XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

NORMA SUELI PADILHA

RICARDO STANZIOLA VIEIRA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Norma Sueli Padilha; Ricardo Stanziola Vieira.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-660-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

É com imensa alegria que retornamos, neste XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, às atividades presenciais deste Grupo de Trabalho, uma vez que, desde 2020, com o início da pandemia COVID-19, os eventos do CONPEDI vinham sendo realizados de forma online.

Durante os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, na bela cidade catarinense de Balneário Camboriú, no campus da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, o maior encontro da pesquisa e pós-graduação em direito voltou a ser realizado presencialmente e tivermos a satisfação de coordenar o Grupo de Trabalho de BIODIREITO E DIREITO DOS ANIMAIS I , que contou com a apresentação de trabalhos de pesquisadores de diferentes instituições e das diversas regiões do País.

A qualidade das pesquisas apresentadas eleva sempre mais a importância deste Grupo de Trabalho, que concentra nos eventos do CONPEDI, um nível de destaque e excelência na produção do conhecimento científico nestas áreas tão inovadoras do Direito,, que representam novos desafios colocados ao universo jurídico.

Deste modo honra-nos apresentar a comunidade acadêmica os artigos apresentados e debatidos neste evento de grande magnitude para a pesquisa na pós-graduação em Direito no País e publicados no presente ANAIS, conforme descrição que se segue:

A COMERCIALIZAÇÃO DE GAMETAS FEMININOS E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO BRASIL, de autoria de Cassia Pimenta Meneguce , Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador , Ana Lúcia Maso Borba Navolar. O artigo analisa a possibilidade da comercialização de gametas femininos e da gestação de substituição onerosa no Brasil. O objetivo é evidenciar que o Brasil necessita de lei em sentido formal regulamentando a reprodução humana assistida, sendo que atualmente, diante da omissão legislativa aplica-se a Resolução 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS ANIMAIS, do autor Eid Badr, co-autoria com Cid da Veiga Soares Júnior, neste artigo os autores demonstram a necessidade da implementação da educação ambiental no sistema de ensi no brasileiro visando a proteção dos animais

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO ANIMAL NA CONTEMPORÂNEIDADE – UMA PAUTA EDUCATIVA PARA A SOCIEDADE Neste artigo o autor Fábio Da Silva Santos analisa o papel da educação ambiental no processo de conscientização da população sobre os interesses dos animais não-humanos.

A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, dos autores Claudia Aparecida Costa Lopes e Valéria Silva Galdino Cardin. O artigo refere-se a cessão de gestação, sendo aquela na qual uma mulher é escolhida para gestar a prole de uma pessoa ou casal idealizadores de um projeto parental, objeto de análise do estudo a natureza jurídica contratual deste método de procriação.

A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NA RESOLUÇÃO N° 2.320 /2022 DO CFM: APONTAMENTOS SOBRE OS PRINCIPAIS ASPECTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, das autoras Mylene Manfrinato Dos Reis Amaro e Valéria Silva Galdino Cardin, que visa analisar as técnicas de reprodução assistida previstas na Resolução n° 2.320/2022 do CFM, como por exemplo: a redução embrionária, a eugenia; o diagnóstico genético pré-implantacional; a gestação de substituição; a reprodução post mortem e o anonimato do doador.

A SUCESSÃO PROCESSUAL DOS ANIMAIS dos autores Vicente de Paula Ataide Junior , Zenildo Bodnar , Welton Rübenich analisa as questões processuais relativas à capacidade processual dos animais em juízo.

A VULNERABILIDADE DAS MULHERES DIANTE DA PROIBIÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE BIOÉTICA À LUZ DA METÁFORA DAS CAPAS E DA TEORIA DA POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACIDADES, de autoria de Júlia Sousa Silva e Ana Thereza Meireles Araújo. A pesquisa tem como objeto geral verificar de que maneira a proibição do aborto se converte em mais uma vulnerabilidade a que mulheres estão expostas, em especial mulheres em frágil condição socioeconômica,.

AS DIRETRIZES ANTECIPADAS DA VIDA COMO FORMA DE BIOETICA NA GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, das autoras Ines Lopes de Abreu

Mendes de Toledo e Roberta Gonçalves Leite dos Santos. O artigo analisa o instrumento das “diretrizes antecipadas da vida”, que se trata de uma escritura pública declaratória que assegura o respeito à dignidade da pessoa humana, e que permite ao paciente escolher previamente a que tipo de tratamento médico deseja ou não ser submetido, preservando o direito à vida e morte como antecipação de expressão de sua vontade caso não possa mais expressar sua vontade.

BIOÉTICA NA FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE MENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE A INTERFACE ENTRE BIOÉTICA, PSICOLOGIA E PSIQUIATRIA. Artigo de autoria de Marcele de Jesus Duarte Monteiro , Raimundo Wilson Gama Raiol e Hamanda de Nazaré Freitas Matos. O estudo tem como objetivo discorrer sobre a formação de psicólogos e psiquiatras sob a égide da bioética, sendo profissionais de saúde que lidam diretamente com o sofrimento mental de indivíduos que já carregam o estigma da loucura. A abordagem desenvolvida no trabalho se baseia na bioética principiológica proposta por Beauchamp e Childress, mediante o uso de metodologia dedutiva, centrada em pesquisa bibliográfica e documental.

CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO E A MUDANÇA DO PARADIGMA MATER SEMPER CERTA EST, das autoras Mylene Manfrinato Dos Reis Amaro , Janaina Sampaio De Oliveira e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão. O objetivo do presente artigo é analisar a definição da maternidade na gestação de substituição, pois referida técnica colocou em questão o brocado “mater semper cert est” que via como certa a maternidade daquela que gestava a criança.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.320/2022 E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Artigo de autoria de Ana Paula Floriani de Andrade , Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli , Priscila Zeni De Sa. Este artigo tem o objetivo geral de analisar o diálogo das fontes entre a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320 /2022 e o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a Constituição Federal e o Código Civil no que tange à gestação de substituição, visto que ainda é um tema que carece de uma legislação que o regulamente.

IMPLICAÇÕES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DAS SUCESSÕES, das autoras Ana Lúcia Maso Borba Navolar , Cassia Pimenta Meneguce e Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador, o artigo apresenta algumas implicações que a reprodução humana assistida póstuma gera no campo do direito das famílias e das sucessões. Objetiva demonstrar que em

razão da previsão legal constante no artigo 1.597, III e IV do Código Civil, a criança gerada nestas condições é presumivelmente filha do falecido que submeteu à criopreservação o seu material genético

O BEM-ESTAR ANIMAL E A INSEGURANÇA ALIMENTAR, de autoria de Maria Carolina Rosa Gullo , Vinícius Moreira Mendonça e Tiago Bregolin Bertuzzo. O artigo analisa a relação existente entre a melhoria do bem-estar animal e as estratégias de combate à fome e insegurança alimentar, bem como o papel do direito internacional nessa temática.

O CONTROLE DA DISPONIBILIDADE DO DIREITO PERSONALÍSSIMO AO CORPO DA GESTATRIZ NO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, de autoria de Claudia Aparecida Costa Lopes , Lucas Henrique Lopes Dos Santos e Cleber Sanfelici Otero . O artigo analisa a técnica de reprodução assistida de gestação de substituição que envolve direitos personalíssimos que costumam ser questionados social e juridicamente, quando da resolução de casos concretos conflitivos.

O DIREITO DOS ANIMAIS NA OBRA DE BRUNO LATOUR de autoria de Elisa Maffassiolli Hartwig. Neste artigo a autora se analisa a concepção de direito animal do antropólogo francês Bruno Latour.

O PAPEL DA BIOTECNOLOGIA NA SUBSTITUIÇÃO DE TESTAGEM EM ANIMAIS NÃO HUMANOS NA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DOS COSMÉTICOS: A ENTRADA DO BEM ESTAR ANIMAL COMO UM ELEMENTO DO FAIR TRADE, dos autores Marjorie Tolotti Silva de Mello,, Iasna Chaves Viana e Adilson Pires Ribeiro. Neste artigo os autores analisam a substituição dos animais por recursos alternativos na indústria de cosméticos.

OS ANIMAIS COMUNITÁRIOS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS, de Heron Gordilho em coautoria com Juliana Nascimento analisa a nova figura do animal comunitário na jurisprudência brasileira.

SAÚDE E BIOÉTICA DOS CORPOS TRANS: REFLEXÕES ACERCA DA DES (CONTINUIDADE) DE GÊNERO, das autoras Janaína Machado Sturza e Paula Fabíola Cigana. Este estudo tem como objetivo essencial promover uma interlocução entre saúde e bioética dos corpos trans, especialmente sob a perspectiva da sexualidade na concepção foucaultiana, apresentando possibilidades de entrelaçamento com questões de gênero, em um espaço circunscrito pelo biopoder.

Balneário Camboriú, 19 de novembro de 2022.

Professor Dr. HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO – UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA

Professora Dra. NORMA SUELI PADILHA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

Professora Dr. RICARDO STANZIOLA VIEIRA – UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAI - UNIVALI

A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE LEGAL NATURE OF THE PREGNANCY ASSIGNMENT: AN ANALUSIS IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Claudia Aparecida Costa Lopes [1]
Valéria Silva Galdino Cardin [2]

Resumo

Entre as técnicas de reprodução assistidas medicamente hoje existentes, a cessão de gestação, sendo aquela na qual uma mulher é escolhida para gestar a prole de uma pessoa ou casal idealizadores de um projeto parental, suscita as maiores discussões, como a que se refere à natureza jurídica contratual deste método de procriação, a qual será objeto de análise no presente estudo. Diante da controvérsia doutrinária existente a respeito do tema, o artigo problematiza: a cessão de gestação, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”, de fato, possui natureza jurídica contratual? Em caso positivo, esse contrato se aproxima de algum tipo já regulado/normatizado pela legislação civil nacional? O texto busca responder à problemática propondo a criação um nomen iuris mais adequado ao instituto analisado, que esteja em conformidade com a teoria geral dos direitos personalíssimos e dos direitos contratuais no Brasil. Para a concretização da pesquisa adotou-se o método hipotético-dedutivo, mediante técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Cessão de gestação, Direitos da personalidade, Natureza jurídica, Negócio jurídico, Reprodução assistida

Abstract/Resumen/Résumé

Among the medically assisted reproduction techniques that exist today, the termination of pregnancy raises the greatest discussions, such as the contractual legal nature of this method of procreation, which will be the object of analysis in the present study. In view of the existing doctrinal controversy on the subject, the article problematizes: does the transfer of pregnancy, commonly known as "surrogacy", in fact, have a contractual legal nature? If so, does this contract approach any type already regulated/standardized by national civil legislation? The text seeks to respond to the problem by proposing the creation of a more appropriate nomen iuris to the analyzed institute, which is in accordance with the general theory of very personal rights and contractual rights in Brazil. To carry out the research, the

[1] Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Bolsista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Superior (PROSUP/CAPES).

[2] Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP; Docente da UEM e no Programa de Pós-Graduação de Doutorado e Mestrado UNICESUMAR; Pesquisadora ICETI.

hypothetical-deductive method was adopted, using a bibliographic and documental research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pregnancy assignment, Personality rights, Legal nature, Juridic business, Assisted reproduction

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A medicina avança consideravelmente na busca de alternativas para solucionar os problemas que inviabilizam a concretização do projeto parental pela via natural. Entretanto, em alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, ainda existe um vácuo legislativo no que tange à regulamentação de situações juridicamente complexas, como é o caso da cessão de gestação.

Por certo que a ausência de legislação específica sobre o caso, não exime o poder judiciário de apreciar as situações controvertidas que envolvem a matéria. Diante das lacunas, o Conselho Federal de Medicina se posiciona adotando regras de cunho ético aplicáveis aos profissionais de saúde, mas tais diretrizes também têm norteado a adoção de parâmetros aos magistrados, na análise dos casos concretos.

Diante deste contexto, o presente artigo analisa a natureza jurídica contratual da reprodução medicamente assistida, problematizando, diante da controvérsia doutrinária existente a respeito do tema, se a cessão de gestação, vulgarmente conhecida como "barriga de aluguel", de fato, possui natureza jurídica contratual e, em caso positivo, se esse contrato se aproxima de algum tipo já regulado/normatizado pela legislação civil nacional.

No percurso para a resolução do problema de pesquisa posto, os objetivos específicos do texto – que se espelham em sua estrutura em quatro seções – são: a) apresentar uma visão panorâmica sobre as técnicas medicamente assistidas de auxílio à reprodução humana, descrevendo como a cessão de gestação ocorre e a problemática advinda da utilização desta técnica no Brasil diante das garantias normativas prescritas entre os direitos personalíssimos; b) enfrentar a tormentosa questão doutrinária de identificação e adequação da situação fática concreta à teoria contratual clássica quando ocorre o pacto envolvendo clínica reprodutiva, idealizadores da filiação e gestante; c) destacar a ausência de unificação de entendimento quanto ao nome mais adequado para a aplicação da referida técnica, o que reflete as incongruências quanto ao tratamento jurídico direcionado aos casos concretos; e d) avaliar o instituto da cessão previsto na lei civil contratual e a adequação da nomenclatura empregada na técnica gestacional substitutiva.

A partir do método de pesquisa hipotético-dedutivo, alicerçado em técnica de pesquisa bibliográfica e documental, o texto busca responder à problemática propondo a criação um *nomen iuris* mais adequado ao instituto analisado, que esteja em conformidade com a teoria geral dos contratos no Brasil.

2 A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

A reprodução assistida se traduz na utilização de técnicas de procriação apoiadas na tecnologia que se destinam à formação de um embrião humano sem a intervenção sexual. Traduz-se no conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando combater a infertilidade, propiciando o nascimento de uma nova vida humana, haja vista os casais apresentarem alguma esterilidade ou dificuldade para reproduzirem-se pelo método de reprodução natural. Desta forma, diferencia-se a procriação assistida *in vivo* da *in vitro.*

A fertilização *in vitro* é recomendada quando há esterilidade da mulher ou do casal, e consiste na técnica de procriação assistida mediante a qual se reúnem, extra corporalmente o material genético masculino e o feminino, propiciando a fecundação e a formação do ovo, cuja introdução no útero da mulher dar-se-á após iniciada a divisão celular. Neste sentido, Sheila Sediciais (2021) esclarece que a fertilização *in vitro*, também conhecida pela sigla FIV, é uma técnica de reprodução assistida que consiste na fecundação do óvulo pelo espermatozoide em laboratório, que depois é implantado dentro do útero, sendo todos os procedimentos realizados em uma clínica de fertilidade, sem que exista relação sexual envolvida.

Como observado, a inseminação artificial se caracteriza por ter o esperma introduzido na cavidade uterina para que seja fecundado na mulher. Nesse caso o material genético pode ser do marido ou de doador anônimo. Quando utilizado o material genético do cônjuge da mulher será denominada inseminação artificial homóloga. Quando for proveniente de um doador, esta se chamará de inseminação heteróloga. Nesta, um ou ambos os companheiros não pode(m) contribuir com o material genético. Assim, tem-se quatro formas de ocorrer a reprodução humana assistida heteróloga: a que utiliza o sêmen de doadores anônimos; a que utiliza o óvulo de uma doadora anônima; com o sêmen e o óvulo de doadores, ou ainda a cessão temporária do útero.

Tycho Brahe Fernandes (2000, p. 58) conceitua a reprodução humana assistida heteróloga da seguinte maneira:

> [...] por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga "*a matre",* quando o gameta doado for feminino, "*a patre*", quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 9) afirma que a reprodução humana assistida heteróloga só deve ser utilizada em caráter residual, ou seja, como último recurso para se alcançar o sucesso da procriação. Isso porque o uso desse método envolve mais pessoas na relação familiar, como os possíveis doadores anônimos ou ainda aquela que realiza a cessão de gestação, o que suscita a possibilidade de situações conflitantes.

Diante deste cenário, o referido autor entende que a cessão de gestação "consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno da doadora de óvulos não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe. (LEITE, 1995, p. 28).

Este procedimento de procriação se dá quando o óvulo fecundado *in vitro* é implantado em outra mulher, o que faz surgir a figura da mãe hospedeira, que recebe o embrião alheio, comprometendo-se a entregar o bebê. A mulher que gesta a criança é chamada de gestatriz ou, ainda de cessionária. A mãe geratriz é a pessoa idealizadora do projeto parental, que também pode ser um casal. Neste sentido, ao abordar a técnica gestacional em comento, Kenia Rodrigues de Oliveira e Maxuel Pereira Dias (2019, p. 217) afirmam que "ocorre a renúncia da mãe que gera, chamada de mãe hospedeira ou gestatriz, em favor da mulher que cedeu o material biológico (chamada de mãe biológica)".

Configura-se tal procedimento atendendo às necessidades do casal que demandou a implantação do óvulo fecundado na gestatriz. Assim, pode-se utilizar o óvulo da gestatriz para ser fecundado com esperma do membro masculino do casal contratante. Também é possível realizar a fecundação de óvulo da gestatriz com esperma de doador anônimo, ou, ainda, obter ambos os gametas de doadores anônimos, ou seja, nem do casal idealizador nem da gestatriz, situações que traduzem reprodução heteróloga. Há a possibilidade, ainda, de ambos os gametas advirem do casal contratante, ou seja, com a reprodução homóloga e, nesse caso, a cessionária contribui apenas com o processo gestacional.

Sobre o tema, esclarecem Claudia Costa e Valéria Galdino Cardin (2019, p.44), que:

> nas duas primeiras situações a gestante tem vínculo biológico com a criança, ou seja, a mulher contratada exerce a função de substituição genética e gestacional. Na terceira situação, a criança não tem vínculo genético com a gestante e nem com os pais. Na última situação a criança tem vínculo biológico somente com o casal. Nestes dois últimos casos a gestante presta-se apenas a substituir a gestação da verdadeira mãe.

Como já observado por Maria Helena Diniz (2001, p. 470), como consequência desta técnica, a criança poderá ter "três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores

do óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que o gestou em seu ventre e seu marido) e a mãe e pai institucionais (os que a encomendaram à clínica).

Percebe-se que as inovações biotecnológicas, na cessão de gestação, implicaram a possível dissociação do vínculo biológico, abalando, assim, a estrutura legislativa e social do instituto da filiação. Em relação ao assunto, Adriana Caldas Maluf (2010, p. 169) salienta que a maternidade de substituição, por sua vez, tem o condão de desestruturar o conceito de filiação, no sentido que permite uma total dissociação das etapas do processo de procriar, que engloba: conceber, gerar e ser mãe.

Observa-se que tal desestruturação poderia ser minimizada com a aceitação legislativa da natureza contratual da cessão de gestação. Este assunto, ainda polêmico perante a doutrina brasileira, demanda atenção por parte da comunidade acadêmica, considerando as consequências dele advindas. Na sequência, dentro da proposta deste estudo, analisar-se-á a figura do contrato de gestação.

3 O CONTRATO DE GESTAÇÃO[1]

O conceito de contrato, na contemporaneidade, amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, exerce uma relevante função social, qual seja, a proteção das partes contratantes por meio da celebração do pacto em conformidade com o ordenamento jurídico. Assim como ocorre em todo pacto, as partes contratantes e sua dignidade norteiam e estabelecem os limites das cláusulas que podem ser validamente celebradas. Salienta-se, a propósito, que, nesta perspectiva, os contratos, para além dos efeitos patrimoniais, também são responsáveis pela geração de efeitos existenciais que merecem consideração e tutela jurídica. Conforme Paulo Nalin (2001, p. 255), o contrato é a "relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros."

Com efeito, os contratos gestacionais, aqueles nos quais os negócios são entabulados tendo como objeto derradeiro o êxito na reprodução humana, regulam situações jurídicas para a proteção de ambas as partes. Entretanto, uma parte da doutrina questiona a existência e validade da cessão de gestação como sendo um contrato. Nesse sentido passar-se-á à observação da possibilidade jurídica de adequação do pacto gestacional aos moldes da teoria contratual para aferir sua existência ou não no mundo jurídico.

[1] Trecho parcialmente extraído do livro Barriga de aluguel e a proteção do embrião. LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valeria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião.** Curitiba, Juruá, 2019.

O estudo do instituto contratual não pode prescindir da análise do tema sob a visão de Pontes de Miranda (2000), que demonstra existir uma categoria de planos no negócio jurídico que permitem averiguar a sua adequação e ingresso no universo jurídico por meio de um esquema gráfico, em uma escada. De acordo com o autor, o legislador, ao criar a regra jurídica, descreve abstratamente situações fáticas tornando-as jurídicas. A incidência da regra jurídica no caso concreto qualifica o ato ou fato no mundo real a ingressar para o mundo jurídico, a partir da análise do plano da existência, seguido dos degraus seguintes. A referida escada Ponteana possui três degraus sobre os quais repousam cada um dos requisitos de existência, de validade e de eficácia das relações contratuais.

Doutrinariamente, estabelece-se que, para a existência de um contrato, é necessário observar se estão presentes, no acordo celebrado, os elementos previstos em cada prisma criado por Pontes de Miranda.

Como menciona Christiano Cassettari (2013, p. 96), "o plano da existência é um plano doutrinário que é reconhecido pela jurisprudência, porém não há no Código Civil menção a ele." Doutrinariamente, aponta-se a declaração de vontade, o agente, o objeto e a forma, como os quatro elementos gerais necessários à existência de qualquer negócio jurídico. A mera presença destes elementos já torna possível aferir a existência jurídica de um determinado contrato.

Na rotina das clínicas de reprodução assistida, comumente, tem se realizado um contrato quando do emprego da técnica de cessão de útero. Desta forma, visualiza-se a existência de agentes – cedente de útero e casal idealizador da filiação -, declaração de vontade de ambas as partes ao manifestar a intenção de contratar, o objeto do contrato, qual seja a própria gestação, bem como, um documento assinado pelas partes que externaliza a forma contratual. Percebe-se, então, a existência do contrato de reprodução no mundo fático, assim como, também na seara jurídica, haja vista a ocorrência dos elementos requeridos pela doutrina para a sua existência, neste plano.

Cleber Sanfelici Otero (2012, p. 198) ao equiparar a relação contratual entre médicos e pacientes em geral com as relações obrigacionais advindas do emprego das técnicas de reprodução assistida, admite a existência do instituto contratual entre as partes na relação de reprodução assistida medicamente. Nestes termos, afirma que "no concernente à realização da reprodução humana assistida, observa-se que a formação do vínculo estabelecido entre o médico e os autores do projeto não difere do contrato entre médicos e pacientes em geral."

Rose Melo Venceslau Meireles (2009, p. 52) também afirma a existência jurídica e a natureza contratual deste instituto e, ainda, aponta a sua peculiaridade. Para a autora, a

*"*diferença substancial desse contrato gestacional para a imensa maioria dos contratos é o fato de ele estar atrelado a uma questão existencial e não patrimonial, a emprestar-lhe feição absolutamente particular."

Nadia de Araújo, Daniela Vargas e Letícia Campos (2012, p. 217), corroborando o entendimento de Meireles (2009), e referindo-se especificamente à técnica de cessão de útero, afirmam que, "considerando as características do documento descritas na Resolução do Conselho Federal de Medicina, é evidente que se trata de contrato, ainda que a título gratuito, e consequentemente, as disposições do código civil se aplicam a ele." No mesmo sentido, esclarece Jorge Duarte Pinheiro (2010, p. 263) que "é indubitável que o acordo de maternidade de substituição configura um contrato, isto é, uma regulação que é produto da declaração de vontade de duas partes."

Portanto, resta certo, para parte da doutrina, a natureza contratual da relação estabelecida entre pacientes nas clínicas de reprodução assistida. Desta forma, percebe-se que o contrato de cessão de útero existe de acordo com os parâmetros descritos por Pontes de Miranda e, portanto, não há como negar sua existência na seara jurídica.

Identificada a aproximação da técnica de gestação substitutiva com o instituto contratual previsto no ordenamento jurídico-civil, passa a interessar a este trabalho a investigação sobre seu *nomen iuris* mais tecnicamente adequado. Para tanto, parte-se da análise dos títulos já usualmente empregados pela doutrina à situação fática em comento, o que será feito no próximo tópico.

4 DAS INADEQUAÇÕES NOMINAIS DO CONTRATO DE CESSÃO DE GESTAÇÃO[2]

A barriga de aluguel é o nome como vulgarmente se popularizou no Brasil a técnica de reprodução assistida que aqui se nomeia de Cessão de Gestação. Essa técnica, como já mencionado, refere-se ao ato por meio do qual uma mulher assume a obrigação de gestar o filho alheio e entrega-lo aos idealizadores do projeto parental após o seu nascimento.

Observa-se que a técnica impõe uma série de questões ainda controvertidas e complexas, o que se reflete, inclusive, na nomenclatura do instituto, objeto de análise nessa pesquisa. Sobre o tema, convém salientar que não existe uma convergência de entendimentos no se refere ao nome aplicado para essa técnica: enquanto "na doutrina americana e portuguesa se prefere o termo maternidade substitutiva", em solo brasileiro "costuma-se adotar o termo cessão de útero,

[2] Trecho parcialmente extraído do livro Barriga de aluguel e a proteção do embrião. LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valeria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião.** Curitiba, Juruá, 2019.

enquanto que na resolução do Conselho Federal de Medicina Brasileiro, determinou-se chamar gestação de substituição.” (LOPES; CARDIN, 2019, p. 42).

A razão de tal dissonância de nomes, os quais se passarão agora a analisar, pode se dar pela não observação da real natureza jurídica da cessão de gestação. A diversidade de nomenclaturas reflete a tentativa de aproximação da cessão de gestação de modelos jurídicos pré-concebidos que mais se adequem à situação fática ocorrida nesta técnica de gestação.

O nome popular “barriga de aluguel, muito embora seja o mais conhecido, é também o menos adequado tecnicamente, haja vista não refletir, tampouco se aproximar, do que é, efetivamente, a cessão de gestação. Inicialmente, destaca-se que “na gestação de substituição o que se objetiva é a gestação, relacionada com o útero e não com a barriga.” (LOPES; CARDIN, 2019, p. 43). Outrossim, para além do engano semântico expresso na palavra "barriga", pode-se apresentar uma segunda crítica à expressão, haja vista referir-se a um contrato de aluguel.

Há contundente oposição na doutrina brasileira quanto à possibilidade de contraprestação pecuniária da gestatriz pelo uso do útero humano, tendo em vista a indisponibilidade do uso do aparelho reprodutor, diante dos direitos da personalidade. Trata-se aqui do uso do útero humano pela gestatriz para gestar filho alheio. Maria Helena Diniz (2011) se manifesta afirmando que há mulheres necessitadas que se disponibilizariam para serem mães de aluguel tão somente com o intuito de serem remuneradas com um valor alto pelo casal solicitante, o que, para a autora, caracterizaria um contrato sobretudo imoral. Desta forma, em uma primeira análise, apresenta-se tal conduta como incompatível ao modelo contratual de aluguel, ante a necessária remuneração que esse apresenta.

Outra nomenclatura empregada comumente pela doutrina refere-se à técnica usando a expressão sub-rogação de útero. A sub-rogação é instituto do direito civil que traduz uma das formas de extinção de obrigação e significa a substituição de uma pessoa por outra em relação de crédito e débito, enquadrando-se dentro das formas de pagamento de uma obrigação.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira (2014, p. 212) chama-se sub-rogação a transferência da qualidade creditória para aquele que solveu obrigação de outrem ou emprestou o necessário para isto. Evidencia -se, pelo conceito elaborado pelo autor, que há a exigência de um pagamento prévio à sub-rogação, de modo que ela somente se configura ante o pagamento por quem não é o devedor originário de uma obrigação. Tal fato desqualifica e afasta-se do modelo de comportamento existente na cessão de gestação.

Deve-se recordar, ainda, o *nomen iuris* dado ao instituto por parte da doutrina norte-americana, que entende que a cessão de gestação deve ser chamada de Maternidade substitutiva.

Quanto a esse nome salienta-se que, do mesmo modo como as expressões anteriormente analisadas, trata-se de:

> expressão que não se coaduna com os preceitos da relação familiar contemporânea. Pois, a gestante não é a mãe da criança, no estrito sentido da palavra, mas, apenas, portadora do embrião enquanto este não tem autonomia para viver extrauterinamente. Assim, no ato de substituição da gestação da verdadeira mãe, não há maternidade. Há substituição do útero, mas não da mãe. (LOPES; CARDIN, 2019, p. 42).

Acrescenta-se, ainda, que a expressão "maternidade substitutiva", por si só, é contraditória. Vera Lucia Raposo (2005, p. 10) afirma que se na gestante que substitui a mãe, no ato de gestar, houvesse maternidade, a quem ela estaria substituindo?

Observa-se que, diante do entendimento do critério definidor da parentalidade como sendo a gestação, se justificaria a adoção da referida expressão. Entretanto, entenda-se que tal critério encontra-se, hoje, desatualizado e portanto implica na inadequação do nome. Desta forma, antes de continuar a investigação sobre outras possíveis denominações, impõe-se um aprofundamento acerca do atual critério definidor da maternidade.

Sabe-se que na maternidade substitutiva, uma mulher pode ser considerada mãe biológica sem ter parido o filho. Do mesmo modo, uma mulher, mesmo sem ter contribuído geneticamente, pode, também, ser considerada mãe do mesmo filho, porque gestou e deu à luz.

Observa-se que, em que pese a mudança da realidade fática e a imposição de tais conflitos, o critério legal definidor da maternidade continua atrelado ao fator biológico, principalmente, ao gestacional. Arnaldo Rizzardo (2004, p. 514) defende que "segundo as leis vigentes, a verdadeira mãe é aquela que dá à luz a criança."

Zeno Veloso (1997, p. 155) afirma que "tem prevalecido na legislação comparada o princípio de que mãe é aquela que dá luz à criança. Advindo daí que a maternidade é legalmente estabelecida pelo parto e não pela transmissão de patrimônio genético." Adriana Caldas (2010, p. 173) corrobora tal entendimento ao esclarecer que "também para a lei brasileira mãe é quem dá a luz. O pacto de gestação não tem o poder de transformar a mãe genética não gestante em mãe."

A partir deste ponto de vista, questiona-se qual a verdade que o direito positivo permite estabelecer quanto à maternidade? A verdade biológica relacionada com os laços de sangue seria critério suficiente para dirimir as novas situações conflituosas? Ou a verdade gestacional basta para determinar a parentalidade?

Cumpre assim observar o entendimento de doutrinadores como Arnaldo Rizzardo (2004, p. 514) ao falar sobre o critério biológico e gestacional:

> Tal concepção, no entanto, não pode ser acolhida. Nos tempos atuais, não revela um caráter de verdade sólida, diante do fato da fecundação artificial. E nesta forma de criar a vida partiu-se para um fundamento da paternidade ou maternidade diferente da tradicional.

Heloisa Helena Barboza (1993, p. 15) colabora com o bom entendimento da questão, no seguinte sentido:

> A procriação deixou de ser um fato natural, para subjulgar-se à vontade do homem. De início passou-se a controlar a natalidade por meios contraceptivos. Na atualidade, de modo paradoxal, expandem-se os meios científicos para obter a concepção, mesmo nos casos em que naturalmente ela não ocorreria.

Por seu turno, Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 215) afirma que:

> A simples filiação biológica não é qualquer garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação e, portanto, é insuficiente a verdade biológica, pois a filiação é uma construção que abrange muito mais que uma semelhança entre o DNA.

Evidencia-se, então, a necessidade de esvaziamento do princípio do parto, bem como da herança genética, como definidores da maternidade, e a imperiosa adoção de um critério mais adequado à realidade trazida pelas inovações tecnológicas e pela mudança ideológica das famílias. Desta forma, verifica-se que, diante das técnicas de reprodução assistida, especialmente a de cessão de gestação, não é adequado utilizar a expressão "maternidade substitutiva". Passar-se-á, assim, a análise do *nomen iuris* que se sugere ser mais compatível com a referida técnica gestacional, cotejando-o com a natureza jurídica do contrato e os direitos da personalidade.

5 A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO DE GESTAÇÃO

Parte-se aqui da compreensão de que a técnica gestacional estudada é um contrato existencial, haja vista versar, principalmente, sobre o direito reprodutivo, o direito à vida e o direito ao próprio corpo, entre outros. O termo "contrato", aqui, é tido como uma relação jurídica que se estabelece entre duas ou mais pessoas que se vinculam por força de sua vontade a partir de uma declaração formal na qual manifestam seus interesses com objetivo de produzir os efeitos externalizados e desejados. Não se restringe a identificar a expressão "contrato" como um mero acordo entre as partes que tem como objeto um bem patrimonial. Trata-se aqui de pactos que versam sobre a existencialidade (NALIN, 2000) de pessoas que objetivam efetivar e desenvolver direitos personalíssimos da mais alta relevância para a concretização do princípio constitucional de dignidade humana.

Busca-se distanciar da conotação de credor e devedor comumente atrelados à ideia de pessoas que assumem contraprestações pecuniárias e ampara-se, nesta pesquisa, em uma visão muito mais ampla e complexa que aproxima as figuras, inicialmente opostas, de uma obrigação que nasce com base em princípios éticos, tais como a solidariedade e a boa-fé, e ligam os polos da relação obrigacional de maneira complexa com o objetivo de atingirem juntos um único ideal encartado na declaração de vontades expressa no acordo. Somente a partir deste olhar amplificado das relações contratuais, torna-se possível aproximar a técnica aqui estudada ao instituto da "cessão" descrito no ordenamento jurídico nacional brasileiro e, assim, aproveitar regras já postas no arcabouço jurídico bem como identificar normas próprias e especificas aplicáveis unicamente a este tipo contratual, os chamados contratos existenciais. Adotando o referencial apontado, parte-se para a análise de adequação ou não da expressão "cessão" para a técnica reprodutiva em comento.

Considerando a realização do acordo feito entre as partes na técnica de gestação um contrato civil, passa-se à análise comparativa das possíveis adequações ao instituto da cessão de crédito e débito previstas no Código Civil.

A palavra "cessão" significa transferência, à título gratuito ou oneroso, de uma prestação assumida em uma relação obrigacional. Pressupõe, portanto, a existência de um vínculo obrigacional anterior à cessão.

De acordo com Caio Mário Da Silva Pereira (2014, p. 354):

> a cessão é sempre distinta do negócio jurídico que a originou. É, por sua vez, um ato jurídico, não criador, acrescenta-se, mas, meramente transmissor da titularidade do crédito, no qual ressalta a substituição do primitivo credor pelo seu atual adquirente, enquanto subsiste objetivamente inalterado.

De fato, quando se trata da cessão de gestação, tal vinculação preliminar existe. Para que ocorra a cessão de gestação, uma pessoa ou casal idealizadores de um projeto parental realizam um contrato com uma clínica de reprodução assistida por meio do qual esta última se compromete com uma obrigação de fazer, qual seja, a prestação de um serviço de aplicação de técnicas reprodutivas para que a mulher contratante possa gestar o filho idealizado. Evidencia-se que o objeto desse negócio jurídico é a aplicação de um conjunto de técnicas reprodutivas que conduzam a uma gestação. Essas técnicas abarcam desde a identificação de qualquer causa dificultadora ou impeditiva da reprodução pelos métodos naturais até a adequada adoção de técnicas que substituam a deficiência do casal ou da pessoa que procura se reproduzir.

Desta forma, tem-se, em um polo dessa relação obrigacional, a clínica, e no outro polo, os idealizadores do projeto de filiação. Sendo assim, a clínica se torna devedora da prestação

de aplicação de técnicas reprodutivas e a mulher se torna credora delas. Recorda-se que essa contratação tem natureza sinalagmática, uma vez que se trata de uma relação jurídica na qual cada participe contratual ocupa, ao mesmo tempo, a posição jurídica ativa e passiva, porque, ao mesmo tempo, lhe tocam direitos e obrigações. Dito de outra forma, instaura-se uma relação de prestação e contraprestação. Se, por um lado a clínica deve atuar com zelo, diligência e expertise na aplicação de técnicas reprodutivas que conduzam ao nascimento do filho desejado, por parte dos pais, deve haver o mesmo trato zeloso na condução dos procedimentos aplicados pela clínica, bem como o pagamento pelo serviço prestado.

Assim, observa-se que quando da celebração do contrato de gestação com a clínica de reprodução assistida, o casal não se coloca unicamente na posição contratual ativa de credor, mas também, por vezes, estará na posição de devedor quando se compromete a se comportar de maneira condizente e colaborativa para o alcance do sucesso dos procedimentos que serão realizados pela clínica, como por exemplo, utilizar as medicações indicadas, alimentar-se adequadamente, submeter-se a exames periódicos, realizar ou não a prática de atividades físicas, etc.

Entretanto, na cessão de gestação, uma parte desse procedimento de reprodução não poderá ser realizado na própria mulher contratante, haja vista haver alguma incapacidade uterina que impossibilita a implantação do embrião humano no útero materno ou a condução da gestação. Ocorre, portanto, que a credora necessita ceder seu direito, de receber em seu útero a implantação do embrião humano, para outra mulher que tenha um aparelho reprodutor saudável e compatível com a adequada gestação.

No momento no qual os idealizadores da filiação buscam e contratam uma gestatriz para implantar o embrião, ocorre a cessão da gestação que, tecnicamente, pode ser enquadrada no que a doutrina classifica como cessão de crédito e de débito. Reitera-se que, ao se tratar sobre contratos que envolvem direitos personalíssimos a conotação empregada às expressões “credor” e “devedor” não se restringe à figura de pessoas que possuem um valor pecuniário/patrimonial para receber ou pagar. Entende-se como credor qualquer contratante que se coloca na posição de beneficiário de uma obrigação assumida pela outra parte; o devedor, por seu turno, é aquele que assume uma obrigação de dar, fazer ou não-fazer perante aquele com quem se vincula.

Nota-se que figuram como partes dessa cessão, em primeiro lugar, os credores originários da prestação obrigacional que são o casal idealizador da filiação, agora chamados de cedentes. De outra banda, tem-se a nova credora, a mulher que gestará a criança idealizada no projeto parental, aqui identificada como cessionária. Observa-se, ainda, a figura do cedido que é o

devedor da obrigação originária que, no caso em tela, é representado pela clínica de reprodução medicamente assistida.

De acordo com Caio Mário Da Silva Pereira (2014, p. 353), a cessão é negócio jurídico em virtude do qual o credor transfere a outrem a sua qualidade creditária, com todos os acessórios e garantias, salvo disposição em contrário. Do mesmo modo que os cedentes transferem um crédito, transferem também uma parte do débito, qual seja o dever da gestatriz agir em conformidade com a necessidade que o cedido apresenta para alcançar o sucesso dos procedimentos médicos. Desta forma, a cessionária do crédito compromete-se com a observância de uma série de cuidados e comportamentos que sejam compatíveis com o estado de gravidez.

Nesse sentido, Claudia Costa e Valéria Cardin (2019, p. 105) entendem que:

> o contrato de gestação pressupõe a disponibilidade da cedente do útero à realização de diversos exames anteriores ao início da gestação e durante ela. Pressupõe uma avaliação íntima de seu estado físico e psicológico de saúde. Durante nove meses, resultará em privações na sua vida privada, inclusive de foro íntimo, como a prática de relações sexuais, quando isso puder acarretar desconforto ou risco ao nascituro. Implica em privação de prática de esporte extenuante. Exige o cuidado com uma alimentação e hábitos saudáveis.

Quanto à cessão parcial de débito, em conformidade com a legislação civil nacional, existe a necessidade de anuência do cedido para que a transferência se implemente validamente. Por certo, na cessão de gestação, o médico responsável pelo procedimento de reprodução deve avaliar a candidata à cessionária a fim de verificar se encontra nela todos os requisitos de saúde física e psicológica necessários para o recebimento dos procedimentos implantatórios, bem como pela assunção de todos os débitos que decorrem da gestação.

Enfatiza-se, assim, que a cessão de gestação, de fato, adequa-se aos contornos de uma cessão de crédito e de débito, conforme estabelecidos na lei civil brasileira, operando, assim, a transferência da gestação. Ressalta-se, no entanto, que o que se transfere é, como dito, a gestação. Faz-se tal ênfase tendo em vista que uma parte considerável da doutrina utiliza-se da expressão “cessão de útero” para designar a técnica gestacional em questão. Entendimento o qual, nos termos deste estudo, se critica pela sua incorreção semântica/jurídica.

Como já observado, em princípio, a cessão insinua a transferência da posse de algo para terceira pessoa, que o usaria para a finalidade que lhe interessar. Ao utilizar-se do nome "cessão de útero" ter-se-ia que o que se estaria transferindo, dentro de um contrato de gestação, seria o próprio útero da idealizadora do projeto parental para a gestatriz. Nota-se que, não há a transferência da posse do útero entre as partes. Quem usa o útero é a mulher que vai gestar, sem

qualquer transferência do uso do órgão, como o nome sugere. Quanto ao uso dessa expressão Arnaldo Rizzardo (2004, p. 511) esclarece que "o casal contrata com a mulher não propriamente uma atividade, ou a realização de determinado ato, mas a gestação de um ser humano. Não que se dê a cessão ou o empréstimo, ou a locação do útero, pois não é transferida a posse, ou o uso ou o gozo."

Desta forma, reitera-se, entender mais adequado nomear a técnica como cessão de gestação, haja vista retratar fielmente a situação fática ocorrida entre as partes envolvidas. De tal modo, guardadas as necessárias adequações da lei contratual ao tipo tão específico e diferenciado que é o contrato de gestação, haja vista versar sobre direitos personalíssimos, por ter objeto não patrimonial, não se entende perder, o referido acordo, o caráter contratual. Portanto, vislumbra-se ser possível aproximar a legislação nacional no que tange ao instituto da cessão de crédito e débito, encartados entre os artigos 286 e 303 do Código Civil, à situação fática do acordo celebrado entre idealizadores de uma filiação, a clínica médica de reprodução assistida e a gestatriz.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do desenvolvimento dos métodos artificiais de reprodução ressalta-se a necessidade de tutela de bens jurídicos fundamentais e personalíssimos da pessoa humana. Entretanto, a legislação civil se mostra inerte no que tange ao caso da cessão de gestação, daí a urgência na discussão do tema.

Sabe-se que a reprodução humana medicamente assistida se traduz-se na utilização de técnicas de procriação apoiadas na tecnologia e se destinam à formação de um embrião humano sem a intervenção sexual. Nesse estudo, concentrou-se na técnica de cessão de gestação que consiste no auxílio de uma terceira pessoa para gestar uma criança quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe. Observa-se que essa técnica carece de uma celebração contratual *sui generis*. Situação fática negada por grande parte da doutrina nacional e que gerou a presente investigação.

Observou-se que na rotina das clínicas de reprodução assistida, comumente, tem se realizado um contrato quando do emprego da cessão de gestação. Não se pode negar a existência dos elementos caracterizadores da formação de vínculo jurídico contratual, quais sejam: os agentes – a gestaria e o casal idealizador da filiação -, a declaração de vontade de ambas as partes ao manifestar a intenção de contratar, o objeto do contrato, qual seja a própria gestação,

bem como, um documento assinado pelas partes ao externalizar a forma contratual. Restou claro, portanto, a existência do contrato de reprodução no mundo fático. Investigou-se, na sequência, sua natureza jurídica e identificou-se tratar de uma "cessão", posto implicar na transferência à título gratuito ou oneroso de uma prestação assumida em uma relação obrigacional e que pressupõe, portanto, a existência de um vínculo obrigacional anterior à cessão.

Entretanto, na cessão de gestação uma parte desse procedimento de reprodução não poderá ser realizado na própria mulher contratante, haja vista haver alguma incapacidade uterina que impossibilita a implantação do embrião humano no útero materno ou a condução da gestação. Ocorre, assim, a cessão que a credora realiza de seu direito de receber em seu útero o embrião humano para outra mulher que tenha um aparelho reprodutor saudável e compatível com a adequada gestação e que assume, também, alguns débitos dessa obrigação.

Desta forma, diante do problema de pesquisa incialmente vislumbrado, qual seja, a identificação ou não, da aplicação da técnica gestacional, como um contrato e, o sendo, a qual tipo contratual descrito na legislação civil nacional mais se aproximaria, observou-se que a cessão de crédito e débito, prevista nos artigos 286 a 303 do Código Civil, acomoda em grande parte a situação fática concreta da técnica reprodutiva. Assim, entende-se que tais regras possam servir como parâmetro interpretativo do jurista na avaliação de casos concretos conflitivos envolvendo a técnica reprodutiva, desde que guardadas, por certo, as peculiaridades devidas e direcionadas aos contratos que têm como objeto bens tão singulares necessários ao desenvolvimento da livre personalidade das partes pactuantes, bem como da concretização da garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, como resultado da pesquisa, sugere-se um *nomen iuris* mais adequado ao instituto analisado, qual seja "Cessão de Gestação".

7 REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 1995.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

ARAUJO, Nádia; VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de Substituição: Regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado.** In:PEREIRA, Rodrigo Cunha. Família: entre o público e o privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro".** Rio de Janeiro. Renovar. 1993.

BASTOS, Ricardo da Silva. **Fundamento filosófico da função social do contrato.** In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). Novo Código Civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** São Paulo, Saraiva, 2015.

BORGES. Roxana Cardoso Brasileiro. **Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual.** In:HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE. Flavio. Direito contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CASSETTARI, Chistiano. **Elementos de direito civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil.** 12 ed. Salvador: Juspodium, 2014.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito.** Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma dos contratos.** In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 5, jan/mar 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE. Flávio. **O principio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro.** In: _____.(org.) Direito contratual: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa Civil Brasileira.** In: BAROSO, Lucas Abreu. (org.). Introdução crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito "in vitro": da bioética ao biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médico-legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: contratos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato.** 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LOPES, Claudia Aparecida Costa; CARDIN, Valeria Silva Galdino. **Barriga de aluguel e a proteção do embrião**. Curitiba, Juruá, 2019.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In Luiz Edson Fachin. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Rose Melo Venceslau. Negocios biojuridicos. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado. **Negócios jurídicos e liberdades individuais: autonomia privada e situações existenciais.** Curitiba: Juruá, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Atual. Campinas: Bookseller, 2000.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Kênia Rodrigues de; DIAS, Maxuel Pereira. **Determinação da maternidade na gestação por substituição. Revista Vertentes do Direito**, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Regimeri%20Rosa/Downloads/7086-Texto%20do%20artigo-36497-1-10-20191206.pdf. Acesso em: 15 de jul. 2022.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1979. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8833>. Acesso em: 10 mar. 2022.

OTERO, Cleber Sanfelici; SANDRI, Jussara Schimitt. **Função social dos contratos e reprodução humana assistida no contexto dos direitos da personalidade.** Revista Jurídica. v.1, n.28, 2012. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/444. Acessado em 10 jul. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de direito civil: contratos.** Rio de Janeiro: Forense. 2014.

PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição.** Coimbra: Coimbra, 2005.
RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. **Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira (coord). Manual de direito das famílias e das sucessões. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **A gestação de substituição como um negócion jurídico e a humanização desse procedimento**, 2019. Revista Iberoamericana de Bioética. Disponível em: file:///C:/Users/Regimeri%20Rosa/Downloads/8837-Texto%20del%20arti%CC%81culo-24000-1-10-20190221.pdf. Acesso em: 15 de jul. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3 ed. Sao Paulo: Atlas, 2014.

SEDICIAS, Sheila. **Fertilização in vitro (FIV): o que é, quando é indicada e como é feita**, 2021. TUA SAÚDE. Disponível em: https://www.tuasaude.com/fertilizacao-in-vitro/. Acesso em: 15 de jul. 2022.

SZANIAWSKI, Elimar. ***Direitos da Personalidade e sua tutela.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A proteção dos direitos da personalidade na Alemanha.** Revista Direitos Culturais. N. 33, v. 14. 2019. Disponível em: http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2977 Acesso em: 7 fev. 2022.