimentos informados na reprodução humana assistida**. 2003.

285 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. Consentindo ambigüidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Cadernos de Saúde Pública**. vol. 20, n. 3, p. 845-854, mai./jun. 2004.

Mennesson and Others v. France (n. 65192/11). Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_ENG.pdf. Acesso em: 10 jan. 2015.

METZLER, Ingrid; WEBSTER Andrew. Bio-Objects and Their Boundaries: Governing Matters at the Intersection of Society, Politics and Science. **Croatian Medical Journal** vol. 52(5), 2011, p. 648–650.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo I: pessoas físicas e jurídicas**. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo II: bens e fatos jurídicos**. Atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo III: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: parte geral. Tomo IV: validade, nulidade, anulabilidade**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado: parte especial. Tomo XXII: Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações**. Atualizado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. vol. 4. Direito das Obrigações.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas. (Org.). **20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. In: **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, set./dez. 2014, p. 779-818.

_____, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios da constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência.** Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MULHERES buscam barrigas de aluguel em países pobres. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/07/110728_india_barriga_aluguel_cc.shtml Acesso em: 20 nov. 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOIVILLE, Christine. **Principe de précaution et santé: le point sur quinze années de jurisprudence.** Les Cahiers Du Centre Georges Canguilhem, 2009/1, n° 3, p. 73-89.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações.** vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORTEGA, Francisco; ZORZANELLI, Rafaela. **Corpo em evidência: a ciência e a redefinição do humano.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

PANDE, Amrita. **Wombs in labor. Transnational commercial surrogacy in India.** New York: Columbia University Press, 2014.

PANITCH, Vida. Commodification and Exploitation in Reproductive Markets: Introduction to the Symposium on Reproductive Markets. **Journal of Applied Philosophy.** vol. 32 (3), 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. In: **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais.** FDV: Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008.

_____. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais: doutrina e jurisprudência do STF e do STJ.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios da constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Permanent Bureau, **Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements.** (2012), Prel. Doc. N. 10, Hague Conference on Private International Law. Disponível em <http://www.hcch.net>. Acesso em 11 jan. 2015).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. vol. I.** 24. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. vol. II. Teoria Geral das Obrigações.** 27. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile.** 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PUPPINCK, Grégor. **ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy Regarding the Mennesson v France and Labassee v France cases (n°65192/11 & n°65941/11).** Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2500075> Acesso em: 25 mai. 2015.

RAWLS, John. **Justiça como equidade – uma reformulação.** Tradução: Claudia Berliner. Revisão Técnica: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RE 248869, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 12-03-2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-04 PP-00773. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257829> Acesso em: 11 set. 2015.

RE n. 11.974/MG, Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARÃES, julgado em 12/05/1953.

RE n. 11.786/MG, Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARÃES, julgado em 07/11/1950.

REsp 5.680/SC, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/1990, DJ 10/12/1990). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199000106532&dt_publicacao=10-12-1990&cod_tipo_documento=3 Acesso em: 29 nov. 2015.

REsp 1274240/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 15/10/2013. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271274240%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271274240%27.suce.\)\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271274240%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271274240%27.suce.))) Acesso em: 11 set. 2015.

REsp 1229044/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/06/2013). Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 15 nov 2015.

REsp 1333086/RO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52096601&num_registro=201201419381&data=20151015&tipo=5&formato=PDF Acesso em: 27 nov. 2015.

RESOLUÇÃO do CFM é evolução, mas ainda é necessário lei sobre o tema, diz especialista. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5033/novosite> Acesso em jan. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho**. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

_____. Nouvelles technologies et droits de l'homme: faits, interprétations, perspectives. **Mouvements** n. 62, avril-juin 2010. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-mouvements-2010-2.htm> Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. Transformações do corpo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: PADMA, v. 19, p. 91-107, jul./set. 2004.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. In **Bioética**, v. 6, n. 1. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 27-33.

SCHWENZER, Ingeborg. **Model family code: from a global perspective**. Antwerpen: Intersentia, 2006. Acesso em 10 fev. 2015. Disponível em: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6428/20111027161123_4ea9668bdfd0f.pdf

SEYMOUR, John; MAGRI, Sonia. A.R.T., **Surrogacy and Legal Parentage: a Comparative Legislative Review**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1936469> Acesso em: 30 jul. 2015.

SMITH, Chandra. **Surogacy and India: a legal perspective**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1762401> Acesso em: 25 mai. 2015.

STRAEHLE, Christine. IsThere a Right to Surrogacy? **Journal of Applied Philosophy**. vol. 32 (3), 2015.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia, PUC-Rio, 2005.

SVALASTOG, Anna Lydia. The Value of Bio-Objects and Policy Discourses in Europe. **Croatian Medical Journal**, vol. 55(2), 2014, p. 167–170.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: lei de introdução e parte geral**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. vol. I. Prefácio de Ruy Rosa do de Aguiar. Brasília: Ed. Fac-sim, 2003.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. (Org.) **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado. Direito das Obrigações: artigos 233 a 420.** vol. IV. Coordenador: Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

THE private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements. Disponível em: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178

TRF1 sustenta decisão que permite técnica de fertilização in vitro em mulher com mais de 50 anos. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5508/TRF1+sustenta+decis%C3%A3o+que+permite+t%C3%A9cnica+de+fertiliza%C3%A7%C3%A3o+in+vitro+em+mulher+com+mais+de+50+anos> Acesso em jan. 2015.

TRIMMINGS, Katarina and BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International level.** Oxford: Hart Publishing, 2013.

UM caso gaúcho de útero de substituição. Disponível em: <http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/130932853/exclusivo-um-caso-gaicho-de-utero-de-substituicao> Acesso em: 20 jul. 2015.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral.** vol. 2. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral.** vol. I e II. Coimbra: Almedina, 2011.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno filial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VERMEULEN, Niki; TAMMINEN, Sakari; WEBSTER, Andrew. **Bio-Objects: Life in the 21 st Century.** England: Ashgate, 2012.

VIEIRA, José Ribas. (Org.). **20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Côrrea da. **Direito Civil. Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WALLIS, Lucy. **Demanda por barrigas de aluguel cria 'fábrica de bebês' na Índia**. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131001_barriga_aluguel_india an Acesso em: 07 set. 2015.

WARNOCK, Mary. **Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology**. Department of Health & Social Security, 1988. Disponível em: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf Acesso em 16 jul. 2015.

ZOBER, Martin. **Administração Mercadológica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1971.

7 Anexos

7.1
Anexo 1

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.121/2015

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117)

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de julho de 2015,

RESOLVE:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Revogar a Resolução CFM nº 2.013/2013, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119, e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de julho de 2015.

**CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA
BATISTA E SILVA**

Presidente

geral

HENRIQUE

Secretário-

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos.

3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

4 - O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

5 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.

6 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não procriação humana.

7 - O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

8 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para o(a) paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1- Um diretor técnico – obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição – com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

- 2 - Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;
- 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o(a) paciente, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;
- 4 - Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.
- 4 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).
- 5 - As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.
- 6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

2 - O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a *fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

3 - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4 - Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

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

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Federal de Medicina.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.121/2015

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

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Manter a limitação da idade das candidatas à gestação de RA até 50 anos foi primordial, com o objetivo de preservar a saúde da mulher, que poderá ter uma série de complicações no período gravídico, de acordo com a medicina baseada em evidências.

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão realizada pela Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.013/13, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de julho de 2015.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015 –
Reprodução Assistida

7.2
Anexo 2

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA

PROVIMENTO N. 21 /2015

Ementa: Regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências.

O Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Pernambuco, em exercício, Desembargador JONES FIGUÊIREDO ALVES, no uso de suas atribuições legais e,

CONSIDERANDO que compete à Corregedoria-Geral da Justiça orientar e disciplinar os serviços prestados nas Serventias Extrajudiciais do Estado de Pernambuco, na forma do §1º, do art. 236, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a Resolução nº 2.121/2015, de 16.07.2015, do Conselho Federal de Medicina, dispondo sobre normas éticas para utilização de técnicas de reprodução assistida, inclusive para relacionamentos homoafetivos e por pessoas solteiras, além de permitir a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade, com garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos);

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer medidas desburocratizantes ao registro civil, nos casos de filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, não mais se impondo, destarte, o uso da via da autorização judicial para a lavratura dos assentos;

CONSIDERANDO a aprovação pela VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, do Enunciado

nº 608, em data de 29.09.2015, consignando que “É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local”;

CONSIDERANDO o teor do Enunciado nº 12, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em data de 23.10.2015, por meio do qual: “É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório de Registro Civil”.

CONSIDERANDO o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-DF 4277) que, encampando os fundamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132-RJ), reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, equiparando-as à união estável para todos os efeitos legais, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil;

CONSIDERANDO que a Lei 6.015/73 em regulando, dentre os registros públicos *lato sensu*, o registro civil de nascimento, não veta o registro de dois pais ou duas mães na mesma certidão de nascimento, tendo padronizado as certidões alterando os campos ‘pai’, ‘mãe’, ‘ avós maternos’ e ‘avós paternos’ para ‘filiação’ e avós, respectivamente.

CONSIDERANDO a cláusula “outra origem” para o parentesco civil, consagrada pela socioafetividade parental, como disposta pelo art. 1.593, parte final, do Código Civil;

CONSIDERANDO o que dita o artigo 1.596 do Código Civil, no sentido de que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias, relativas à filiação”;

CONSIDERANDO que a união estável e a família monoparental são reconhecidas como entidades familiares, pela Carta Magna, conforme o seu art. 226, nos parágrafos 3º e 4º;

CONSIDERANDO, por fim, que a Constituição Federal assegura, no art. 226, §7º, regulado pela Lei 9.263/96, o direito ao planejamento familiar, nele situado, com precisão, o projeto parental;

RESOLVE:

Art. 1º. O assento de nascimento decorrente de filhos havidos por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, observada a legislação vigente, no que for pertinente, mediante comparecimento de um ou ambos os pais e/ou mães, munidos da documentação exigida neste provimento, independentemente de prévia autorização judicial; permitidas a duplicidade parental (multiparentalidade) e a paternidade ou maternidade por pessoas do mesmo sexo.

Parágrafo Único. Nos casos de filhos havidos por casais homoafetivos, a inscrição será procedida com a devida adequação para que constem os nomes dos pais ou das mães, bem como seus respectivos avós, sem distinção se paternos ou maternos.

Art. 2º. São indispensáveis à lavratura do assento de nascimento a apresentação dos seguintes documentos, cujas cópias deverão ficar arquivadas na serventia:

Declaração de Nascido Vivo – DNV;

Declaração da clínica médica, do centro ou do serviço de reprodução humana, firmada pelo seu diretor e/ou pelo médico responsável, com firma reconhecida, que tenha aplicado as técnicas de reprodução assistida, com indicação do uso das técnicas de RMA e os seus beneficiários;

Certidão de nascimento original ou cópia autenticada, na hipótese de pais ou mães solteiros, acompanhada de documento de identificação civil com foto do(s) declarante(s);

Certidão de casamento, original ou por cópia autenticada, atualizada por período não inferior a 90 dias, ou Certidão de conversão de união estável em casamento, atualizada em mesmo prazo, ou, ainda, escritura pública de união estável.

Parágrafo 1º. Quando criada a situação identificada como gestação de substituição, a declaração prevista no inciso II consignará o fato, fazendo indicar tratar-se a parturiente de pessoa cedente temporária do útero e será instruída com

documento escrito da aprovação do cônjuge ou companheiro daquele, quando houver, ao referido procedimento da gestação por outrem, nos moldes da Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

Parágrafo 2º. Na hipótese do parágrafo anterior, não será considerado, para o conteúdo registrário o nome da parturiente, constante da Declaração de Nascido Vivo – DNV, devendo a mesma, pela condição de cedente temporária do útero à gestação programada, expressar, por escrito e com firma reconhecida, o seu consentimento para figurar no assento registral de nascimento a maternidade em nome de outrem.

Art. 3º. O Registrador Civil, nos casos de qualquer dúvida, remeterá o expediente ao Juiz registral competente, para apreciar e decidir a respeito, em prazo não superior a dez dias, após parecer do Órgão Ministerial.

Art. 4º. Na hipótese de registro de nascimento decorrente de reprodução assistida *post-mortem*, em consonância com a legislação vigente, além da observância aos dispositivos acima, conforme o caso, deve ser apresentada Declaração ou Termo de Autorização de uso do material biológico do falecido(a), com firma reconhecida.

Art. 5º. Os Oficiais de Registro Civil comunicarão mensalmente à Corregedoria-Geral de Justiça o quantitativo de registros feitos na forma do art. 1º e as hipóteses incidentes, indicando, outrossim, as correspondentes inscrições (Livro, folhas e número do assento).

Parágrafo 1º. A Corregedoria-Geral da Justiça, à vista das informações registrais, adotará base de dados para efeitos estatísticos, devendo a Assessoria de Tecnologia da Informação da CGJ adequar o SINOBO - Sistema de Nascimentos e Óbitos, nesse fim.

Parágrafo 2º. A partir da adequação, os dados serão informados pelos Oficiais de Registro Civil diretamente no SINOBO.

Art. 6º. Este provimento entra em vigor na data da sua publicação.

Publique-se.

Recife, 29 de outubro de 2015.

Desembargador JONES FIGUÊREDO ALVES

Corregedor-Geral da Justiça em exercício

7.3 Anexo 3

ESBOÇO DE ANTEPROJETO DE LEI PARA REGULAMENTAÇÃO GERAL DOS CONTRATOS ATÍPICOS

Autoria: Álvaro Villaça Azevedo²⁷⁹

Art. 1º São típicos os contratos que possuem e atípicos os que não possuem uma regulamentação legal.

Parágrafo único. Os contratos atípicos podem consistir em figuras singulares atípicas ou mistas, neste caso, com somatório de elementos típicos ou atípicos, ou ainda típicos e atípicos.

Art. 2º Aplicam-se aos contratos atípicos as normas de caráter geral, aplicáveis a todos os atos e declarações de vontade, de qualquer natureza, no plano da validade e da invalidade.

Art. 3º As estipulações dos contratantes devem ser válidas, ante o princípio da autonomia da vontade, desde que não contrariem a lei, a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais do Direito.

Art. 4º As partes devem utilizar-se do contrato atípico, segundo sua função, observando os princípios da boa-fé objetiva, desde o momento anterior à formação do contrato até o posterior a sua extinção; o princípio da igualdade entre as partes contratantes e, principalmente, o da onerosidade excessiva, para que não exista enriquecimento injusto ou indevido.

Art. 5º Aplicam-se aos contratos típicos e atípicos todas as regras relativas às práticas comerciais e à proteção contratual, constantes dos capítulos V e VI do Código do Consumidor (Lei. N. 8.078, de 11-9-1990), do art. 29 ao art. 54.

²⁷⁹ O esboço foi retirado da obra AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 202-203.

Art. 6º Não são aplicáveis, ainda que por analogia, as normas que regulam especificamente os contratos típicos, mesmo que figurem, parcialmente, nas contratações atípicas mistas.

Parágrafo único. As normas reguladoras dos contratos típicos, em geral, poderão ser aplicadas aos contratos atípicos, desde que não se desnature a natureza e a unidade da contratação atípica.

Art. 7º O contrato atípico forma um todo uno e complexo, indivisível com todas suas cláusulas e condições.