

UNICESUMAR - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO CARÁTER ONEROSO DA MATERNIDADE DE
SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E OS EFEITOS TRAZIDOS PELA GUERRA NA
UCRÂNIA

GUILHERME DUARTE LOUZADA

MARINGÁ – PR

2022

GUILHERME DUARTE LOUZADA

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO CARÁTER ONEROSO DA MATERNIDADE DE
SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E OS EFEITOS TRAZIDOS PELA GUERRA NA
UCRÂNIA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da UniCesumar – Centro Universitário
de Maringá como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito, sob
a orientação do Prof.^a Dr.^a Tatiana de Freitas
Giovanini Mochi

MARINGÁ – PR

2022

GUILHERME DUARTE LOUZADA

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO CARÁTER ONEROSO DA MATERNIDADE DE
SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E OS EFEITOS TRAZIDOS PELA GUERRA NA
UCRÂNIA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.^aDr.^a Tatiana de Freitas Giovanini Mochi.

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO CARÁTER ONEROSO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E OS EFEITOS TRAZIDOS PELA GUERRA NA UCRÂNIA

Guilherme Duarte Louzada

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo principal a análise da possibilidade da atuação do instrumento da maternidade de substituição concomitante com o caráter oneroso, ou em outros termos, com o pagamento/prestação pecuniária no Brasil. As contemplações serão realizadas a partir de um estudo de diversas vertentes, integrando o campo da reprodução assistida, bem como das perspectivas discrepantes da sociedade acerca da realização de tal possibilidade, traçando um liame com as posições das legislações vigentes no atual cenário brasileiro. Pertinente também vislumbrar de que modo a presente guerra envolvendo a Ucrânia, grande figura no panorama da maternidade de substituição, afeta uma parcela da população brasileira.

Palavras-chave: Maternidade de substituição. Caráter oneroso. Legislações.

ANALYSIS OF ONEROUS NATURE POSSIBILITY OF SURROGATE MOTHERHOOD IN BRAZIL AND EFFECTS BROUGHT BY WAR IN UKRAINE

ABSTRACT

The current paper has a main goal the analysis of the possibility of the performance of the instrument of the surrogate motherhood. Attached to this theme will be considered the onerous nature, or in other terms, the payment/pecuniary installment in Brazil. The contemplations will be made from a study of several aspects, integrating the field of assisted reproduction. It will also examine the discrepant perspectives of society about the realization of such possibility, tracing a link with the positions legislation in force in the current Brazilian scenario. Consistent it is also envision to understand how to present war involving Ukraine, a major figure in surrogate motherhood scene, affects portions of the Brazilian population.

Keywords: Surrogate motherhood. Onerous nature. Legislation.

1. INTRODUÇÃO

A maternidade de substituição surgiu com o objetivo de auxiliar casais/indivíduos a alcançarem o desejo de terem filhos, que devido a infertilidade ou por algum outro motivo, ficam impossibilitados de realizarem tal sonho por meio natural.

Em território brasileiro, a matéria é discutida diante de vários aspectos sob óticas morais, éticas e jurídicas, apresentando uma grande divergência de ideias perante a coletividade. O que impulsiona esse cenário é a falta de uma legislação que regule o eixo da reprodução assistida, e conseqüentemente, da maternidade de substituição, no qual a única norma voltada a esse assunto é a Resolução do CFM n° 2.294/2021, que não é capaz de extinguir os conflitos existentes.

O grande atrito e ponto central deste trabalho se destina a possibilidade da maternidade de substituição ser constituída como um contrato (visto que este necessita da composição de certos requisitos), bem como da eventualidade de uma comercialização dessa atividade, ou seja, da presença de um cunho comercial e oneroso, uma vez que a resolução citada acima e os preceitos do ordenamento jurídico brasileiro trazem a indispensabilidade do quesito da gratuidade. Assim, o debate se verifica na caracterização ou não da (i)legalidade de tal prática, havendo diversas concepções sociais que entram em choque no cenário brasileiro.

Por fim, outro ponto que será destacado são as conseqüências da atual guerra entre Rússia e Ucrânia, abordando tal circunstancia com o cenário da maternidade de substituição presente na Ucrânia e como o Brasil pode estar vinculado a tal conjuntura.

2. BIOÉTICA, BIODIREITO E SEUS PRINCÍPIOS

É certo que os avanços biotecnológicos vêm transformando drasticamente vários pilares da sociedade, colocando o mundo inteiro frente a vários obstáculos, tanto positivos, trazendo inúmeros benefícios, quanto negativos, acompanhando diversas problemáticas. Daí a grande discussão diante de tal aspecto, tendo a humanidade controvérsias sobre esses recentes avanços, tendo de um lado um apoio e de outro uma reprovação, sendo necessário o conhecimento por parte da sociedade da bioética e do biodireito.

A bioética foi originada no ano de 1971 por Van Potter, onde este defende o entendimento de que a finalidade da bioética era auxiliar a humanidade quanto a uma participação racional diante da evolução biológica e cultural, onde seria uma ligação entre conhecimentos biológicos e valores humanos (VIEIRA, 2003 apud BYK; MEMETEAU, 1996). Já o biodireito, segundo os ensinamentos de Judith Martins Costa, é uma “disciplina que visa determinar os limites de licitude do progresso científico” (MUSSE, 2008 apud COSTA, 2000, p. 233). Na visão de Maria Helena Diniz, se compreende como um estudo de caráter sistemático que apresenta como ponto central de análise a vida, baseando-se em fontes que advém da essência da bioética (VIEIRA, 1998, p.416).

A partir da exposição da essência da bioética e do biodireito, é cabível demonstrar a principiologia destes dois instrumentos, visto que é importante para compreendê-los em suas diretrizes e elementos.

No tocante aos princípios da bioética, é adequado trazer à tona que estes apresentam uma alternância quanto a sua quantidade e definição, dependendo da doutrina abordada. Teoricamente, os princípios da bioética são definidos com três: da autonomia, da beneficência e da justiça. Alguns doutrinadores incluem no seio da bioética um quarto princípio, o da não-maleficência, que se encontra intimamente ligado ao primeiro citado.

O princípio da autonomia trouxe o entendimento de que o indivíduo era considerado capaz para definir as suas próprias convicções, metas e planos pessoais e particulares, possuindo assim a figura do “ser autônomo”. O pilar da autonomia se baseava em respeitar e conseqüentemente valorizar as posições e juízos de cada ser humano, restringindo o ato de interferi-los (LUMERTZ; MACHADO, 2016).

Reconhecia a partir dos diversos ideais, como religiosos, morais, entre outros, a vontade do paciente, respeitando principalmente o aspecto da privacidade e evitando uma

ingerência de terceiros em sua relação pessoal. A autonomia, segundo o domínio de Adriana Maluf, seria a “capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa” (MALUF, 2020, p. 9). Já para Beauchamp e Childress, a questão da autonomia busca levar como prioridade as decisões do próprio indivíduo quando estas não estiverem sob a índole de vida ou morte, direcionando-o a atingir a liberdade (SOARES; PIÑERO, 2002).

Sá e Naves lecionam que o princípio da autonomia se caracteriza pela verificação do indivíduo se autogovernar, bem como foi ponto de modificação na relação médico-paciente, elevando a consideração e participação da parte do paciente nos procedimentos referente ao tratamento, e conseqüentemente a restrição e diminuição do aspecto da autoridade sobre essa relação (SÁ; NAVES, 2009).

No que concerne ao princípio da beneficência, esse se concentra no ato de atendimento por parte dos profissionais de saúde, em especial o médico, em relação ao seu paciente, tendo como objetivo o bem do paciente, ou seja, o tratamento só poderá ser realizado pelo médico visando esse ponto central, e jamais com o intuito de acarretar o mal e prejuízos (MALUF, 2020). Há uma essência de imposição direcionada a este profissional da área de saúde, de forma com que o mesmo se empenhe na busca pelos benefícios ao paciente, não devendo o último ser figurado como apenas um objeto utilizado para pesquisas. Notável verificar uma ligação deste princípio ao da não-maleficência, que aborda a impossibilidade do trabalho do médico/profissional de saúde diante de uma situação de risco ao seu paciente, consistindo assim em um dever de evitar uma possível lesão visada (SÁ; NAVES, 2009).

Por fim, quanto ao princípio da justiça, a finalidade se baseia na garantia dos diversos direitos a todos os pacientes de forma conjunta, abarcando por exemplo o respeito a autonomia e a admissão referente a um procedimento de saúde (SOARES; PIÑERO, 2002). A intenção desse princípio se traduz na busca por uma distribuição considerada justa, universal e equitativa (SANTOS, 1998), bem como por uma imparcialidade quanto as ações dos profissionais de saúde e um impedimento de possíveis discriminações e distinções na relação deste com o paciente envolvido (MALUF, 2020).

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Heloísa Maria Coelho Baêta, esse primórdio é considerado de fundamental importância, pois sujeita o Estado ao dever de assegurar aos envolvidos uma vida digna e saudável através de uma exploração de fatores morais e éticos que são fornecidos pela própria essência principiológica, que adquire

assim uma característica essencial que é o status de imperativo. Assim, o princípio da justiça apresenta como objetivo, através dos avanços, a segurança e proteção não somente do indivíduo em si, mas também no sentido de uma coletividade, demandando um cenário de equidade referente a distribuição dos benefícios por parte dos entes responsáveis (SÁ; NAVES, 2004).

Porém, ainda segundo as mesmas, o aspecto da distribuição citado acima deve ocorrer com observância na medida das desigualdades do respectivo indivíduo, ou seja, há um espírito de enternecimento em relação aos desfavorecidos, ou como lecionam, uma “sensibilização com os desvalidos”. De maneira geral, esse princípio se concretiza pelo dever de um tratamento igualitário diante da humanidade, estando sempre apreciando e contemplando a vida e sua dignidade, preceitos fundamentais da sociedade (SÁ; NAVES, 2004, p.94).

Concluído a apresentação dos princípios da bioética, é pertinente passar a devida demonstração dos princípios do biodireito, que se definem em: princípio da autonomia privada, princípio da precaução e princípio da responsabilidade, oportunizando a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana (SÁ; NAVES, 2009).

O princípio da autonomia privada do biodireito expõe a mesma essência do encontrado na da bioética, se caracterizando pela capacidade do indivíduo de considerar as suas convicções e tomar seus próprios julgamentos e pareceres diante de procedimentos médicos. Francisco do Amaral leciona que a autonomia privada se traduz na viabilidade da prática de um ato jurídico por parte do indivíduo, no qual este estipula quais os seus elementos presentes, como a forma, conteúdo e efeitos (AMARAL, 2000).

O princípio da precaução consiste em uma restrição, ou mesmo delimitação da atividade do profissional, que ao verificar um risco de ocorrência de dano grave e irreversível deve aplicar critérios de precaução. Cabe frisar que o referido princípio assegura uma melhor observância quanto ao aspecto da proteção em relação ao princípio da prevenção, devido ao fato do primeiro abordar como foco central o “mal sério e irreversível” ante a uma presença de traços de incerteza (SÁ; NAVES, 2009). Esses dois termos apresentam contradição na definição doutrinária, sendo que alguns doutrinadores divergem o teor da precaução e prevenção, e outros os tratam como sinônimos.

Assim, fica visível que esse princípio busca trazer ao profissional de saúde uma maior cautela e prudência relacionada as atividades tanto médicas quanto biotecnológicas, bem como procura impossibilitar qualquer tipo de procedimento

científico ante a não comprovação de ausência de malefícios para o indivíduo envolvido, devendo assim evidenciar a segurança do processo (MALUF, 2020).

Quanto ao princípio da responsabilidade, pode-se observar a presença dos aspectos do dever e da consequência, cujo há uma forte ligação. Se baseia no cumprimento das obrigações pactuadas, gerando assim um dever jurídico, no qual o descumprimento acarretará as implicações necessárias. Na visão de Hans Jonas, a responsabilidade se caracteriza na essência de uma incumbência de consequência diante de uma determinada conduta ou comportamento, ocasionando assim a percepção de ligação entre o ato praticado e o acolhimento da respectiva consequência (SÁ; NAVES, 2009).

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana se apoia na proteção do ser humano, englobando todos os pilares possíveis, como o físico e psíquico, por exemplo. Busca assim assegurar a vida e o desenvolvimento da pessoa de forma total, estando no campo do biodireito sempre atento as realizações das atividades médicas e biotecnológicas (MALUF, 2020).

É adequado enfatizar vários outros docentes incluem mais princípios ao campo do biodireito, como pode-se citar o princípio da sacralidade da vida, que se verifica na proteção fundamental da vida nas atividades médicas e científicas, transformando o indivíduo em um centro relevante; princípio da ubiquidade, que busca em seu bojo a preservação e mantimento das características capitais presentes na humanidade, protegendo assim o denominado “patrimônio genético” contra procedimentos considerados impróprios ao ser humano e sua vida (SOUSA, 2021); e princípio da cooperação entre os povos, que segundo Maluf, expõe a liberdade de troca e assistência entre os variados países no que se refere aos conhecimentos científicos, tecnológicos e financeiros, tendo como foco a conservação de natureza ambiental (MALUF, 2020).

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

A reprodução humana assistida pode ser ilustrada como o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana” (RODRIGUES; RODRIGUES; BORGES, 2008, p.228). No mesmo sentido, Alvarenga caracteriza-a como um “gênero de modalidades de fecundação”, que

apresenta o objetivo de facilitar o ato de reprodução através das técnicas que operam sobre os gametas humanos (ALVARENGA, 2020, p.2). Tal ferramenta se divide em técnicas artificiais, cujo o processo “consiste em levar o espermatozoide ao encontro do óvulo para a formação de uma nova pessoa sem a relação sexual” (MORAES; HIRONAKA; TARTUCE, 2019, p.67).

No momento atual brasileiro, a matéria da reprodução assistida retrata uma ausência de legislação, no qual é guiada apenas por uma resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), a recente Resolução nº 2.294/2021, que regulamenta normas de cunho ético para o funcionamento das técnicas de reprodução assistida. Ou seja, cabe exprimir que as normas presentes na Resolução do Conselho Federal de Medicina (Res. CFM nº 2.294/2021), bem como no Código Civil, não são suficientes para sanar os conflitos existentes na sociedade de maneira tranquila (BIANCHI, 2021). O legislativo se empenha na busca por regulamentar esse campo, onde pode-se observar diversos projetos de lei apresentados durante o tempo, tendo como exemplos PL 1.184/03, PL 120/03, PL 90/99, entre outros; porém nenhum se solidificou perante as casas. É cristalino tal problemática, no qual o ordenamento brasileiro, com a ausência de uma legislação própria, não caminha em conjunto com os avanços biotecnológicos da reprodução assistida, originando variadas controvérsias de cunhos éticos e jurídicos.

Tal campo da reprodução assistida ganha maior ênfase quando observado os dados e estatísticas sofre o painel da (i) fertilidade, no qual a Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou que 278 mil casais são impossibilitados de terem filhos no território brasileiro, representando assim 15% da totalidade (FERTIVITRO, 2014). Mais recentemente, no ano de 2019, a Associação Brasileira de Reprodução Assistida declarou que a infertilidade pode afetar até oito milhões de pessoas no país (ALBUQUERQUE, 2021).

Ademais, o contexto da reprodução assistida no Brasil certifica-se como essencial, dado que o país vem sofrendo com a infertilidade ultimamente, reafirmando assim o direito de cada indivíduo de usufruir o princípio do livre planejamento familiar, respaldado no artigo 226, §7º da Constituição Federal.

4. MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E A POSSIBILIDADE DO CARÁTER ONEROSO NO BRASIL

4.1 CONCEITO DE MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Entre as técnicas citadas no tópico anterior, encontra-se aquela que se apresenta como ponto central do presente estudo, a gestação de substituição, maternidade substitutiva, útero solidário, entre outras várias denominações deste método. O termo “barriga de aluguel”, citado anteriormente, é o nome popularmente conhecido pela sociedade, porém, não se verifica como o termo correto a ser utilizado.

Tal mecanismo se traduz na essência de uma mulher engravidar, ou seja, gerar um bebê em seu útero, para outra pessoa/casal. Essa técnica leva a possibilidade de mulheres que não podem engravidar, tendo assim problemas de saúde e fertilização, de terem filhos. Importante frisar que tal possibilidade cabe também a casais homoafetivos que pretendem ter filhos.

Com base no artigo 8º, nº 2 da Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei 32/2006), o conceito se define como “qualquer situação em que a mulher suporta uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

Assim, baseia-se na participação de uma terceira pessoa que fornece o seu útero para que ocorra o ato de fecundação do material genético pertencente a outro indivíduo, que conseqüentemente não tem a possibilidade de gestação. Posteriormente, após o nascimento da criança, a parte gestante entrega-o aos pais considerados biológicos, por força do que foi ajustado e firmado inicialmente (NETO, 2021). Ana Paula Guimarães ensina a denominação para as partes envolvidas neste procedimento médico, sendo “geniatrix” a pessoa que dedicou seu óvulo a artimanha, e “gestatrix” a que acumula a função de gestante e, posteriormente, gerar a criança (GUIMARÃES, 1999).

Já Diniz faz duras críticas à maternidade de substituição, ponderando que este instrumento traz frutos negativos a mulher e a criança, como a afronta a dignidade e a integridade psíquica, contorcendo assim as figuras destes personagens (DINIZ, 2002).

Pode-se definir que a maternidade substitutiva envolve diversos pilares fundamentais da vida humana, como a dignidade, a afetividade, entre outros; fornecendo a eventualidade da realização de gerar filhos a quem não é capacitado. Porém, esse instrumento é contornado por desafios e incertezas, fato este que será demonstrado seguidamente.

4.2 REQUISITOS DO CFM E A POSSIBILIDADE DO CONTRATO ONEROSO

Ilustrada a questão conceitual, é conveniente exibir alguns pilares que rondam a maternidade de substituição e que conseqüentemente torna-a demasiadamente polemica perante a coletividade. Primeiramente, pode-se dar início e maior destaque ao aspecto contratual, abordando a legalidade ou não da presença do caráter oneroso neste campo.

Em muitos lugares, tal modalidade tem um aspecto comercial, ou seja, a mulher que gera o bebê em seu útero recebe um pagamento como forma de recompensa por praticar tal função. Porém, no Brasil tal ação é proibida, não podendo haver um caráter comercial/oneroso, e sim um caráter considerado voluntário e gratuito, daí a ênfase de que o termo “barriga de aluguel” é incorreto e improprio. Como já demonstrado, é visível que o Brasil não apresenta uma legislação sobre o assunto, deixando uma lacuna sem respostas e com enormes questionamentos diante do tema, podendo gerar futuros conflitos sobre vários aspectos. Atualmente, as regras voltadas a gestação de substituição no Brasil estão definidas pela Resolução CFM nº 2.294/2021 (Conselho Federal de Medicina), que impõe vários requisitos para a prática de tal técnica, no qual destaca-se algumas em seguida.

Segundo a mesma, a mulher doadora do útero deve pertencer à família de um dos pais do futuro bebê, no qual seu parentesco consanguíneo deve ser até o 4º grau (mãe, irmã, avó, tia e prima), e deve ter 1 (um) filho vivo. Na ausência de parente, a possibilidade de outra pessoa ocupar a função vai depender de uma autorização, devendo ser solicitado ao Conselho de Medicina local para que este analise o caso concreto. Também cabe destacar que a doadora temporária de útero deve ter a idade máxima de 50 anos, não podendo ser superior devido ao risco de possíveis complicações na gestação (Res. CFM nº 2.294/2021).

Além desta resolução impossibilitar o caráter comercial e oneroso do útero de substituição, ela também traz outra exigência para a ocorrência da atividade, devendo haver a existência de um problema médico que impossibilite ou contraindique a devida gestação, ou também em caso de união homoafetiva e de pessoa solteira (Res. CFM nº 2.294/2021). Assim, não existindo uma legislação especial sobre a reprodução assistida e seus derivados procedimentos, como o útero de substituição, o controle da questão apresenta uma posição informal, ou seja, decorre de costumes da sociedade, que objetiva alcançar as questões éticas e morais em torno dos seus valores (OLIVEIRA; BORGES

JR, 2000, p.17). Esse bojo é encontrado no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), que transpassa a possibilidade do juiz analisar o caso concreto se baseando na analogia, costumes e princípios quando houver uma omissão da lei, reforçando, portanto, a necessidade de um sistema normativo com o objetivo de tratar respectiva temática, visto que somente o CFM (Conselho Federal de Medicina), que não apresenta força de lei, não é suficiente para resolver os conflitos existentes perante a sociedade.

Como a maternidade de substituição se traduz em um contrato firmado, é oportuno fazer uma análise quanto a esta questão, observando a essência de tal instrumento. É evidente que o contrato é muito importante nos dias atuais, tanto que Schreiber afirma que “não seria exagero afirmar que o contrato consiste no instrumento jurídico de utilização mais frequente na vida contemporânea”, bem como realça que atualmente até crianças e adolescentes chegam a participar de relações contratuais, sendo o contrato uma parcela intrínseca da vida social (SCHREIBER, 2018, p.400).

Este instrumento pode ser conceito como um ato/negócio jurídico de caráter bilateral ou plurilateral que intenta a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres em relação a uma questão patrimonial (TARTUCE, 2016). Os contratos apresentam elementos constitutivos, que se dividem em tres planos segundo Pontes de Miranda e sua Escada Ponteana, quais são: de existência, de validade e de eficácia, possuindo cada um destes vários pressupostos. Se destaca perante tal assunto o plano da validade, que compõe pilares interessantes: capacidade, vontade livre e objeto lícito, possível e determinado, onde segundo o entendimento geral doutrinário, o ato que não se enquadra a estes elementos deverá ser considerado nulo de pleno direito.

Quanto ao aspecto do objetivo lícito, o contrato com caráter oneroso da maternidade de substituição no Brasil é impossibilitado, por força do Art. 199 § 4º da Constituição Federal, no qual proíbe a comercialização de tecidos ou substancias humanas, como pode-se observar:

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

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, Constituição, 1988).

Resta assim a caracterização de ilícita tal prática de contrato no tocante ao entendimento da legislação brasileira quanto a onerosidade, visto que atenta contra a ordem jurídica, baseada na dignidade da pessoa humana e na vida como um direito de caráter indisponível, positivado no Art. 5º da Carta Magna. Há a necessidade da presença do pilar da gratuidade no acordo, sob consequência de bater de frente com a legislação vigente citada acima. Tempestivo também contemplar o Art. 104 e 166 do Código Civil:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto. (LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002).

O objeto lícito gera controvérsias perante os diversos julgamentos da sociedade, pois se caracteriza como requisito essencial para que um contrato seja considerado válido. Com parecer na invalidade e ilicitude, o ponto de vista se respalda na vida humana como caráter indisponível e inacessível, decorrendo assim a impossibilidade de se cogitá-la como objeto de um contrato de cunho comercial devido à ausência de segurança jurídica. Já no que concerne ao juízo de validade e licitude, o objeto do contrato não se destinaria a criança, mas sim ao ato de disposição e locação do útero em nome do terceiro, conferindo um maior foco ao princípio da autonomia da vontade, bem como também o da legalidade (ZAMATARO, 2021).

Já quanto ao aspecto da vontade livre, há também uma grande discussão, onde há convicções de que o fato do pagamento no respectivo contrato gera uma influência de forma determinante na ideia do consentimento da gestante, outro fator muito importante, acarretando a ausência de vontade de maneira livre, espontânea e solidária, como é a essência positivada no ordenamento, e também o vício diante de tal requisito (OLIVEIRA, 1992, p. 29).

É notório o grande debate sobre a validade ou não do contrato do útero de substituição sob uma condição onerosa, havendo várias posições que entram em conflitos éticos e jurídicos. Em uma essência geral, a corrente que defende a onerosidade traduz a ideia de que não há uma violação direcionada a dignidade da criança e da gestante, não sendo a comercialização o ponto central, e sim a capacidade reprodutiva (PASCOALE, p. 560, nota 877, apud MEIRELES, 2009, p. 209). Ou seja, não se baseia na

mercantilização de crianças, mas sim na utilização da gestante e seu útero, de forma que o caráter oneroso agregaria em algumas questões, como o profissionalismo e uma maior proteção no setor jurídico. Em contrapartida, a corrente voltada na defesa da gratuidade do contrato se baseia na ideia do vício do consentimento a partir da ocorrência da prestação pecuniária, como já foi citada anteriormente. Em outros termos, se ampara na proteção da dignidade da criança e da mulher, bem como também na busca por resguardar o livre consentimento de ambas as partes (TEIXEIRA,2021). Outro ponto a ser lembrado são as consequências levadas as crianças que passam por tal situação, podendo claramente serem expostas a fatos prejudiciais e negativos futuramente.

O Art. 14 do Código Civil, no âmbito dos direitos da personalidade, realça a caracterização da qualidade gratuita quanto à disposição do corpo:

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. (LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002).

No mesmo sentido, a Lei dos Transplantes permite, em seu Art. 9º, *caput*, a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo para fins de transplantes, observando a gratuidade da atividade:

Art. 9º: É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea (LEI Nº 9.434, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997).

Há que se fazer a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no eixo da gestação de substituição, no qual o corpo humano não pode estar associado a um quesito patrimonial, devendo assim respeitar a gratuidade do procedimento, não se opondo à moral e os costumes brasileiros (SANTOS, 2001, p.132).

4.3 QUESTÕES CONTROVERTIDAS VOLTADOS AO CAMPO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Cabe frisar que a ocorrência da remuneração pode acarretar consequências em algumas áreas, como a esfera penal, por exemplo. Apesar de, como já tratado

anteriormente, o Brasil não permitir o caráter pecuniário na maternidade de substituição, há condutas que ferem tal política estipulada devido as lacunas existentes a tal tema. O Estatuto da Criança e do Adolescente adota uma punição para tais atitudes, em seu Art. 238, aplicando pena de reclusão de um a quatro anos, e multa:

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:
Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.
LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.

Muitas mulheres se oferecem para praticar tal ato ilícito, ou seja, para gestarem crianças em troca de uma prestação pecuniária, no qual as redes sociais se tornaram uma grande fonte para enriquecer essa realidade ilegal. Não é dificultoso achar variados grupos de Facebook, Whatsapp, entre outros, que servem como “pontos de anúncio”.

É inequívoco as múltiplas violações por parte da sociedade aos preceitos do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo a maior parte tendo o conhecimento da prática como uma natureza ilegal, fato esse que decorre da omissão legal sobre a matéria em questão.

Outra problemática jurídica que envolve o pilar da maternidade de substituição que não será explorada mais a fundo diante de tal trabalho, mas que cabe uma breve abordagem, é o conflito quanto a filiação da criança, principalmente em relação a maternidade. A discussão importa em quem seria a “verdadeira” mãe, se é quem forneceu o respectivo óvulo ou quem concedeu o útero para a gestação (NETO, 2021).

Para Zamarato, a entrada do campo da maternidade de substituição no cenário brasileiro afasta o senso de que a posição de mãe se destinaria aquela que iria fazer o parto da criança, e considera relevante o plano do princípio do melhor interesse da criança e da afetividade (ZAMATARO, 2021). Nesta perspectiva, Schettini reforça que a presunção da mãe como a gestante que dá à luz é ultrapassada e não reflete a realidade social, sendo a idealização da paternidade e maternidade fortemente modificada devido à introdução no âmbito brasileiro dos procedimentos/técnicas da reprodução assistida, entre elas, a maternidade de substituição. O mesmo ainda ministra que a pessoa que teve o propósito de concretizar o planejamento familiar deve ser apontada como a mãe, gerando assim a conexão com o instituto da filiação e reforçando o paradigma da autonomia privada (SCHETTINI, 2019). O Art 1.597 do Código Civil aborda hipóteses de crianças

geradas por técnicas de reprodução assistida, mas restringe a questão da maternidade, parte mais complexa, abrangendo apenas quanto a paternidade (BRASIL, 2002).

5. MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NA UCRÂNIA E OS EFEITOS TRAZIDOS PELA GUERRA AO BRASIL

Feita tal análise, é cabível neste momento abordar tal instrumento da maternidade de substituição no país da Ucrânia e seus reflexos diante da atual guerra com o Rússia. É de grande conhecimento global que a Ucrânia passa por momentos conturbados e terríveis com os ataques sofridos pela Rússia, sofrendo diversos prejuízos diante de vários fatores. Dentre estes fatores está a prática local da maternidade de substituição, que vem sendo afamada mundialmente gradativamente.

A Ucrânia é um dos países que autorizam a prática da maternidade de substituição, sendo legalizada assim a contratação onerosa, de cunho comercial, se destacando perante os demais países por ter um custo mais barato e ser mais vantajoso e acessível pra quem busca os serviços, girando em torno de US\$ 63 mil (CORDEIRO, 2022). Como consequência disto, muitos estrangeiros que não conseguem praticar tal ato em seus territórios se deslocam para o país para buscar a realização da prática, visto que não constitui qualquer irregularidade, traduzindo-se no que se chama de “turismo reprodutivo”. Entre estes estrangeiros, se encontram uma grande parcela de brasileiros, uma vez que no Brasil o ato é bastante restrito. O procedimento pode ser considerado simples (casal heterossexual), onde é preciso ir até a Ucrânia para ocorrer a coleta do material que originará os futuros embriões, onde posteriormente serão implantados nas respectivas barrigas de aluguel. Assim, a fase de gestação é acompanhada à distância, sendo necessário o retorno somente para buscar o bebê.

A sistemática da maternidade de substituição na Ucrânia exige também a justificativa da impossibilidade de gestação ou provável risco para a saúde. Outros requisitos que se destacam são que os casais devem ser heterossexuais, não admitindo assim casais do mesmo sexo, bem como solteiros e que caracterizam união estável (GESTLIFE, 2022).

Quanto a legislação e os preceitos jurídicos pertinentes, o Código da Família (artigo 123.2), o Despacho 787 do Ministério da Saúde e o Ato de Ministério da Justiça da Ucrânia sobre “alterações aos regulamentos de registo civil na Ucrânia” nº 1154/5

tratam da matéria, autorizando a realização do procedimento no país (VITTORIAVITA, 2022).

Porém, com o início da guerra e os ataques à Ucrânia, o mercado da barriga de aluguel se tornou uma incógnita, com grande possibilidade de paralisação por tempo indeterminado, acarretando assim uma grande problemática, pois os brasileiros não conseguem ir até o país para buscar os bebês ou não conseguem sair do país com eles devido a burocracia e o perigo de catástrofes.

Diante deste cenário, pode-se observar a existência do Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 787/2022, que permite, em caráter excepcional, que as normas brasileiras relacionadas a questão de paternidade e maternidade nas hipóteses de gestação por substituição sejam dilatadas aos casos de parto ocorrido no Brasil de gestantes vindas da Ucrânia em virtude do conflito armado entre o país e a Rússia. Ou seja, esse projeto, de autoria da senadora Mara Gabrilli, visa permitir que bebês gerados por barrigas de aluguel ucranianas sejam registrados pelos pais brasileiros. Assim, perante de tal caso, o pagamento (cunho comercial) pelo serviço não acarretaria a invalidade. Cabe frisar também que o intuito do projeto buscar alcançar o ingresso das ucranianas barrigas de aluguel que estejam fugindo da guerra em solo nacional, em favor de brasileiros (GABRILLI, Projeto de Lei nº 787, 2022).

6. CONCLUSÃO

Em vista dos aspectos observados, é explícito o grande debate no Brasil acerca da esfera da reprodução assistida, em especial da maternidade de substituição, gerando numerosas controvérsias quanto aos valores e ideologias perante a coletividade.

A bioética e o biodireito contribuíram, através dos seus princípios, para a ascensão e fortalecimento das relações biotecnológicas entre médicos e pacientes, trazendo uma harmonia para que os procedimentos de reprodução assistida fossem instaurados em uma parte significativa do mundo.

Outro fator que foi essencial para a introdução desse campo na sociedade atual se verifica na evolução da entidade familiar, passando por múltiplas transformações quanto a sua definição, deixando de lado a noção de patriarcado com o homem como figura

central, para adotar a essência dos princípios constitucionais, fundados na igualdade, dignidade e afetividade.

Regressando a temática da maternidade de substituição, esta se tornou um grande instrumento na assistência e amparo a casais e indivíduos que, por problemas de saúde, como a infertilidade, entre outras razões, não conquistam a aspiração de gerarem uma criança via naturalmente. Ocorre que, mesmo sendo um mecanismo que procura mudar esse contexto agregando frutos positivos, há uma ampla adversidade quanto a questões e pilares fundamentais da vida humana que necessitam serem esclarecidos e concretizados.

O Brasil é omissivo no que se refere a uma regulamentação da matéria da maternidade de substituição por meio de lei, sendo a única diretriz como forma de embasamento a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.294/2021, que rege algumas normas de natureza ética voltadas as atividades das técnicas de reprodução assistida. O grande obstáculo diante do cenário brasileiro se desenrola na insuficiência de tal resolução de esgotar e dirimir os conflitos existentes quanto a realização dessa atividade.

Dentre esses conflitos, há a discussão entre a legalização ou não do exercício da maternidade de substituição, no qual os sentidos da autonomia privada e dignidade de pessoa humana se colidem na busca de uma verdade. Cabe também o questionamento se esse instrumento pode ser caracterizado como um contrato válido, sendo necessário uma análise profunda dos requisitos essenciais do âmbito contratual presentes no Código Civil Brasileiro. Por fim, mas não menos importante, perfaz a questão da possibilidade da presença do aspecto econômico na pactuação firmada, ou seja, da remuneração a gestatrix pela função de gerar a criança, visto que as disposições legislativas do ordenamento brasileiro solidificam a obrigatoriedade do caráter gratuito em tais circunstâncias.

Diante desta essência exposta, a urgência quanto a regulamentação e criação de uma lei que trate do referido conteúdo se faz axiomática, a fim de preencher as brechas existentes que acarretam futuros conflitos e exaurir a insegurança jurídica presente na realidade brasileira.

Vantajoso também observar o liame entre a alçada da maternidade de substituição e o cenário da atual guerra presente na Ucrânia, e como o Brasil também é afetado com este acontecimento, visto que muitos brasileiros viajam ao país na busca pelo procedimento devido ao fato de oportunizarem uma maior liberdade e um caráter pecuniário. Assim, o cumprimento deste elo se tornou um mistério diante dos fatos

empecilhos trazidos pela guerra, sendo útil e primordial um esforço do ordenamento brasileiro, mesmo que em caráter excepcional, com o propósito de cooperar na melhoria deste quadro, exemplo do Projeto de Lei nº 787, 2022, de autoria da senadora Mara Gabrilli.

Dado o exposto, é iniludível que o ramo da reprodução assistida, e particularmente o da maternidade de substituição perante tal trabalho, se encontra em incessante evolução, incumbindo ao Direito não só brasileiro, mas global, estar sempre guiando e assimilando essa sistemática, objetivando assegurar uma maior segurança a coletividade e, mormente o direito à vida.

REFERENCIAS

ALBUQUERQUE, Beatriz. **Radio agência Nacional. Infertilidade pode afetar cerca de oito milhões de pessoas no Brasil.** 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-09/infertilidade-pode-afetar-cerca-de-oito-milhoes-de-pessoas-no-brasil>>. Acesso em: 03 de Jul. de 2022.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n.º 8.069**, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Transplantes de Órgãos e Tecidos – **Lei nº 9.434/97**. Disponível em:

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FERTIVITRO. Centro de Reprodução Humana. A infertilidade no Brasil, 2014. Disponível em: <<https://fertivtro.com.br/a-infertilidade-no-brasil/>>. Acesso em: 02 de Jul. de 2022.

GESTLIFE. **Agência líder em gestação de substituição no Brasil: Barriga de aluguel Ucrânia.** 2022. Disponível em: <<https://www.brasil.gestlifesurrogacy.com/barriga-de-aluguel-na-ucraina.php>>. Acesso em: 20 de ago. de 2022.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns Problemas Jurídicos-Criminais da Procriação Medicamente Assistida.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

LUMERTZ, Eduardo Só Dos Santos; MACHADO, Gyovanni Bortolini. Bioética e biodireito: origem, princípios e fundamentos. **Revista Do Ministério Público Do Rio Grande Do Sul**, 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4. Ed, São Paulo: Almedina, 2020.

RODRIGUES, Junior; RODRIGUES, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. **Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: Manual de direito das famílias e das sucessões**. Coord: Carolina, Ana Brochado Teixeira; Pereira, Gustavo Leite Ribeiro. Belo Horizonte, Del Reys, 2008, 228.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.14.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002**. 2004, p.92.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio do pêndulo. A bioética e a lei: implicações médico-legais**. 1 ed. São Paulo: Ícone, 1998.

SCHETTINI, Beatriz. **Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

SCHREIBER, Anderson: **Manual de Direito Civil Contemporâneo** – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.400.

SOARES, André Marcelo M; PIÑERO, Walter Esteves. **Bioética e Biodireito: uma introdução**. Editora: Loyola, 2002.

SOUSA, José Franklin de. **Biodireito na atualidade**. Editora: Clube de Autores, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 11 ed. rev. Atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.2.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida**. coordenado por Heloisa Helena Barboza, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito – 2.ed. atual. São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 2003pg. 15 apud BYK, Christian; MEMETEAU, Gerard. Le droit des comités d'éthique. Paris, Éditions Eska e Éditions Alexandre Lacassagne, 1996, pg. 36.

VITTORIAVITA. Agência Internacional de maternidade de substituição na Ucrânia: Legalidade da barriga de aluguel na Ucrânia, 2008-2022. Disponível em: <<https://vittoriavita.com/pt/agencia-de-barriga-de-aluguel/>>. Acesso em: 20 de ago. de 2022.

ZAMATARO, Yves Alessandro Russo. **Direito de família em tempos líquidos**. 2021.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 04 de jul. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 787, de 2022. Dispõe, em caráter excepcional, sobre a gestação por substituição envolvendo gestantes que vieram ao Brasil no contexto do conflito armado entre a Ucrânia e a Rússia no ano de 2022. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Senadora Mara Gabrilli - PSDB/SP. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152552>>. Acesso em: 02 jun. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.294/2021**. Publicada no D.O.U. de 15 de junho de 2021, seção I, p. 60. Diário Oficial da União, Brasília: DF. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em: 12 de Mar. de 2022.

CORDEIRO, Tiago. Gazeta do Povo. **Barriga de aluguel na Ucrânia custa US\$ 63 mil. Entenda os dilemas éticos da prática**. 2022. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-ecidadania/barriga-de-aluguel-ucrania-dilemas-eticos/>>. Acesso em: 03 de jun. de 2022.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Coordenação HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. 1 ed. Rio de Janeiro, Forense. São Paulo, MÉTODO, 2019, p.67.

MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos Sujeitos do Direito: As pessoas com transtorno mental na visão da Bioética e do Biodireito**. Coleção Biodireito| Bioética, 2008, apud COSTA, Judith Martins-. 2000, p. 233.

NETO, Gabriel de Oliveira Cavalcanti – **Maternidade por substituição e a repercussão no direito de filiação**. 1. ed. Porto Alegre: Plus/Simplíssimo, 2021.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR, Edson. **Reprodução Assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei** – São Paulo: Gaia, 2000, p.17.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma (duas)! O contrato de gestação**. Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 29.

PASCOALE Femea, Interessi e Confitti Culturali, p. 560, nota 877, apud MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 209.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: Temas atuais e seus aspectos jurídicos**. apud DICIONÁRIO JURÍDICO, v.1, São Paulo, Saraiva, 1998, p.416.