

JUSTIÇA E A DISPOSIÇÃO DO CORPO HUMANO: ENGENHARIA GENÉTICA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Mariana Alves Daher¹; Joaquim Humberto Coelho de Oliveira²

RESUMO

O presente artigo é proposto sob o fito de questionar os limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro à disposição do corpo humano, recorrendo, para tanto, ao direito comparado. Apurar-se-á, desse modo, os critérios de constitucionalidade sobre a onerosidade de contratos que tem como fim a geração de uma nova vida, com apoio nas teorias da justiça em diálogo com o modelo liberal. Nesse ponto, questiona-se a dimensão ética concedida à autonomia da vontade e à disposição do indivíduo sobre o próprio corpo. Indaga-se se a atuação do poder judiciário brasileiro em suas sentenças tende a moralizar a justiça, moldando a legislação de modo anacrônico com os desenvolvimentos medicinais e intervencionista no mercado. Problematisa-se a mercantilização dos materiais genéticos confrontando os princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade com o direito à disposição do próprio corpo, desde que não cause ao indivíduo lesão à sua integridade física. Deste modo, propõe-se a interpretação do artigo 199, §4º, da Carta Magna, no sentido de restringir exclusivamente a comercialização de substâncias humanas que, ante sua subtração, causarão lesão ao indivíduo ou que, face à mercantilização, tornará inviável a manutenção da vida de outrem dependente destas. Assim, indaga-se se a analogia proposta entre essas condições e a reprodução assistida é suficiente para afastar os seus serviços do plano inconstitucional.

Palavras-Chave: Direito. Teorias da Justiça. Reprodução Assistida.

ABSTRACT

This article is proposed with the aim of questioning the limits imposed by the Brazilian legal system to the human body, using, for that, comparative law. In this way, the constitutionality criteria on the onerosity of contracts that objective to generate a new life, supported by theories of justice in dialogue with the liberal model, will be investigated. At this point, the ethical dimension granted to the autonomy of the will and the individual's disposition over his own body is questioned. It's questioned whether the performance of the Brazilian judiciary in its sentences tends to moralize justice, shaping legislation in an anachronistic way with medical and interventionist developments in the market. The commercialization of genetic materials problematized by confronting the principles of human dignity and the autonomy of the will with to the body's own disposition, as long as it does not cause damage to the individual's physical integrity. In this way, it is proposed to interpret article 199 §4º, of the constitution in the sense of exclusively restricting the commercialization of human substances that, in the face of their subtraction, will cause injury to the individual or that, due to the commercialization, will render the maintenance of the lives of others dependent on them. Therefore, it is questioned whether the proposed analogy between these conditions and the assisted reproduction is sufficient to remove its services from the unconstitutional plan.

Keywords: Law. Justice's Theories. Assisted Reproduction.

1 Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pós-graduanda em Direito Público. Bacharel em Direito pelo UNIFESO (2020). Advogada.

2 Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2000), Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1992). Graduado em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1987). Professor do Curso de Direito do UNIFESO.

INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência fluída que se desenvolve com base no contexto social no qual está inserido e nos conceitos morais da sociedade qual legisla, julga e estuda. A moral, segundo Kant, é o dever de agir pelo simples dever, tomar como parâmetro o pensamento macro e aplicá-lo às ações micro, tornando um determinado comportamento socialmente aceitável.

Neste diapasão, salienta-se que a moral é gênero enquanto a ética e o direito são espécies. Sob uma ótica analítica o direito é formado por costumes e os costumes são formados por comportamentos morais, logo, seria correto afirmar que o direito está submetido a moralidade social. Neste sentido, o presente artigo busca através das teorias da justiça abordar os conceitos morais e sociais que estão insculpidos na legislação que rege quanto a disposição do corpo humano, com ênfase ao tratar da reprodução assistida e as possibilidades de onerosidade de contratos que tem como objeto materiais genéticos.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a vedação legal a onerosidade dos contratos supra referidos somente se dá em vista dos preceitos morais que, contestáveis como anacrônicos, ainda regem o direito contratual. Visa-se, explicar, que a mutação constitucional se faz necessária no tocante à interpretação do artigo 199, §4º da Constituição Federal, passando-se a reger os artigos elencados no Código Civil sobre uma nova ótica.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a hipotético dedutiva, considerando tratar-se de uma pesquisa bibliográfica, legislativa, jornalística e também amparada no direito comparado. No que pese o presente estudo voltar-se ao direito constitucional à liberdade e à família, não se objetivou tratar da coisificação das crianças ante as novas técnicas reprodutivas, limitando-se apenas ao âmbito contratual e sua função social.

O trabalho será dividido em quatro partes: A primeira objetiva tratar das teorias da justiça, sua diferenciação e sua aplicabilidade ante ao desenvolvimento tecnológico dos métodos de reprodução, bem como explicar a reprovabilidade e a aceitação das técnicas de mercado adotadas para os materiais genéticos. Em uma segunda seção trata-se da constitucionalidade dos contratos, dos direitos da pessoa humana e dos conflitos de direitos com a liberdade de mercado, utilizando-se, neste momento, da teoria da justiça liberal.

A terceira seção aborda o aspecto civil contratual da comercialização de materiais genéticos e da prestação de serviços de maternidade substituta, questionando sobre a onerosidade dos contratos envolvendo tais bens sob o aspecto civilista. Por fim, analisa-se a função social dos contratos onerosos de maternidade substituta e venda de materiais genéticos, bem como aprofunda-se na dicotomia existente nas relações quanto ao sexo do contratado.

Desta feita, ao fim do trabalho, será possível verificar se há vantagens em uma mutação constitucional, com reflexos nas leis civis, para viabilizar a onerosidade dos contratos envolvendo as etapas da reprodução assistida.

1. A INCIDÊNCIA DA MORAL NO ÂMBITO LEGISLATIVO

As leis de um Estado são uma espécie de contrato social firmado entre a sociedade vigente e seus representantes. Ocorre que, ainda que em um sistema democrático, nenhum “contrato social ou convenção constitucional real, por mais representativos que sejam, garante que os termos de cooperação social que produzem sejam justos”. (Sandel, 2016, p.180).

Isto pois a convenção social elevará ao âmbito legislativo os preceitos morais sociais, de forma a impor os valores da maioria a todos. Ademais, são inúmeros os procedimentos necessários para

formulação de um entendimento firmado e constituído em lei, o que torna, por vezes, a legislação vigente anacrônica ou insuficiente face aos novos desenvolvimentos tecnológicos sociais.

Os desenvolvimentos tecnológicos na área da saúde trazem à baila a discussão em relação à incidência da moral no âmbito legislativo, uma vez que as decisões judiciais tendem a oficializar preceitos morais destoantes das possibilidades de evolução das técnicas de reprodução assistida.

Neste sentido, preceitua Rena Almeling (2011, p. 5):

The issue of bodily commodification has drawn sustained attention from scholars in many disciplines, from law, philosophy, and ethics to history, sociology, and anthropology. Despite all this attention, though, there remains a schism in the wide-ranging literature. On one side, scholar conceptualize commodification as uniform; the simple fact that money is exchanged for all part of a human being is fundamental in shaping the market. On the other side, scholars contend that the exchange of money for bodily good and services is a variable social process; it can proceed in many different ways and be imbued with many different meanings.³

Salienta-se que o anacronismo legislativo é tanto que desde a aprovação do Projeto de Lei (PL 2855/1997) em 1999, visando tratar sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, não se tratou mais quanto ao tema, sendo apensados e arquivados os demais projetos de lei que abordavam a temática relativa ao biodireito.

Deste feito, pondera-se, através do estudo das teorias da justiça, se, atualmente, o material genético humano ainda carece de tamanha proteção estatal face a disposição do próprio corpo e o desenvolvimento da engenharia genética referente especificamente à reprodução assistida.

1.1 A POSIÇÃO DAS TEORIAS DA JUSTIÇA LIBERAL

A teoria da justiça liberal, capitaneada por John Rawls e Ronald Dworkin, possui fulcro nos trabalhos desenvolvidos por Emmanuel Kant e pretende garantir uma sociedade justa pela escolha de princípios universais, imparciais, escolhidos por indivíduos abstratos, livres de contingências históricas ou sociais.

John Rawls (2000, p.66), expressou a justiça como

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as buscas sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.

Certamente, ao se tratar da posição das teorias da justiça liberal, estas filiam-se ao primeiro ponto de vista apresentado por Rene Almeling, quanto à tendência “natural” do capitalismo de oferecer ao mercado aquilo que se demanda. Neste tema, ante a definição de Rawls, há a normalização da mercantilização dos materiais genéticos.

Diante da temática específica apresentada quanto à reprodução assistida, traz-se à baila o caso “Baby M.”, ocorrido nos Estados Unidos, New Jersey em 1979. O casal de profissionais liberais, William e Elizabeth Stern, assinaram um contrato com Mary Beth Whiteheas, no qual esta última se submeteria a inseminação artificial com o esperma de William, gestaria o embrião derivado da técnica reprodutiva e por fim entregaria o recém-nascido ao casal, renunciando aos seus direitos maternos para que Elizabeth pudesse adotar a criança. (Sandel, 2016, p. 117)

³ A temática da mercantilização do corpo atraiu atenção constante de estudiosos de várias disciplinas, do direito, filosofia e ética à história, sociologia e antropologia. Apesar de toda essa atenção, ainda existe uma dissidência na literatura. Por um lado, os estudiosos conceituam a mercantilização como natural; O simples fato do pagamento por todo ou parte de um ser humano é fundamental para moldar o mercado. Por outro lado, estudiosos afirmam que o pagamento por bens e serviços corporais é um processo social variável;este pode proceder de muitas maneiras diferentes e ser imbuído de muitos significados diferentes. (Tradução nossa).

O contrato se dava mediante a paga de dez mil dólares (por ocasião do parto) além das despesas médicas. Ocorre que após o nascimento da criança nominada Melissa - e por tal razão, “*Baby M.*” – em março de 1986, a contratada desistiu de cumprir com a obrigação outrora assumida, fugindo com a recém-nascida para Flórida.

Neste passo, o casal contratante conseguiu uma ordem judicial para que Mary Beth lhes entregasse o objeto do contrato, ou seja, a criança gerada pela técnica de reprodução assistida. A criança foi encontrada pela polícia do Estado e entregue aos Sterns, todavia, a demanda quanto à custódia da menina fora levada ao juízo que em primeiro grau proferiu decisão que ora ilustra o posicionamento da teoria liberal quanto ao exposto.

A sentença proferida pelo Juiz Harvey R. Sorkow alegava a invulnerabilidade dos contratos, exigindo seu cumprimento, o magistrado entendeu que

Nenhuma das partes estava em vantagem em relação à outra. Cada uma tinha aquilo que a outra queria. O valor do serviço que cada uma teria de realizar foi estipulado e o trato foi feito. Ninguém foi forçado a coisa alguma. Tampouco lançou-se mão de qualquer artifício que colocasse a outra parte em desvantagem. Ambas as partes tinham o mesmo poder de barganha. (Caso *Baby M.*, 1987, p. 376)

Neste diapasão, retorna-se aos entendimentos da teoria da justiça liberal, segundo a preceituação de Rawls, já apresentada. O contrato ora em tela não possui vícios, bem como entendeu o juiz, uma vez que os valores sociais das partes referentes à liberdade de dispor do próprio corpo, oportunidade de celebração do contrato, disposição livre de renda e busca social, encontravam-se, no momento em que fora celebrado o ato de vontades, em patamar de igualdade.

Nesta lógica, a teoria liberalista baseia-se no fato de que os contratos refletem a liberdade de escolha; “respeitar um contrato assinado espontaneamente por dois adultos é respeitar sua liberdade” (Sandel, 2016, p. 121).

Para Rawls, acima de qualquer contrato deve haver a igualdade das partes, sendo por isso, a teoria a qual se atrela, denominada de liberalista igualitária. Enquanto, para a teoria libertarista - encabeçada por Robert Nozick - a simples manifestação de vontades das pessoas capazes é possível de firmar um contrato, desde que não fira direito tutelado de terceiro. (Miller, 1989, *on-line*)

Não obstante, o libertarismo compreende que a justiça demanda do respeito e aceitação da escolha do outro, independentemente da matéria sobre qual verse, desde que a disposição desta vontade não afete ou viole direito de terceiro.

Contudo, ainda que semelhantes as abordagens, John Rawls não aceita a abordagem libertarista da justiça, atrelando-se tão somente a corrente da teoria da liberdade.

No presente escopo, a teoria da justiça liberalista igualitária é mais aplicável, tendo em vista que aceita as manifestações de vontade, todavia trazendo entraves quanto aos vícios do consentimento.

Nesta esteira, preceitua Michael J. Sandel (2016, p.183) que o “consentimento não é condição suficiente para a obrigação moral; um acordo em condições desiguais pode estar tão longe de oferecer benefícios mútuos que nem mesmo seu caráter voluntário pode sustentá-lo”.

Assim, ampliaremos tal conclusão para aplicação também nos contratos de venda de espermatozoides e de óvulos, tendo em vista a similaridade do objeto fim.

1.2 A POSIÇÃO DAS TEORIAS DA JUSTIÇA COMUNITARISTA

A teoria comunitarista surge como uma forma de crítica às teorias do liberalismo, propondo que o indivíduo seja considerado membro inserido numa comunidade política de iguais.

Neste sentido, os adeptos a esta teoria compreendem que a autonomia pública se sobrepõe à autonomia privada, considerando que justiça e pluralismo estão interligados pelo reconhecimento da multiplicidade de valores comunitários.

Ainda sobre o caso “*Baby M.*”, Mary Beth mostrou-se inconformada com a sentença prolatada em primeiro grau, razão pela qual apelou à Suprema Corte de New Jersey, que, por unanimidade, anulou a sentença anterior e declarou nulo o contrato de gravidez de aluguel. (Sandel, 2016, p. 117)

Salienta-se que, diferentemente do Brasil, nos Estados Unidos cada estado possui sua Suprema Corte, logo, a decisão supramencionada tem a mesma eficácia que uma decisão do Supremo Tribunal Federal.

O relator e presidente da Suprema Corte, Robert Wilentz, apontou falhas no consentimento da contratada ao analisar o contrato celebrado em seu voto.

De acordo com o contrato, a mãe natural se comprometeu de forma irrevogável antes de conhecer a força dos seus laços com a criança. Ela não poderia ter tomado uma decisão totalmente voluntária, consciente, pois é evidente que qualquer decisão antes do nascimento do bebê é, no sentido mais importante, uma decisão desinformada. ⁴ (Caso *Baby M.*, 1988, p.1248).

Deste modo, o consentimento viciado foi um dos argumentos para nulidade do contrato, ao passo que a Corte compreendeu que inexistia consentimento voluntário mesmo após o parto. Frisou que, após o parto, a contratada temeria a repressão judicial, uma vez que havia assinado um contrato, bem como existia força persuasiva do pagamento da importância de dez mil dólares.

Neste diapasão, avulta-se que em sede recursal, utilizou-se da teoria da justiça comunitarista para sentenciar o presente julgado, vez que o relator trata em seu voto, também, quanto à discrepância – em sua visão – entre o status social dos contratantes e da contratada, alegando que é mais plausível que a pessoa desprovida de patrimônio econômico opte por ser parte contratada do que venha a ser contratante.

Assim, elencou o relator “duvidamos que casais inférteis das camadas sociais mais baixas encontrem pessoas das camadas mais altas dispostas a fazer com eles um contrato de gravidez de aluguel”⁵ (Wilentz, 1986, *on-line*).

O caso ora em tela é um exemplo extremamente efetivo da tutela jurisdicional sobre os contratos extrajudiciais, demonstrando que a teoria comunitarista, ainda que veja o respeito a liberdade como uma das funções essenciais à justiça, compreende que devem ser impostas algumas restrições à condição da escolha.

Uma vez mais, coloca-se que tal entendimento será ampliado para aplicação e elucidação à análise dos demais contratos referentes a mercantilização de material genético.

Não obstante, conquanto a teoria liberalista não imponha ressalvas quanto ao objeto do contrato em si, a teoria comunitarista, por seguir um viés mais intrínseco à moralidade social, traz à tona mais um argumento desfavorável ao contrato de venda de materiais genéticos ou prestação de serviços de maternidade substituta, a vulgarmente conhecida e aqui já explanada “*barriga de aluguel*”.

A sentença recursal proferida no caso “*Baby M.*” trouxe, também, como objeção ao contrato, o argumento de que se configurava, em verdade, o comércio de crianças, sendo este ilegal ainda que voluntário.

Trata-se da venda de uma criança ou, na melhor das hipóteses, da venda dos direitos de uma mãe sobre seu filho. A única atenuante é que o comprador é o pai (...). Um intermediário, incentivado pelo lucro, promove a venda. Qualquer que tenha sido o idealismo que motivou os participantes, o objetivo do lucro impõe-se, permeia e, finalmente, comanda a transação. (Wilentz, 1986, *on-line*).⁶

4 Tradução da Autora

5 Tradução da Autora

6 Tradução da Autora

Alegou o relator que o contrato versava sobre coisas em que uma sociedade civilizada o dinheiro não pode comprar, ao se referir que a finalidade do contrato seria a compra de um bebê. (Caso *Baby M.*, 1988, p. 1249)

Deste modo, torna-se notório como a corrente comunitarista sobrepõe os valores morais sociais sobre as escolhas individuais, prezando mais pela comunidade do que pelo respeito à autonomia da vontade. Nesta feita, pode-se elencar ainda que as liberdades individuais se encontram cerceadas pelos valores sociais, coibindo o livre mercado e trazendo impedimentos aos contratos de engenharia genética uma vez que vão de encontro com dogmas religiosos e estigmas sociais, que se perpetuam na sociedade ainda que anacrônicos frente às evoluções medicinais tecnológicas.

Em suma, a ideia de justiça no que tange à teoria comunitarista se baseia no perfeccionismo do fim ao qual se destina, supondo que as comunidades são constituídas com fulcro nos bens comuns, estando a justiça na própria letra da lei, uma vez que esta seria o reflexo da sociedade.

Atualmente, a legislação brasileira trabalha com escopo a coibir o comércio de materiais genéticos, prezando pela moralidade dos objetos contratuais e assimilando-se com a teoria de justiça comunitarista, já explanada, conquanto, em outros ordenamentos jurídicos e com foco em especial no comparativo com os Estados Unidos, há legislação protetiva do biodireito, trazendo a assistência estatal para o comércio de material genético.

A exemplo do supracitado tem-se a legislação californiana que, através da AB 1217, regulamentou quanto a barriga de aluguel, permitindo-a, após de inúmeros casos serem levados ao poder judiciário. Salienta-se que a legislação que ora se faz mencionar tende a dispor de forma mais clara quanto a barriga de aluguel em que a criança não está biologicamente vinculada à mulher, sendo omissa quanto à barriga de aluguel tradicional.

Assim, não seria plausível que a Carta Magna, na perspectiva desta teoria, assegurasse apenas os direitos e liberdade individuais, sendo obrigatório que através de sua redação se forneçam os valores morais quais os integrantes daquela sociedade deverão se submeter.

No que tange ao comparativo explícito com o direito brasileiro, explana-se que a Constituição Cidadã rege os valores que devem ser aplicados ao cotidiano social, abarcando-se, também, nesta feita, as normas ordinárias. Contudo, frisa-se que os conflitos de interesse que venham a surgir quanto à disposição do corpo humano serão dirimidos pelo judiciário com alcance na corte constitucional desse país, sendo indiferente sua abordagem pelo texto constitucional ou não.

Não se tirando o mérito da importância de sua exposição, todavia, é factível que exista excesso de proteção estatal nas relações de consumo de materiais genéticos no que tange ao âmbito contratual aqui abordado, mesmo que tal compreensão seja contrária ao ideal comunitarista.

2. A DISPOSIÇÃO DO CORPO HUMANO E A CONSTITUCIONALIDADE DA VENDA DE MATERIAIS GENÉTICOS

O artigo 5º, “*caput*”, da Constituição Cidadã elenca que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (**grifo nosso**).

Conforme se aduz do dispositivo ora exposto, a liberdade individual é direito inviolável, constitucionalmente assegurado. Ocorre que há discussões no âmbito jurídico no tocante à conceituação do termo “liberdade” empregado pelo constituinte.

José Afonso da Silva, em sua obra “Comentário Contextual à Constituição” atribui que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral.

Ainda neste sentido preceituou (Silva, 2012, e-book Kindle):

[...] A liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser normal, moral e legítima, **no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe. (grifo nosso)**

Pois bem, ocorre que, segundo o entendimento liberal ora exposto, o artigo 199, §4º da Constituição Federal limita a liberdade daqueles que pretendem dispor do próprio corpo. O texto constitucional seria contraditório ao trazer a inviolabilidade do direito à liberdade e na mesma redação cerceá-la no que tange à disposição do corpo humano para fins de comercialização de materiais genéticos.

Salienta-se que a própria demonstração de vontade de dispor do corpo em favor da venda de material genético e maternidade substituta para fins exclusivos de reprodução assistida já é uma forma expressa de não consentimento com a legislação restritiva de seu direito à liberdade individual pelo texto constitucional vigente.

Ora pois, o comércio referente à reprodução assistida já é existente, sendo apenas marginalizado ao ver do poder legislativo que, por uma moralidade exacerbada, invadiu a esfera da liberdade individual com conceitos que à época do fazimento da redação constitucional poderiam ser viáveis, mas que hodiernamente se tornaram deveras anacrônicos e insuficientes.

Isto posto, o Estado, já não mais tão próximo daquele considerado de bem-estar social e, assemelhando-se cada vez mais ao proposto e defendido pelo liberalismo libertário, não deveria influir nos objetos passíveis de mercancia.

Neste diapasão, tendo em vista os desenvolvimentos médicos tecnológicos com relação à reprodução assistida, faz-se necessária uma reinterpretação da norma contida no parágrafo 4º do artigo 199 da Carta Magna, devolvendo ao indivíduo a liberdade de deliberar quanto à disposição de seu corpo, desde que não venha a ser lesado por tal liberdade.

Frisa-se que, aqui, não se abrange a esfera de remoção de órgão vitais ou não para vida humana, mas somente a disposição do indivíduo quanto ao seu material genético e a disposição da mulher para com seu próprio corpo a fim de prestar serviços referentes à maternidade substituta.

Os fatores supramencionados não equivalem a risco à vida dos indivíduos que deles dispõem e nem mesmo a terceiros. Desta feita, em nada diferiria de formas de trabalho e contratos de prestação de serviço já existentes e regulamentadas no ordenamento jurídico pátrio.

Tanto é válido o argumento acima exposto, que a reprodução assistida guiada por estes meios já é permitida, sendo vedado única e exclusivamente, através de resolução do Conselho Federal de Medicina a obtenção de lucros e comercialização de tais práticas.

Faz-se necessário, neste ponto, em relação à prestação de serviço de maternidade substituta, o comparativo entre tal atividade e a prestação de serviços sexuais.

Torna-se questionável a razão pela qual é moral e legalmente mais aceitável a prostituição do que a barriga de aluguel, dado que ambas tratam de serviços estritamente corporais e remunerados como forma de prestação de serviço. Grifamos que a comparação é feita estritamente com a prostituição em si própria, não abrangendo o rufianismo e demais condutas vedadas pelo Código Penal Brasileiro.

Os valores sociais e dogmáticos religiosos que se encontram positivados pelo texto constitucional, tornam-se não somente entraves à liberdade individual, mas também aos avanços medicinais.

Contudo, pensadores tais quais Sandel (2016) - que, como exposto no tópico anterior, assemelha-se ao comunitarismo, ideia que vai de frente ao ideal liberal libertário - elencam que os contratos de gravidez de aluguel degradam bens maiores. Pelo mesmo viés cita-se Elizabeth Anderson (1990, p. 91)

Nós não avaliamos as coisas apenas como “mais” ou “menos”, mas atribuímos a elas valores qualitativamente mais altos ou mais baixos. Amar e respeitar uma pessoa é atribuir-lhe um valor mais

alto do que aquele que ela teria se fosse meramente usada [...] O comércio de gravidez degrada a criança pois a trata como mercadoria.⁷

Atualmente, inexistente em nosso ordenamento jurídico qualquer legislação em face ao tema ora tratado, tendo-se apenas lei tratando da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento (Lei 9.343/97) e resoluções do Conselho Federal de Medicina, que, como já supracitado, viabilizam a prática de disposição dos materiais genéticos e da cessão temporária do útero desde que sem fins lucrativos.

Neste diapasão, transcrevem-se as seções da Resolução CFM nº 2.168/2017, revogada pela Resolução 2.320/2022 de idêntico teor, referente à doação de gameta ou embriões, bem como da gestação de substituição:

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES 1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. [...]. (grifo nosso)

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em caso de união homoafetiva ou pessoa solteira. 1 - A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; 8 segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial [...]. (grifo nosso)

Nesta senda, verifica-se, com fulcro na teoria liberal libertária, que não há justificativa plausível para o cerceamento da liberdade do indivíduo de comercializar seu material genético, se não lhe causa danos e nem mesmo a terceiros, sendo inclusive passível de objeto de doação.

Não obstante, incumbe verificar que a atual legislação trata da disposição do corpo humano como direito de personalidade. Os direitos de personalidade representam a projeção dos direitos fundamentais na esfera do direito civil.

Anderson Schreiber, procurador do estado do Rio de Janeiro e professor de direito civil na UERJ aduz em entrevista a Carta Forense (2012, p.1) que:

A categoria dos direitos da personalidade nasce e se desenvolve justamente a partir da percepção de que não basta proteger os atributos essenciais da pessoa humana em face do Estado (tarefa historicamente atribuída ao direito público). É preciso protegê-la em face das outras pessoas, nas suas relações privadas. Práticas de mercado e condutas sociais representam muitas vezes uma grave ameaça a direitos essenciais do ser humano.

Com relação ao direito de personalidade, o artigo 13 do Código Civil é o de maior relevância quando se trata da disposição do corpo humano. Isto pois é ele que veda a disposição do próprio corpo quando contrariar os bons costumes, vendo-se aqui, novamente, a moralidade insculpida em nossa legislação.

Assim, caberia dizer que a barriga de aluguel onerosa é defesa em lei somente por contrariar uma moralidade social.

Ademais, adentrando brevemente na esfera do Direito Contratual no que tange à barriga solidária, a cessão temporária do útero mais se assemelha ao instituto jurídico da prestação de serviços (art. 593 CC/02), que não pode ser promovido de forma não onerosa.

⁷ Tradução da Autora

Nesta senda, a maternidade substituta assemelha-se a prestação de um serviço, no caso o serviço de com o próprio corpo gerar uma vida. É este um contrato com objeto certo, a entrega da criança gerada. Inexistem aqui os requisitos para caracterizar uma relação de emprego, haja vista que o simples fato de o serviço ter duração determinada, em torno de 9 meses, não caracteriza habitualidade.

Salienta-se que nesta modalidade contrata-se para prestação de serviço de cessão do útero para entrega do objeto fim e não pela atividade exercida como meio.

Isto posto, demonstra-se que não há doação, pois não há subtração neste negócio jurídico, sendo incabível, também, a figura do comodato e aluguel vez que não há que se falar na tradição do útero à terceiros.

Não obstante, dado o que posto no artigo 5º da Constituição Federal tratar de direitos e garantias fundamentais este deve prevalecer sobre o artigo 199 §4º da mesma codificação, por se tratar meramente de direito de ordem pública?

Nesta senda liberal considerada, cabe concluir que a proibição da mercancia de materiais genéticos para fins de reprodução assistida e da maternidade substituta possui fulcro muito mais intrínseco no que socialmente aceito do que naquilo que se tem de precedentes médicos e jurídicos.

Assim, traz-se à baila, uma vez mais, o posicionamento do juiz Harvey R. Sorkow - que julgou em primeira instância o caso “*Baby M.*” - tratando da igualdade paritária das partes em sua tomada de decisões:

Nenhuma das partes estava em vantagem em relação à outra. Cada uma tinha aquilo que a outra queria. O valor do serviço que cada uma teria de realizar foi estipulado e o trato foi feito. Ninguém foi forçado a coisa alguma. Tampouco lançou-se mão de qualquer artifício que colocasse a outra parte em desvantagem. Ambas as partes tinham o mesmo poder de barganha. (Sorkow *apud* Sandel, 2016, p.118)

Desta feita, defender-se-ia que ante à pormenorização do direito à liberdade, seria perfeitamente constitucional, em uma alteração por via interpretativa, a mercantilização ora proposta. Assim, verifica-se a possibilidade de uma mutação constitucional.

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE DE MERCADO

Em polo oposto aos anteriormente considerados, Ronald Dworkin, em sua obra “Domínio da Vida” (2009, p.117), preceitua que o investimento humano na criação de uma nova vida é como gerar uma obra de arte, que com o tempo se desenvolverá e criará ao seu próprio modo sua beleza em existir. Estipular que, a simples forma em que se dá a geração de uma vida, poderia lhe ferir a dignidade humana é reduzir o ser à forma de seu nascimento.

Autores como Maria Helena Diniz (2017, p. 712) compreendem que permitir e legalizar as técnicas de reprodução assistida com a venda de materiais genéticos e com a prestação de serviços de maternidade substituta seria coisificar a vida que está sendo gerada.

Quanto a criação da vida humana em laboratório é preciso muita cautela, por estar em jogo a dignidade do homem, por haver coisificação do ser humano, por atingir o embrião psicologicamente, deixando marcas indeléveis, trazendo traumas, reações de ordem psíquica e por possibilitar a degeneração da espécie humana [...].

Vejamos, senão, o ponto trazido à baila por Jan Sutton (1987, *on-line*), quanto à barriga de aluguel: “The child born of this process is not “bought”, “reject”, “abandoned” or “sold”, but is “planed”, “desired”, “loved”, “given” and “nurtured” by the adults involved.”⁸

8 “A criança nascida desse processo não é “comprada”, “rejeitada”, “abandonada” ou “vendida”, mas é “planejada”, “desejada”, “amada” e “nutrida” pelos adultos envolvidos” (Tradução livre de nossa autoria).

Desta feita, ainda que o argumento da professora Maria Helena, seja muito bem respaldado, não se pode resumir a reprodução assistida como uma coisificação do ser humano, nem mesmo como uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana de tal maneira.

Isto pois, como aqui se trata, não estamos a falar quanto à venda de recém-nascidos, mas sim da terceirização de etapas gestacionais. Simplesmente traz-se à baila a possibilidade de legalizar e regulamentar de maneira eficaz prática que já ocorre na sociedade. Não obstante, tem-se o exemplo da reprodução assistida caseira, através inseminação artificial, que, pela ausência de exames médicos adequados, gera muito mais riscos às pessoas envolvidas por se tratar de questão relacionada à saúde

Neste sentido, o posicionamento do juiz Harvey R. Sorkow acerca do caso “*Baby M.*”: “Em um nascimento, o pai não compra o bebê. Ele é seu filho biológico e carrega sua herança genética. Uma pessoa não pode comprar aquilo que já é seu”. (Caso *Baby M.*, 1987, *on-line*)

Desta feita, a teoria liberal libertária se contrapõe ao argumento da professora Maria Helena Diniz, pois não há a coisificação do ser humano, e, ainda que se tratasse de ectogênese que não envolvesse material genético dos adquirentes, há, também, que se considerar o caráter afetivo dos contratantes para com a vida que está sendo gerada.

A não regularização da mercancia de materiais genéticos e da prestação de serviço de maternidade substituta ofende vezes mais o princípio da dignidade humana do que seu esculpimento no ordenamento jurídico, isto pois, conforme se aufere do que abaixo exposto, a liberdade para dispor sobre si mesmo é intrinsecamente relacionada à própria dignidade humana. Assim, cerceá-la, com base na teoria de Kant quanto à autonomia, seria cercear a própria dignidade humana.

Nesta feita, Emmanuel Kant afirmava que a autonomia – liberdade – é o princípio da dignidade humana e de toda natureza racional, considerado por ele um valor incondicionado, incomparável. (Kant *apud* Silva, 2012, p.41.)

Contudo, Sandel (2016, p. 122), se manifesta nesta esteira em sentido diverso:

Certain modes of valuation are appropriate to certain goods. Treating children as commodities degrades them by using them as instruments of profit rather than cherishing them as persons worthy of love and care. Contract pregnancy also degrades women by treating their bodies as factories and by paying them not to bond with the children they bear.⁹

Com fulcro no que exposto, voltamos ao questionamento quanto à liberdade. Adotando-se o entendimento de Kant, se a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada com sua liberdade, a afronta a este princípio se daria de veras mais profunda pelo cerceamento da sua disposição do próprio corpo.

Isto pois, se, dentro dos limites que lhe ressalvem o direito à vida e de outrem, bem como lhe assegurem à integridade física, uma pessoa quiser dispor de seu corpo de maneira a ensejar objeto comercial e o Estado utilizar-se de sua força repressiva para impedi-la de fazê-lo, estará, então, ferindo o princípio constitucional de dignidade da pessoa humana.

Ainda nesta esteira, cabe destacar que:

a dicotomia interesse público/interesse privado, exacerbada pela ideologia do liberalismo jurídico, contribuiu para impedir que se destacasse, entre o interesse público próprio e o interesse particular, uma categoria intermediária constituída pelo interesse coletivo. (Bastos, 2017, p. 56)

9 “Certos modos de avaliação são apropriados para certas mercadorias. Tratar crianças como mercadorias as degrada, utilizando-as como instrumento de lucro, ao invés de considerá-las como pessoas dignas de amor e carinho. O contrato de barriga de aluguel também degrada as mulheres por tratar seu copo como fábrica e pagá-la para não se vincularem com os filhos que gestam”. (Tradução da Autora)

Por esta vereda, após a elucidação de que a intervenção estatal na disposição do corpo humano no que tange aos materiais genéticos, há que se falar, ante a proibição da mercantilização dos objetos aqui tratados, da supressão da livre iniciativa.

Neste caso, ante a teoria liberal libertária, a mercantilização dos materiais genéticos e a prestação de serviço de maternidade substituta não afrontam o princípio da dignidade da pessoa humana vez que está intrinsecamente ligado com o direito fundamental à liberdade e, assim, à disposição do próprio corpo. Ademais, a vedação a comercialização de tais é uma clara restrição à livre iniciativa, daí sim confrontando princípio fundamental.

Contudo, não se pode tomar, desde já, tal pensamento como aplicável ao nosso ordenamento jurídico, devendo-se considerar demais elementos que serão ainda abordados no presente artigo.

3. VENDA DE MATERIAIS GENÉTICOS, MATERNIDADE SUBSTITUTA E OS CONTRATOS

Inicialmente, deve-se trazer à baila o conceito amplo de contrato e após identificar aqueles que estritamente interessam ao presente estudo.

Conforme preceitua o doutrinador Flávio Tartuce (2018, p. 2): “O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”.

Deste norte, figura-se então o patrimônio, compreendido no Direito Civil Brasileiro como os bens economicamente valoráveis, sejam estes móveis ou imóveis, excluindo-se as qualidades pessoais. Todavia, existem, também, os contratos de prestação de serviço, previstos no artigo 594 do Código Civil, nos quais o prestador compromete-se a realizar determinada atividade, no interesse do tomador, mediante certa e determinada remuneração.

Neste sentido, esclarece Tartuce (2018, p. 514):

O contrato é oneroso, pois envolve sacrifício patrimonial de ambas as partes, estando presente uma remuneração denominada *preço* ou *salário civil*. Trata-se de contrato consensual, que tem aperfeiçoamento com a mera manifestação de vontade das partes. Constitui um contrato comutativo, pois o tomador e o prestador já sabem de antemão quais são suas prestações, qual o objeto do negócio.

Desta feita, o contrato de prestação de serviços possui natureza jurídica de negócio jurídico bilateral e oneroso, pela presença do *sinagma* obrigacional.

O artigo 594 do Código Civil veda que o objeto do contrato de prestação de serviço seja ilícito, devendo a ilicitude ser analisada em sentido amplo, nos termos dos artigos 186 e 187 do CC/02.

Salienta-se que o artigo 187 do Código Civil faz menção à boa-fé objetiva e ao fim social do instituto. Por esta vereda, faz-se plausível o afastamento da ilicitude do objeto que recai sobre os materiais genéticos, tendo em vista que o fim social do contrato de maternidade substituta é a constituição de uma nova família.

Assim, tal forma de contrato se mostra perfeitamente adequada para os casos de maternidade substituta, tendo em vista que o contratante sabe desde logo o serviço que está adquirindo, bem como a contratada sabe, sem vícios de vontade, o serviço que será prestado.

Frisa-se que não há que se falar aqui na compra de uma criança, quando explicitamente demonstrada a contratação de um serviço.

Em outros termos, seria apenas dizer que a etapa gestacional humana seria a prestação do serviço para qual a mulher contratada estaria sendo remunerada para realizar.

Diferentemente do que ocorre nos casos de venda de materiais genéticos, que se enquadram perfeitamente no modelo de contrato de compra e venda abrangidos pelo Título VI, Capítulo I do Código Civil. Tendo em vista que há a transferência do domínio de coisa móvel mediante remuneração.

A tradição no presente escopo se daria pela entrega do material objeto do contrato ao comprador, o que seria dizer que o contrato se finda com a entrega do material genético adquirido ao comprador.

Desta feita, já são existentes no Direito Civil brasileiro institutos capazes de reger os contratos que tem como objeto materiais genéticos para reprodução assistida ou a maternidade substituta. Sendo tal feito impedido apenas pelo dispositivo constitucional que veda todo tipo de comercialização de materiais genéticos, tornando o objeto apontado ilícito.

3.1 A ONEROSIDADE CONTRATUAL E O CORPO HUMANO

Como já exposto anteriormente, no presente artigo visa-se a exploração somente da mercantilização de materiais genéticos para fins de reprodução assistida, bem como a prestação de serviço de maternidade substituta, não havendo que se falar na venda de órgãos essenciais à vida humana pré-existente.

A possibilidade de onerar os contratos supramencionados auxiliaria na formação de famílias homoafetivas ou daquelas impossibilitadas de gerar uma vida de modo não assistido. Isto pois conforme os estudos de Rene Almeling no livro “Sex Cells: The Medical Market for Eggs and Sperm (2011, p. 112)”: “The vast majority of egg and sperm donors I interviewed revealed that their initial interest in donation was sparked by the prospect of financial compensation, which is understandable given their life circumstances”¹⁰

Assim, a possibilidade de onerar os contratos que envolvem reprodução assistida traria benefícios econômicos para o contratado e benefícios afetivos para os contratantes.

Por mais que neste artigo utilize-se por diversas vezes do signo “objeto” para manifestar-se em relação ao objetivo do contrato em si, fora do âmbito jurídico aborda-se vidas, geração de vidas e construção de famílias.

Deste modo, ainda que o texto constitucional vise proteger à pessoa humana, em verdade está lhe negando direitos abrangidos por sua própria redação, sendo estes o direito de constituir família (art. 16 CF/88) e o direito fundamental à liberdade de dispor do próprio corpo, como disposto no artigo 5º, “caput”).

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2016, p.712): “A fantástica evolução da engenharia genética e o surgimento das mais diversas formas de reprodução assistida embalam o sonho de qualquer pessoa que deseja ter um filho, não sendo mais possível limitar os vínculos de parentesco à verdade biológica”.

O simples fato de haver recompensa monetária pela disposição do material genético não torna o ato menos nobre pois é possível que se some à prospecção de recompensa financeira ao desejo de ajudar ao outro.

Permitir legalmente que se onere tais contratos não coloca em risco o corpo humano. O dispositivo constitucional que abrange quanto à disposição de materiais corpóreos está sendo interpretado de modo excessivamente paternalista ao proibir tal prática.

Ademais, no que tange ao artigo 13 do Código Civil, este trata apenas dos bons costumes, não podendo se pautar a licitude do objeto pela moralidade social.

Em suma, inexistente respaldo técnico-jurídico para que se mantenha a proibição de oneração dos contratos supramencionados.

¹⁰ A vasta maioria de doadores de óvulos e esperma que eu entrevistei revelaram que seu interesse inicial na doação foi despertado pela prospecção de recompensa financeira, o que é compreensível dado sua circunstância de vida. (Tradução da Autora)

3.2 CONTRATO DE MATERNIDADE SUBSTITUTA E A “VENDA” DE RECÉM-NASCIDOS

O contrato de maternidade substituta traz à baila todo um novo conceito de maternidade. Desde o século XX, mulheres se submetem a diversos tipos de técnicas médicas de fertilização para realizarem seu desejo de se tornarem mães, sendo o elemento “gravidez” em si considerado um sucesso.

Neste sentido:

Most women undergoing IVF, for example, don't just want a baby, or even “their” baby. They want to give birth to that baby, to experience the rituals of pregnancy and labor that have traditionally defined both motherhood and birth.

This longing defines the contours of even the most advanced fertility treatments, where pregnancy is generally seen as a critical element of success (Spar, 2006, p. 70).¹¹

Contudo, nem sempre este é o caso, existem mulheres que desejam pular a etapa gestacional ou ao menos não tem como se submeter a esta por questões fisiológicas, assim se socorrem da maternidade substituta, instituto qual o fim é a entrega do embrião gestado e não a gravidez em si.

Ocorre que, aos olhos da sociedade vigente, a maternidade substituta quando instituída por meio de contrato oneroso, trata da venda de recém-nascido. Tendemos a ver a mulher que gestou a criança como sua mãe, quando esta pode nem mesmo ser a mãe genética da criança.

Neste diapasão:

For whatever reasons- social, historical, biological – we tend to think of the connection between birth mother and newborn as more intimate than that between a sperm or egg donor and the eventual offspring. We think of the woman who carries and gives birth to a baby as that child's mother, regardless of the child genetic parentage. But in a surrogacy arrangement, the birth mother is not the intended mother, and may not even be the genetic mother, of the child (SPAR, 2006, p.71)¹²

No caso “*Baby M.*”, o juiz Wilentz (*apud* Sandel, 2016, p. 120) afirmou que a maternidade substituta configura comércio de crianças e que o comércio de crianças, por mais que voluntário, é ilegal.

Vejamos:

Trata-se da venda de uma criança ou, na melhor das hipóteses, da venda dos direitos de uma mãe sobre seu filho. A única atenuante é que o comprador é o pai (...) [Um] intermediário, incentivado pelo lucro, promove a venda. Qualquer que tenha sido o idealismo que motivou os participantes, o objetivo do lucro impõe-se, permeia, e, finalmente, comanda a transação.

No presente caso, como já elencado, o instituto “mãe” sensibiliza a decisão do juiz quando alega que na pior das hipóteses seria a venda dos direitos de uma mãe sobre seu filho, contudo, nos tempos atuais as definições para mãe vão além do que a pessoa que gestou a criança, tanto é que se fala em maternidade socioafetiva no que tange ao direito de família.

Voltando a esfera contratualista, ainda que o lucro permeie a obrigação, não há que se falar na venda de um recém-nascido quando a criança pode nem mesmo ter ligação genética com a pessoa que a gerou.

11 A maioria das mulheres submetidas à fertilização in vitro, por exemplo, não querem apenas um bebê ou mesmo o bebê delas. Elas querem dar à luz a esse bebê, experimentar os rituais de gravidez e trabalho que tradicionalmente definem tanto a maternidade quanto o nascimento. Esse desejo define os contornos dos tratamentos de fertilidade mais avançados, nos quais a gravidez geralmente é vista como um elemento crítico de sucesso. (tradução da Autora)

12 Por quaisquer razões – sociais, históricas, biológicas – tendemos a pensar na conexão entre mãe biológica e recém-nascido como mais íntima do que entre doador de espermatozoide ou doadora de óvulos e a eventual prole. Pensamos na mulher que dá à luz a um bebê como mãe dessa criança, independentemente da origem genética da criança. Mas, em um contrato de barriga de aluguel, a mãe biológica não é a mãe pretendida e pode nem ser a mãe genética da criança (Tradução da Autora).

Para se falar em venda seria necessária a objetificação do recém-nascido, tornando-o propriedade da mulher que o gestou. Ocorre que na maior parte das vezes a maternidade substituta utiliza do material genético dos contratantes sendo a contratada apenas a gestante de um embrião que não a pertence.

Erroneamente se associa a pessoa que pariu à figura materna, nem todas as mulheres que gestaram possuem vínculo afetivo com a criança qual deram à luz, à exemplo disso temos as crianças que são entregues para adoção assim que nascem.

Logo, a prestação de serviço de maternidade substituta nada mais é que a utilização do próprio corpo para gerar um serviço fim, qual seja a gestação de um embrião que pode ou não ter vínculo genético com a “barriga de aluguel”.

Desta feita, diferentemente do que apontado pelo juiz Wilentz no caso “*Baby M.*”, o contrato de maternidade substituta não tem por objetivo a venda do recém-nascido, uma vez que celebrado antes da existência deste e com o fim da prestação de serviço da etapa gestacional, apenas.

E, diferentemente de um recém-nascido, é possível que se aborde um valor para o serviço de gestação prestado – além do pagamento das custas médicas –, isto pois ao dispor do próprio corpo a mulher tem direito a valorá-lo, assim como o faz na situação de prostituição, em que dispõe do corpo para prestar serviços sexuais.

4. MATERNIDADE E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O artigo 421 do Código Civil dispõe que

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

Nesta senda, os contratos devem ser interpretados à luz do que define o meio social no qual está inserido, sendo um princípio contratual que deverá sempre ser analisado de acordo com o contexto social.

Desta feita, preceitua Flávio Tartuce (2018, p.61) que: “Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana”.

Como demonstrado no tópico anterior, o contrato de prestação de serviço de maternidade substituta visa muito além da onerosidade por si só, sendo muitas vezes a única forma que um indivíduo tem de construir família através da prole.

Neste sentido, conceitua Maria Berenice Dias (2016, p.204):

A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de balizar o conceito de família.

Ainda que se tenha a resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina no sentido de permitir a barriga solidária e vedar o aferimento de qualquer lucro com este serviço, sabe-se que a prática da barriga de aluguel é corriqueira, como se depreende da reportagem “Carrego seu filho por R\$100 mil: o mercado online de barriga de aluguel” de Vinicius Lemos (2018, *on-line*) publicada no site da BBC:

[...] diversas mulheres se oferecem como barriga de aluguel em páginas e grupos de redes sociais - o maior deles, no Facebook, possui 3,3 mil membros. Cobra-se de R\$ 15 mil a mais de R\$ 100 mil, além de despesas com a gravidez e estada quando necessário. Grande parte das mulheres que anunciam a si mesmas nas redes sociais demonstra ter conhecimento de que a prática é considerada ilegal no Brasil. Para elas, a barriga de aluguel não deveria ser criminalizada.

Por esta vereda, cabe dizer que a resolução do Conselho Federal de Medicina em consonância com a legislação atual são preceitos anacrônicos ao contexto social qual estão inseridos.

Os contratos de maternidade substituta ou como vulgarmente chamados “barriga de aluguel” já são uma prática comum e disseminada na sociedade brasileira, sendo oferecido até mesmo através de redes sociais, como demonstrado da reportagem.

Assim, cabe dizer que ao se vedar a onerosidade do contrato de maternidade substituta, muitas vezes veda-se também a sua função social, qual seja a de facilitação de criação de uma família.

São inúmeros os motivos que levam um casal ou indivíduo a procurar por uma mulher disposta a prestar serviço de maternidade substituta. Utilizando-se do caso “*Baby M.*” como exemplo, o casal Stern buscou socorrer-se deste instituto pois a senhora Stern sofria de esclerose múltipla, doença autoimune desmielinizante e não queria colocar o feto em risco durante a gestação, logo seu intuito era meramente de formar família e proteger a vida futura que seria gerada de danos por conta da sua doença.

Outro exemplo prático seria o de casais homossexuais que desejam procriar com seu próprio material genético, tem-se, ainda, a possibilidade de indivíduos que desejam ter filhos sem ter um companheiro.

Neste diapasão, coibir a prática da maternidade substituta de forma onerosa significa privar alguns do seu direito constitucional à família, uma vez que nem sempre haverá uma barriga solidária à disposição.

Ademais, com a alteração sofrida no artigo 421 do Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), a intervenção estatal deverá ser mínima nos contratos privados, como os que ora se refere, além de preceituar seu artigo 2º que é princípio norteador da referida lei a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas.

Desta feita, reforça-se o argumento de que a intervenção paternalista do Estado no que tange os contratos referentes à reprodução assistida é um atentado ao direito constitucional a liberdade, previsto no artigo 5º da CRFB/88.

4.1 A FIGURA MATERNA E PATERNA EM ÂMBITO CONTRATUAL, A DICOTOMIA MORAL E O SEXO DO CONTRATADO

Os signos “mãe” e “pai” possuem um valor moral social relevante, contudo as novas formas de família deram novo significado a estes. Atualmente, o direito brasileiro dispõe do conceito de maternidade e paternidade socioafetiva.

Assim, define Maria Berenice Dias (2016, p. 185)

Cada vez mais a verdade biológica e a verdade registral cedem frente a realidade da vida, que privilegia os vínculos da afetividade como geradores de direitos e de obrigações. Daí a consagração da filiação socioafetiva, que tem origem não em um ato - como a concepção ou o registro - mas em um fato: a convivência que faz gerar o que se chama de posse de estado de filho.

Neste sentido, a figura materna/paterna no âmbito contratual pode-se dar por disposição diferente da biologicamente definida. Desta feita, a mulher que é contratada para servir como “barriga

de aluguel” pode não ser a mãe da criança que gestou, ainda mais nos casos em que somente há a inseminação de um embrião no útero da futura gestante.

Do mesmo modo tal entendimento aplica-se aos vendedores de materiais genéticos, não sendo aquele que vendeu seu espermatozoides ou óvulo considerado pai ou mãe da futura criança, como muito bem coloca Debora Spar (2006, p. 93): “The child was born of a particular mother, it belongs (socially, legally, emotionally) to that mother. Surrogacy changes all that. Because with surrogacy, the woman who bears the child is not intended to be its mother”.¹³

Por esta vereda, o entendimento seria de que se considera pai ou mãe da criança aquele que assim o deseja e contrata para ser. Tal argumento é socialmente mais aceito quanto ao vendedor de espermatozoides do que quanto as mulheres prestadoras de serviço gestacional.

Este fator está intrinsecamente ligado com o fato de que é comum o abandono paterno em nossa sociedade, em 2013, 5,5 milhões de criança não possuíam o nome do pai no registro de nascimento (Exame, 2013, *on-line*)

Por tal razão, o signo “pai” recebe um valor social muito menor do que “mãe”, logo a conduta da maternidade substituta torna-se moralmente mais condenável que a venda de espermatozoides, pois encaixa-se como o abandono de um filho.

Ademais, ainda no âmbito contratual, cabe ressaltar que a possibilidade de sofrer abusos ou lesões pela falta de legislação sobre os contratos de materiais genéticos torna a prática do serviço, quando não regulamentado, mais perigosa para as mulheres que para os homens, tendo em vista a forma de disposição do próprio corpo ser mais invasiva.

Neste sentido, “a solução para que não haja abusos é legislar. É como nos transplantes: ao regular, você evita o tráfico de órgãos” (Fontes *apud* Blanco, 2017, *on-line*), ou seja, ante ao contexto social demonstrado faz-se necessária a legalização para proteção jurídica de ambas as partes do contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou, ante a adoção da teoria da justiça liberalista igualitária, uma análise do cabimento da mutação constitucional, referente ao artigo 199, §4º da Constituição Federal, para adaptação ao mercado de venda de materiais genéticos ou, em um aspecto mais amplo, do mercado de reprodução assistida - ora evoluído através das técnicas de engenharia genética que permitem a criação de um embrião laboratorial.

As novas técnicas médicas de reprodução assistida estão sendo disseminadas pelos países, contudo, deixando de serem amparadas pela legislação e o ordenamento jurídico em si, em alguns locais, nesta lista inclui-se o Brasil, que como visto, não possuem legislação específica para dispor do assunto.

Frisa-se que no presente estudo optou-se pela adoção da teoria liberal igualitária, ainda que se pudesse tratar deste com escopo na teoria liberal libertária, pois a primeira abordada traz à baila a aceitação da manifestação da vontade da parte contratual, contudo determinando entraves quanto ao vício de consentimento, que poderia ser causa de anulabilidade do contrato.

Ao utilizar-se do direito comparado, com maior escopo na jurisprudência estadunidense e no caso “*Baby M.*”, foi possível notar as questões controversas levantadas pelo tema, contudo, à luz da teoria da justiça – liberalista igualitária - adotada mostrou-se concebível a inserção dos contratos onerosos de materiais genéticos e de maternidade substituta sem que haja a coisificação da vida ou o dano à dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico.

¹³ A criança que nasceu de uma mãe em particular, pertence (socialmente, legalmente, emocionalmente) a essa mãe. A “barriga de aluguel” muda tudo isso, a mulher que dá luz à criança não se destina a ser sua mãe. (Tradução da Autora)

Ainda, com base na pesquisa jornalística, buscando por via oblíqua o campo empírico, verificou-se que já há a ocorrência dos contratos aqui sugeridos em nossa sociedade, estando apenas marginalizados pelo âmbito legislativo, que agora se entende como anacrônico.

Tanto é disseminada tal prática que existem, como demonstrado no estudo, anúncios em rede sociais de mulheres se oferecendo em troca de recompensa monetária para servir do que vulgarmente chamado de “barriga de aluguel”.

Desta feita, ante a todo o estudo realizado e ao resultado das pesquisas, mostrou-se a hipótese arguida como mais adequada a ser aplicada, uma vez que a prática de mercado de reprodução assistida já existe e encontra-se apenas vedada pela legislação que se mostra cega a modernidade.

Salienta-se que a ausência de amparo deste negócio – já existente – pelo ordenamento jurídico coloca em risco as partes que podem sair lesadas dos contratos ante a ausência de qualquer proteção.

Assim, visando proteger juridicamente as partes envolvidas nos contratos de venda de materiais genéticos e principalmente de maternidade substituta, faz-se necessária a mutação constitucional, trazendo uma nova interpretação do artigo 199, §4º da Carta Magna para legalizar esta prática em nosso ordenamento jurídico, uma vez que já existente no âmbito social.

REFERÊNCIAS

ALMENING, Rene. *Sex Cells: The Medicinal Market For Eggs and Sperm*. Breckley e Los Angeles: University of California Press, 2011.

ANDERSON, Elizabeth S. *Is Woman Labor a Commodity?* Philosophy an Public Affairs. Winter, 1990.

BASTOS, C. R. A Tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista Do Serviço Público*, 2017, 39(2), 53-62. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2252/1173>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL TEM 5,5 MILHÕES DE CRIANÇAS SEM PAI NO REGISTRO. *Exame*. 11 ago. 2013. Atualizado em 31 jan. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>. Acesso em 29 abr. 2020

BLANCO, Silvia. Barriga de Aluguel: Os dilemas éticos e legais de gestar o filho dos outros. *El País*. 10 mar. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/17/internacional/1487346402_358963.html. Acesso em 28 abr. 2020

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal. Publicado em 5 de out. 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em 31 mar. 2019

BRASIL. *Lei 11.105, de 24 de março de 2005*. Brasília – DF, 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei 2.855/1997 de 13 de março de 1997*. Brasília – DF, 1997. Câmara dos Deputados. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. *Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019*. Brasília – DF, 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 04 maio 2020

BRASIL. *Lei 10.406/2002 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro. Brasília – DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.168 de 10 de novembro de 2017*. Brasília – DF, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 20 out. 2019.

COEN, Gleen. *Bioethics: The Law, Medicine, and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics*. Harvard. EDX, 2017. Notas de Aula.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 4 ed. e-book. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 10 ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida – Aborto, Eutânsia e Liberdades Individuais*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009.

LEMOS, Vinicius. “Carrego seu filho por R\$100 mil”: o mercado online de barriga de aluguel. *BBC News, Cuiabá*, 09 de jan. de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>. Acesso em: 28 abr. 2020

MARKENS, Susan. *Surrogate Motherhood and The Politics of Reproduction*. London. University of California. 2007

MILLER, David. In What Sense must Socialism be Comunitarian? *Social Philosophy and Policy*, 51-73. *Cambridge Core*. 1989. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/social-philosophy-and-policy/article/in-what-sense-must-socialism-be-communitarian/C1DF3431D12044F4EBFE1E7447F97511>. Acesso em: 24 mar. 2020

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

SANDEL, Michael J. *What Money Can't Buy - The Moral Limits of Markets*. New York. Farrar Straus Giroux; Ed. Reprint, 2013.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* 26 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SCAFF, João Henrique. Contrato de barriga de aluguel: Uma análise do seu objeto na modalidade heteróloga. *Jus.com.br*. 05 de jan. de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54845/contrato-de-barriga-de-aluguel>. Acesso em 20 out. 2019.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editora LTDA. 2012.

SCREIBER, Anderson. Direito da Personalidade. *Carta Forense*. 05 de mar. de 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/35814496/Direitos_da_Personalidade_Entrevista_Carta_Forense_. Acesso em: 24 mar. 2020

SPAR, Debora L. *The Baby Business*. 1 ed. Boston: Harvard Bussines School Press. 2006.

SUTTON, Jan. *California Senate Commite on Health and Human Services*. Los Angeles: Hearing on Surrogate Parenting. 1987

TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral Dos Contratos e Contratos em Espécie*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

USA. STATE OF CALIFORNIA. *AB-1217 Political Reform Act of 1974: electioneering and issue lobbying communications: disclosures*. 1974. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/bill-NavClient.xhtml?bill_id=201920200AB1217. Acesso em 01 nov 2019

USA. STATE OF CALIFORNIA. THE SUPREME COURT OF NEW JERSEY. In *The Matter Of Baby M, A Pseudonym For An Actual Person*. New Jersey. 1988. Disponível em: https://h2o.law.harvard.edu/collages/8859/export_unique. Acesso em: 22 set. 2019.