

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**MARINA ARAÚJO TEIXEIRA**

**A PROBLEMÁTICA DA MERCANTILIZAÇÃO NA GESTAÇÃO  
POR SUBSTITUIÇÃO: UMA POSSÍVEL CRÍTICA MEDIANTE  
A FILOSOFIA DA ALTERIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS**

**JUIZ DE FORA  
2016**

**MARINA ARAÚJO TEIXEIRA**

**A PROBLEMÁTICA DA MERCANTILIZAÇÃO NA GESTAÇÃO  
POR SUBSTITUIÇÃO: UMA POSSÍVEL CRÍTICA MEDIANTE  
A FILOSOFIA DA ALTERIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Áreas de concentração: Bioética, Filosofia do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Henrique Campolina Martins.

**JUIZ DE FORA  
2016**

**MARINA ARAÚJO TEIXEIRA**

**A PROBLEMÁTICA DA MERCANTILIZAÇÃO NA GESTAÇÃO  
POR SUBSTITUIÇÃO: UMA POSSÍVEL CRÍTICA MEDIANTE  
A FILOSOFIA DA ALTERIDADE DE EMMANUEL LÉVINAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Áreas de concentração: Bioética, Filosofia do Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de fevereiro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Antônio Henrique Campolina Martins – Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Bruno Amaro Lacerda  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Kelly Cristine Baião Sampaio  
Universidade Federal de Juiz de Fora

## **RESUMO**

A gestação por substituição, utilizada como forma de livre planejamento familiar, perpassa por questões éticas e jurídicas de grande expressividade quando tal método procriacional torna-se objeto de contratos promovidos entre o casal desejante e a mãe sub-rogada, principalmente pelo fato de não haver uma normatização exauriente sobre o tema. Os acordos onerosos estabelecidos em tal sentido representam uma afronta a dignidade da pessoa humana, que é então vista como objeto de comércio e não absoluta em sua alteridade. O modo como a mercantilização do ser humano vai de encontro a uma ética baseada na ideia de responsabilidade ilimitada pelo Outro, pensamento elaborado pelo filósofo Emmanuel Lévinas, e como esse pressuposto ético torna o objeto contratual da maternidade por sub-rogação ilícito constituem a perspectiva e o método do trabalho em questão.

Palavras-chave: gestação por substituição; mercantilização do homem; Lévinas; ética da alteridade; dignidade da pessoa humana.

## **ABSTRACT**

The gestational surrogacy, used as a form of family planning, permeates ethical and legal issues of great expressiveness when such procriational method becomes the object of contracts promoted between the wishing couple and the surrogate mother, mainly because there is no complete regulation on the subject. The onerous agreements in this regard represent an affront to human dignity, which is then seen as trading object and not absolute in its alterity. This monograph deals with the way the human commercialization goes against an ethics based on the idea of a responsibility unlimited by the Other, theory elaborated by the philosopher Emmanuel Lévinas, and how this ethical assumption makes the contractual object of subrogation motherhood unlawful.

Keywords: gestational surrogacy; human commercialization; Lévinas; ethics of alterity; dignity of the human person.

## **AGRADECIMENTOS**

A conclusão dessa Monografia não seria possível sem a participação de familiares, amigos e professores, aos quais dedico minha sincera gratidão e respeito.

Em especial, agradeço aos meus pais, Mônica e Geraldo, por confiarem em mim e serem os pilares de minha formação pessoal, ensinando-me os valores mais caros ao ser humano: solidariedade, justiça, honestidade, comprometimento e respeito pelo outro. Sem seu apoio incomensurável, não poderia dizer que, hoje, consegui vencer a primeira etapa do meu plano de realização profissional.

Ao meu amigo e companheiro, Luiz Felipe, por todo carinho, compreensão e cumplicidade, que tornaram os dias de árdua dedicação mais leves e divertidos.

Ao querido mestre e amigo, Prof. Campolina, com quem tive a honra de conviver durante minha breve, porém inestimável passagem pela Universidade Federal de Juiz de Fora, e que me introduziu ao estudo de Emmanuel Lévinas. Sua orientação e sua sabedoria foram imprescindíveis para a fundamentação de meu projeto acadêmico, ao qual pretendo dar consecução.

Ao Prof. Bruno Amaro Lacerda, por lecionar com tanta dedicação a disciplina Teoria da Justiça, onde tive oportunidade de presenciar um ensino aprofundado de Filosofia do Direito e ter contato com valiosa contribuição bibliográfica, inclusive para a elaboração desse trabalho.

À Prof.<sup>a</sup> Kelly Cristine Baião Sampaio, com quem aprendi a gostar do Direito Civil, através de uma leitura constitucionalizada, e a analisar a relação jurídica privada por sua perspectiva humana, considerando-a também como reprodutora da dignidade da pessoa.

Aos meus amigos Alessandra, Amanda e Pedro Henrique, pelas horas de conversas e risadas que me propiciaram a sensação de que Juiz de Fora também é minha casa.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2. O CAMPO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO .....</b>	<b>11</b>
2.1. O ESTADO DA QUESTÃO .....	11
2.2. A ADMISSIBILIDADE DOS CONTRATOS ONEROSOS DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO SOB OS PONTOS DE VISTA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO .....	22
<b>3. O CAMPO DA ALTERIDADE COMO PERSPECTIVA FUNDAMENTADORA ..</b>	<b>40</b>
3.1. A POSIÇÃO DE EMMANUEL LÉVINAS .....	41
3.2. A POSSÍVEL CRÍTICA LEVINASIANA PARA OS CONTRATOS .....	55
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>68</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>71</b>
5.1. OBRAS UTILIZADAS SOBRE A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO .....	71
5.2. OBRAS UTILIZADAS DE EMMANUEL LÉVINAS .....	73
5.3. OBRAS UTILIZADAS SOBRE EMMANUEL LÉVINAS .....	73
5.4. LEGISLAÇÃO E RESOLUÇÕES .....	74
5.5. TEXTOS BÍBLICOS .....	75

## 1. INTRODUÇÃO

A gestação por substituição é uma prática que acompanhou o homem desde a Antiguidade. Um de seus primeiros registros encontra-se no Antigo Testamento<sup>1</sup>, em um relato do Gênesis. Raquel, esposa de Jacó, ao perceber que não poderia engravidar, pediu ao marido que mantivesse relações sexuais com sua escrava para que, posteriormente, ela pudesse vivenciar a experiência da maternidade. O papel essencial da mulher era então visto como o de procriadora, pois através da concepção e da gestação poderia dar continuidade à linhagem do homem, sendo a infertilidade/esterilidade sua culpa exclusiva,<sup>2</sup> nunca atribuível ao varão. Assim, para que a continuidade familiar fosse proporcionada, as mulheres aceitavam de bom grado que o ventre de outrem servisse ao propósito de gerar filhos seus.

Por outro lado, o conceito de família sofreu em sua história uma evolução heterogênea, abarcando configurações diferenciadas, baseadas em laços afetivos. Aquela mudança não se subsumiu meramente à esfera das relações; mas também abrangeu conquistas científicas, médicas e biotecnológicas, que permitiram a descoberta das causas da infertilidade/esterilidade tanto feminina, quanto masculina, e até mesmo de meios para que sejam contornadas através da utilização de técnicas de inseminação artificial, não realizadas com o simples intuito de continuidade da linhagem paterna, mas sim como modo de efetivação do direito fundamental ao livre planejamento familiar. Os pressupostos tradicionais de filiação, que em um primeiro momento era determinada pela existência de laços matrimoniais e, após, com a descoberta do DNA, passou a ser atribuída por meio de critérios biológicos, foram ampliados para abranger a socioafetividade. Assim, os laços filiais passaram a ser aferidos pela força de vínculos interpessoais e de solidariedade dentro do núcleo familiar, além das meras presunções legais quanto ao matrimônio e à descendência sanguínea. Nesse sentido, diz-se que a gestação por outrem:

“(…) quiebra claramente los tradicionales principios jurídicos de Derecho romano ‘*mater semper certa est*’ y ‘*pater est quem nuptiae demonstrant*’, ya que

---

<sup>1</sup> Cf. Gênesis, 30, 1-6.

<sup>2</sup> Eduardo de Oliveira Leite destaca também a visão maniqueísta que por muito tempo revestiu os problemas da esterilidade e da infertilidade. Se, de um lado, a fecundidade era vista como um bem, de outro a incapacidade para procriar era tida como um mal a acometer o casal, fosse por uma mera fatalidade ou até mesmo por uma maldição. In: AMORIM, C. S. “*Aspectos Jurídicos da Maternidade de Substituição no Direito Brasileiro*”.

permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento.” (GONZÁLEZ, 2014, p. 902)

Este é o contexto mediante o qual não se abandonou, nos tempos modernos, a prática da maternidade por outrem, tendo em vista que algumas mulheres, seja por convicções pessoais ou por incapacidades físicas incontornáveis, não podem gestar<sup>3</sup>, bem como o fato de ter o conceito de família se modificado, passando, em alguns ordenamentos, a incluir a possibilidade de configurações familiares com casais do mesmo sexo.

Ante a nova gama de possibilidades trazida pelos avanços tecnológicos nas ciências médicas e biológicas, surgiram problemas de ordem ética e jurídica de proporções alarmantes, que dependem, para sua solução, de um esforço hermenêutico interdisciplinar. A gestação por substituição passou a ser prática revestida de natureza contratual, envolvendo, em muitos casos, contraprestações pecuniárias para sua promoção. Um comércio globalizado de úteros de aluguel surgiu, determinando uma neoescravidão de mulheres em estado de hipossuficiência, cuja necessidade de sustento próprio e de suas famílias se sobrepõe a sua dignidade. Tal situação, apesar de ser mais evidente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento cuja legislação permita a realização de contratos onerosos da espécie, como a Índia<sup>4</sup>, não foge à realidade brasileira, onde não são raros anúncios de mulheres que se dispõem a suportar uma gravidez em troca de quantias em dinheiro.

A doutrina jurídica que trata da maternidade por substituição cuidou de determinar todas suas características e modalidades principais. Nota-se que tem sido realizado um trabalho reforçado na área da Bioética, que se propõe a solucionar problemas como da atribuição da filiação, do registro da criança e das situações em que a mãe sub-rogada se nega a entregar o bebê após o parto. Ao tratar o tema a partir dessas questões polêmicas, os autores acabam por posicionar-se a favor ou contra essa espécie de técnica reprodutiva, através de fundamentação argumentativa que se concentra na ponderação principiológica e no estudo das legislações dos

---

<sup>3</sup> Rodrigues, citando a obra "*A Família da Contemporaneidade*", de Maria Auxiliadora Minahim, aponta três possíveis causas para o apelo à técnica da gestação por sub-rogação. Segundo essa classificação, a mulher que idealizou o projeto filial seria impossibilitada para a produção de óvulos, mesmo tendo o útero saudável; ou poderia perfeitamente produzir óvulos, mas por não possuir útero ou por ter neste lesões graves não teria condições de levar a cabo uma gravidez; ou não teria a capacidade para produzir óvulos unida à ausência ou à deformidade severa no útero.

<sup>4</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2012.

Estados. Percebe-se, porém, que o estudo ainda é insuficiente, tendo em vista não congrega outras disciplinas essenciais à resolução de problemas que afetem à sociedade, dos quais pode-se destacar a filosofia. Assim, não foi encontrado nenhum intento de aplicar a alteridade como fundamentadora da ilicitude contratual dos acordos de aluguel de útero. E, sendo os negócios jurídicos instrumentos de natureza eminentemente relacional, é preciso estudá-los não apenas pelo âmbito ontológico dos eus contratantes, mas também e, principalmente, pelo âmbito da alteridade expressa pela figura do outro com o qual se negocia. Portanto, nada mais propício que realizar a leitura dos contratos de gestação por substituição a partir do pensamento filosófico de Emmanuel Lévinas, quem construiu uma ética da alteridade por meio de conceitos como o rosto, a responsabilidade, o desejo metafísico, a justiça e a liberdade.

Nesse sentido, o presente trabalho possui como objetivo geral o desenvolvimento da crítica levinasiana aos contratos de maternidade sub-rogada, demonstrando através dessa leitura a ilicitude do objeto contratual, tendo em vista que acarreta a materialização do homem. Para lograr êxito em tal empreitada, a pesquisa foi estruturada de forma a buscar, em um primeiro momento, a definição das características da prática e, após um escrutínio pela obra de Lévinas, estabelecer uma possível crítica à modalidade onerosa do negócio jurídico em monta diante da ética da alteridade.

A metodologia utilizada refletiu a estratégia usual do trabalho individual qualitativo/bibliográfico na pesquisa de Direito e Filosofia, através do contato direto com textos, elaboração de fichamentos e rascunhos de interpretação. A partir das leituras feitas com base tanto em obras originais, quanto de comentadores de Lévinas, além de artigos de juristas e de textos normativos, pretendeu-se desenvolver uma posição clara e uma tese, onde ficou destacado o papel da interdisciplinaridade e de um *ethos* de honestidade intelectual, articulando os problemas éticos e jurídicos trazidos pela contratação da gestação por substituição e apresentando uma solução harmônica à ética da alteridade levinasiana.

Assim, no primeiro capítulo buscou-se o estabelecimento do campo jurídico da gestação por substituição, identificando as nuances de suas espécies contratuais, suas modalidades de realização e sua tratativa por diversos ordenamentos. Procurou-se, também, conhecer as questões éticas que permeiam a maternidade por sub-rogação, definindo os limites traçados pelos doutrinadores da Bioética, para situar aquelas questões nesta disciplina ascendente. A questão jurídica também foi alvo de estudo, essencialmente com relação às correntes doutrinárias

favoráveis e contrárias ao negócio jurídico em comento. Como se irá perceber, o debate no âmbito jurídico concentrou-se na ponderação principiológica, tendo em vista a falta de densidade dos textos normativos referentes ao tema. Os juristas que apoiam a realização da maternidade sub-rogada em sua modalidade onerosa a justificam a partir da observância da autonomia das partes ao firmar o acordo, sem considerar a dignidade da mãe sub-rogada e da criança a ser gestada.

No segundo capítulo, intitulado “*O campo da alteridade como perspectiva fundamentadora*”, simetricamente ao campo da maternidade por outrem, formulou-se o campo filosófico da ética da alteridade levinasiana, fixando a importância do Outro na relação, que é autofundante e fundadora, e a responsabilidade que se impõe ao Eu ante a face daquele. Destarte, foi possível traçar um paralelo entre o solipsismo autônomo justificador da prática das conhecidas “barrigas de aluguel” e a alteridade heterônoma como fundamentadora das relações intersubjetivas, demonstrando como aquele deve ser preterido em nome desta para que não haja uma redução do Outro ao Mesmo e, em consequência, um desrespeito à dignidade da pessoa humana.

## 2. O CAMPO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

### 2.1. O ESTADO DA QUESTÃO

A doutrina que trata da maternidade por substituição, destacando-se a jurídica, cuidou de determinar todas as suas características e modalidades principais. Pode-se perceber que a temática, todavia, sofre algumas nuances de acordo com a origem dos pesquisadores e o modo como os diferentes ordenamentos jurídicos a disciplinam. Dessa forma, a denominação dada à prática não é unânime, sendo a mulher que suporta a gravidez para outrem chamada de mãe portadora, mãe de aluguel, sub-rogada ou de substituição. A última expressão, ainda que mais conhecida, é alvo de críticas<sup>5</sup>, pois a utilização do vocábulo “substituição” se demonstra ambígua no contexto examinado, não sendo possível determinar com clareza se faz referência ao modo da gestação ou à transferência do status jurídico da figura materna, bem como dos poderes dele decorrentes, após o nascimento. Criticável também é o uso do termo mãe para qualificar a gestante e maternidade para denominar a prática, afinal, juridicamente, o vínculo materno só é formado no momento do parto, quando passa a haver o exercício de fato dos poderes inerentes à função maternal. Beatriz Souto Galván, citando Pérez Monge, aponta ainda para a incorreção do termo “útero de aluguel”, afinal, a gestação é um conceito amplo e, justamente por essa razão, pressupõe que a portadora coloca à disposição para o cumprimento do acordo todo seu ser e não apenas um órgão do sistema reprodutor<sup>6</sup>. Assim, talvez as expressões que melhor definam a situação seriam gestação por outrem ou por sub-rogação, apesar de por vezes preteridas pela literatura especializada.

Silva e Lapa,<sup>7</sup> nesse ponto, distinguem a denominação de acordo com a técnica a ser adotada. Caso a mulher que irá gestar tenha doado seus óvulos para o propósito de concepção, será chamada mãe substituta; se, entretanto, apenas seu útero for utilizado, será chamada mãe de

---

<sup>5</sup> PINHEIRO, J. D. “Mãe Portadora: A problemática da maternidade de substituição”. In: Estudos de Direito da Bioética – Vol. II. ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). Edições Almedina: Coimbra, 2008. pp. 323-324.

<sup>6</sup> GALVÁN, Beatriz Souto. **Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho**. FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, núm. 1, Madrid, 2005, p. 277.

<sup>7</sup> SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão (Org.). **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

aluguel ou portadora, a depender da existência ou não de contraprestação. Neto<sup>8</sup>, por outro lado, aponta para as diferentes origens do óvulo através da menção aos vocábulos utilizados no direito francês: *genitrix* a referir-se à mãe biológica, aquela que transmitirá seus genes pela doação do gameta, e *gestatrix* àquela que levará a cabo a gestação. Nesta pesquisa serão utilizados os termos acima apresentados como sinônimos, de modo a facilitar a fluência textual, mas é preciso sempre considerar as incorreções e as imprecisões destacadas, para preservar o pensamento crítico acadêmico.

Em uma noção ampla<sup>9</sup>, que trata do fenômeno de *per si*, a gestação por outrem é vista como a situação na qual uma mulher irá gestar uma criança a ser entregue para outra mulher ou família após o nascimento. De outro lado, em uma noção mais restritiva, tem-se que ela se assenta no compromisso expresso entre intervenientes, isto é, em um contrato com cláusulas definidas, no qual figuram como partes<sup>10</sup> a mãe de gestação, portadora ou sub-rogada, que se propõe a passar pela gravidez, renunciando aos poderes da maternidade após o parto, e a mãe de recepção, receptora ou sub-rogante ou o casal comitente, para quem será entregue a criança, concomitantemente ao traslado da situação jurídica de mãe/pai e dos poderes maternos e paternos. Em geral, tal contrato, como os demais, passa por três fases, a saber, a negociação, a celebração e o cumprimento. Entretanto, no que tange à mãe sub-rogada, pode-se desdobrar o cumprimento em quatro subfases<sup>11</sup>: a da concepção ou implantação do embrião, conforme o método escolhido, a gravidez, o parto e a entrega da criança à mãe sub-rogante, juntamente com a transferência dos poderes concernentes à maternidade.

Ante as inovações das ciências médicas, as técnicas usadas para a gestação por substituição foram modificadas. Assim, abriu-se espaço para que diversas modalidades fossem praticadas, permitindo, por parte da doutrina, esforços classificatórios. O mestre português Jorge

---

<sup>8</sup> NETO, Francisco Vieira Lima. **Ciência da vida, os novos desafios. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>9</sup> PINHEIRO, *Op. Cit.*, pp. 326-327.

<sup>10</sup> Em geral, o homem participa do acordo através do mero consentimento, sendo o marido/companheiro da mãe de recepção aquele que manifesta vontade em assumir a paternidade jurídica da criança após o nascimento, enquanto o marido/companheiro da mãe de gestação assente em transladar seu poder familiar, reconhecendo a mãe e o pai de recepção como os detentores da situação jurídica materna e paterna após o parto.

<sup>11</sup> Essa divisão foi idealizada por Alicia Benedetta Faraoni, em seu artigo “*La maternità surrogata*”, que compôs a obra coletiva “**Il diritto delle relazioni affettive (Nuove responsabilità e nuovi danni)**”, direção de Paolo Cendon, vol. I, Pádua, CEDAM, 2005, pp. 644-645, conforme mencionado em PINHEIRO, *Op. Cit.*, p. 327.

Duarte Pinheiro<sup>12</sup> elenca quatro categorias contratuais, conforme a gravidez resulte de ato sexual ou procriação assistida, por exemplo, através dos métodos de inseminação artificial (intrauterina) ou fertilização in vitro – FIV (extrauterina); a titularidade do ovócito pertença à mãe de gestação, falando-se em gestação por substituição genérica, à mãe de recepção ou, ainda, à terceira pessoa, denominada mãe dadora, tendo-se nos dois últimos casos a chamada gestação por substituição puramente gestacional; a existência de contrapartida, podendo o contrato ser a título oneroso ou gratuito; e, finalmente, a ligação entre a mãe sub-rogada e a sub-rogante, que poderá ser estabelecida no seio familiar (intra-familiar) ou fora dele (extra-familiar). Representando a doutrina espanhola, Silvia Vilar González<sup>13</sup> se utiliza de apenas duas categorias, dividindo a gestação por substituição quanto às variantes gestacional, quando a mãe sub-rogada apenas será responsável por levar adiante a gestação iniciada pelo método da fecundação in vitro, sem, todavia, ter vínculos genéticos com a criança que irá nascer, e tradicional, quando a portadora, além de contribuir para a gravidez com o útero irá dispor de seus próprios gametas para a realização da inseminação artificial; destaca, além desta, a classificação quanto ao modo de celebração contratual, se produto de uma ação altruísta por parte da mãe de gestação ou, caso haja uma contraprestação envolvida, tratando-se do que a autora denominou “sub-rogação comercial”.

Nota-se que há uma similitude nas classificações, pois tratam, em um sentido mais amplo, das mesmas subdivisões, porém com diferentes denominações. Entretanto, percebe-se que há um maior destaque para aquela categoria que define a origem do material genético a ser utilizado para dar início à gravidez. Os estudiosos pátrios, nesse sentido, dão grande importância às particularidades da modalidade de gestação por substituição homóloga, praticada através do aproveitamento dos gametas do casal comitente, e da modalidade heteróloga, para a qual há participação de um terceiro que será doador total ou parcial do material genético a ser utilizado no procedimento de reprodução assistida. Outra classificação de suma relevância é aquela que define a modalidade contratual de acordo com seu caráter gratuito ou oneroso, sendo este o principal foco dessa pesquisa monográfica.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 327-328.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, Silvia Vilar. **Situación actual de la gestación por sustitución**. Revista de Derecho UNED, núm. 14, p. 897-931. Madrid, 2014. Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>>. Acesso em 30 de maio de 2015, pp. 901-902.

Pois bem, após determinar as principais variantes classificatórias-doutrinárias concernentes ao tema da gestação por outrem, é preciso delinear as características de um contrato do tipo. Cumpre ressaltar que as partes do acordo já foram minuciadas anteriormente, sendo compostas pela mãe de gestação ou sub-rogada, que poderá ser responsável por doar os ovócitos e gestar ou simplesmente suportar a gravidez, no caso da realização do implante artificial do embrião; a mãe de recepção ou sub-rogante, que em algumas situações poderá contribuir com o procedimento através da doação do ovócito; e, em certos casos, pela mãe dadora, quem irá doar os ovócitos para a realização da gestação. A participação masculina poderá subsumir-se ao mero consentimento ou assumir diversas proporções relativamente ao procedimento adotado para a fertilização. Isto porque o espermatozoide utilizado para a concepção poderá ser doado pelo marido/companheiro da mãe de gestação, pelo marido/companheiro da mãe receptora ou até mesmo por terceiro.

As obrigações contratuais serão definidas conforme a forma de constituição da gravidez, por ato sexual ou procriação assistida, as partes envolvidas e o estabelecimento ou não de contrapartida. Em geral, a mãe de gestação assumirá três obrigações principais: iniciar e completar a gravidez, entregar a criança após o nascimento e reconhecer a situação de maternidade jurídica em benefício da mãe de recepção. Além destas, poderá assumir deveres de comportamento durante a gravidez para garantir a saúde do feto, tais quais não fumar, não beber, não praticar atividades físicas de risco ou grande esforço. Uma das cláusulas do contrato poderá determinar que a mãe de recepção assumirá despesas dos procedimentos para a realização da procriação assistida, do pré-natal e do parto. Nas situações em que há celebração de contrato oneroso, a mãe sub-rogante deverá, ainda, pagar a contrapartida estipulada.

Relativamente ao objeto contratual, identifica-se uma das mais controversas questões da maternidade sub-rogada. Não há uma posição unânime sobre a licitude ou não desse aspecto do contrato. Ora, ao realizar um acordo de gestação de substituição, a mulher que irá passar pela gravidez estará cedendo seu corpo a fim de consumá-la, entregando a criança ao casal comitente após seu nascimento, seja mediante paga ou não.<sup>14</sup> A modalidade onerosa será analisada adiante, tendo em vista ser o tema deste trabalho.

---

<sup>14</sup> ALENCAR, Isabela Caldas Nunes de. **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Direito UNIFACS, n. 151, Salvador, 2013, p. 4. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2452>>.

Marcelo Otero destaca a particularidade do ato jurídico representado na contratação da gestação substituta, tendo em vista ser ele de fundo existencial e que, assim, teria sua validade atrelada aos quesitos de capacidade das partes, consentimento qualificado e interesse legítimo na realização do negócio jurídico. Todavia, segundo ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa<sup>15</sup>, todas as obrigações devem ser conversíveis em pecúnia, mesmo aquelas de cunho imaterial, cujo descumprimento dá azo à indenização. Nessa senda, afirma que “(...) a patrimonialidade é essencial na obrigação, porque o Direito não pode agir sobre realidades puramente abstratas. Uma obrigação e, com maior razão, um contrato, que não se possam resumir numa obrigação pecuniária, (...) ficarão no campo da Moral e não serão jurídicos.” (VENOSA, 2013, p. 465) Não é possível valorar uma vida em dinheiro, visto que altamente atentatório à dignidade da pessoa humana. Assim, mesmo o contrato de gestação por outrem celebrado de maneira altruísta pela mãe substituta seria inválido pela ilicitude do objeto contratual.

Dada a fragilidade acerca da obrigação e do objeto contratual, tendo em consideração tratar-se de uma vida a ser gerada e da carga emocional envolvida, as partes não devem negligenciar a estipulação de um termo de assentimento livre e esclarecido, cuidando-se para que o acordo esteja o mais detalhado possível, com as devidas explicações sobre as consequências da prática. Objetiva-se, dessa forma, que a gestação por substituição não seja realizada de maneira falha, com vícios de consentimento, para evitar conflitos entre as partes e assegurar o melhor interesse da criança. Ademais, deve-se ter em conta o interesse legítimo dos solicitantes, para que não haja um acordo estabelecido com base em mero capricho.

Quanto à natureza contratual não há um consentimento doutrinário. Parte da doutrina entende tratar-se de um contrato de alienação, seja por compra e venda ou doação, entretanto, tais espécies contratuais têm como objeto coisas. Ora, a celebração de acordos onerosos realmente pode levar à situação de surgimento de um comércio de bebês, sendo o foco deste trabalho, como dito anteriormente e como se verá com maior detalhamento em seguida, a demonstração da inadmissibilidade dessa espécie de mercantilização. Ademais, não seria possível falar-se em contrato de alienação porque neste a obrigação seria adimplida no momento de entrega da criança, enquanto nos acordos de gestação por outrem as obrigações são prévias ao nascimento, sendo assumidas desde o momento da concepção/implantação do embrião. Em sentido

---

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 465.

semelhante, não caberia classificar o acordo na modalidade de aluguel ou comodato, afinal, a obrigação ultrapassa os limites da simples utilização do útero. Nessa senda, converge-se para a classificação mais aceitável, aquela que identifica o contrato como sendo de prestação de serviços atípico ou *sui generis*, em razão de ser a obrigação principal um resultado decorrente do cumprimento das obrigações acessórias. De se destacar que, por outro lado, há os que negam<sup>16</sup> a possibilidade de revestir um acordo do tipo com a natureza contratual, visto serem os direitos à vida e à procriação indisponíveis, não podendo figurar como objeto contratual.

Sendo um tema controverso, a gestação por outrem é tratada de maneira distinta pelos diversos ordenamentos jurídicos. González<sup>17</sup> dispõe serem três as posições majoritárias a respeito da temática, havendo países em que é permitida a prática seja a título oneroso ou gratuito, tal qual alguns estados dos Estados Unidos, Rússia, Ucrânia, Índia e Armênia; outros nos quais são exigidos alguns requisitos, como a manifestação altruística da mãe portadora e/ou que existam problemas médicos incontornáveis que impeçam que a mãe receptora leve a cabo de per si uma gravidez, nessa situação se encontra a legislação de países como o Brasil, o Reino Unido, a Grécia, a África do Sul e o Canadá; e, por fim, aqueles Estados onde se proíbe toda e qualquer espécie de acordo que envolva a maternidade de substituição, enquadrando-se nessa categoria a maioria dos países europeus, tais quais Itália, Alemanha, Espanha, Hungria, entre outros, como alguns estados dos Estados Unidos, Hong Kong, Arábia Saudita e Paquistão. É certo que a maioria dos países possuem regulação do tema, tendo em vista sua notoriedade e recorrência nos debates éticos atuais. Não obstante, as discrepâncias normativas são igualmente evidentes, pois até mesmo entre aqueles ordenamentos que tendem para maiores liberalidades na formação de acordos de gestação sub-rogada não há uma homogeneidade em sua tratativa. Nessa senda, alguns países optam por flexibilizar os requisitos para a realização do contrato. Os textos normativos russos, por exemplo, permitem que os comitentes sejam um casal ou pessoas solteiras. Por outro lado, existem também regulamentos estatais que pendem para uma

---

<sup>16</sup> Denise Dayane Mathias Rodrigues, em artigo intitulado “Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos”, utiliza-se dos ensinamentos de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, na obra *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, para afirmar que não haverá contrato, mas sim um pacto de confiança entre as partes.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 903-904.

normatização mais rígida, caso da Índia<sup>18</sup>, onde apenas casais heterossexuais podem realizar a pretensão de contratar uma gestação por outrem, devendo observar, além disto, o requisito de serem casados por um período mínimo de dois anos.

No Brasil ainda há uma grande omissão legislativa<sup>19</sup> quando se trata da prática da gestação por substituição, não havendo uma norma federal específica que a discipline de maneira a sanar as dúvidas a respeito da realização de contratos do tipo. Havia disposição relativa ao tema na Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, aprovada para substituir a Resolução CFM nº 1.358/92 e revogada no ano de 2013 por outra Resolução CFM, a de nº 2.013. Este, porém, é um órgão atuante para a normatização e a fiscalização da atividade médica e seus textos resolutivos não são normas cogentes, mas apenas padrões éticos que pautam o exercício da medicina pelos profissionais da área. Assim, ante a ausência de previsão legal adequada, os juristas pátrios pautam-se pela utilização do texto da Resolução, pela analogia e pelos princípios gerais do Direito para a solução de conflitos envolvendo a maternidade sub-rogada.

A Resolução CFM nº 1.957/2010, publicada no DOU de 06 de janeiro de 2011, trazia uma Seção própria para o tratamento da gestação por substituição, destacando-se o fato de que esta gestação seria feita com os gametas doados pelos pais sub-rogantes, com a utilização de técnicas de reprodução assistida. No texto eram feitas algumas exigências para a realização de contratos da espécie, a saber: a existência de problema médico impeditivo ou contra-indicativo da gestação na doadora genética (mãe de recepção ou sub-rogante); que a mãe de gestação ou sub-rogada tivesse um parentesco de até 2º grau com a receptora, participando do núcleo familiar desta, ou que houvesse autorização do Conselho Regional de Medicina competente para os casos que fugissem à regra geral; que o contrato celebrado não possuísse caráter oneroso, não visando ao lucro, mas sim à realização de uma ação altruísta.

---

<sup>18</sup> Como se verá adiante, apesar de o ordenamento jurídico da Índia regular a maternidade por substituição de forma rígida, trata-se de um dos Estados onde a consequente mercantilização dos seres humanos através da prática se mostra mais evidente.

<sup>19</sup> O Senado Federal apresentou para apreciação o Projeto de Lei nº 1.184 de 2003, que dispõe sobre a Reprodução Assistida. De acordo com a redação proposta, o procedimento de gestação por substituição tornou-se conduta tipificada criminalmente, sendo aplicada a pena de reclusão, de um a três anos, e multa, para aquele que participar na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica. Pretende-se, com isto, proibir a prática da conhecida “barriga de aluguel”, seja a título oneroso ou gratuito. No ano de 2012, foi apresentado o requerimento nº 88 para a realização de audiência pública com o intuito de debater os contornos éticos e jurídicos da prática. Atualmente, PL nº 1.184/2003 foi aprovado no Senado e tramita na Câmara dos Deputados.

A supramencionada Resolução CFM teve seu texto integralmente revogado pela Resolução CFM nº 2.013/2013, publicada no DOU de 09 de maio de 2013, que adotou novas normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, tendo em vista os mais modernos avanços da biotecnologia e a nova qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar pelos julgamentos da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A Seção referente à gestação por substituição foi ampliada, sendo consignados novos requisitos para sua realização. Além do impedimento ou contraindicação da gestação para a doadora genética, permitiu-se a celebração contratual do tipo para os casos de união homoafetiva; passaram a ser admitidas doadoras temporárias de útero que pertençam a família de um dos parceiros em um parentesco consanguíneo até o 4º grau, sendo estabelecida a idade máxima de 50 anos para a mãe de gestação; foi mantido o caráter gratuito do negócio jurídico celebrado; algumas exigências foram feitas para as clínicas de reprodução, que devem zelar pela correta apresentação de determinados documentos pelos pacientes, como o Termo de Consentimento Informado assinado por todas as partes do acordo, relatório do perfil psicológico/emocional da mãe sub-rogada, garantia do registro civil da criança pelos pais genéticos (sub-rogantes), instrumento de aprovação assinado pelo cônjuge/companheiro da doadora temporária de útero, dentre outros, tudo para garantir a segurança do procedimento tanto para os pais comitentes como para a mãe substituta.

Nos Estados Unidos<sup>20</sup> não há uma uniformidade quanto ao tratamento da gestação por substituição, sendo a prática permitida em alguns estados e proibida em outros. Dentre os que admitem os acordos de aluguel de útero, a Califórnia, apesar de não possuir legislação específica, possui uma tradição jurisprudencial favorável à prática, sendo permitida até mesmo a modalidade onerosa. Em *Johnson v. Calvert*<sup>21</sup>, conhecido julgamento ocorrido no ano de 1993, foi prolatada decisão de cunho eminentemente liberal, pela qual sob as leis do estado da Califórnia os contratos de gestação sub-rogada realizados de comum acordo dariam aos pais comitentes a pátria potestade após o nascimento da criança. A lide surgiu após Mark e Crispina Calvert selarem acordo com Anna Johnson, para que esta gestasse o embrião criado a partir dos gametas do casal e, após o parto, cedesse os poderes materno-filiais para Crispina, recebendo, em contrapartida,

---

<sup>20</sup> Aqui serão aprofundados apenas os Estados que normatizam a gestação por substituição com um grau elevado de permissividade.

<sup>21</sup> Examinado por Alayna Ohs, no artigo **“The Power of Pregnancy: Examining Constitutional Rights in a Gestational Surrogacy Contract”**.

uma apólice de seguros e pagamento em pecúnia. A relação entre as partes, todavia, teria se deteriorado após chegar ao conhecimento dos pais contratantes que Anna sofreu diversos abortos e deu à luz bebês natimortos. Johnson sentiu que os Calvert não estariam lhe dando a devida assistência durante a gravidez, descumprindo sua parte no acordo. Por essa razão, enviou ao casal uma carta onde afirmava que não entregaria a criança caso não fosse auxiliada devidamente. O casal solicitante acionou a justiça, requerendo uma declaração de que seriam os pais da criança. Pela análise do caso, a Corte constatou que ambas as mulheres implicadas poderiam subsumir-se à qualificação de mãe natural, tendo em vista ter sido o ovócito proveniente de uma e a gestação ter sido em conta da outra. Para decidir a questão, a Corte aplicou o “Uniform Parentage Act”, ato legal que determinava a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, e, dessa forma, consignou que os poderes materno-filiais seriam de Crispina Calvert, com base em sua pretensão inicial de ser mãe. O acordo estabelecido foi recharacterizado, sendo então revestido como contrato de serviços.

A despeito do silêncio legislativo do estado da Califórnia e das limitações do caso Johnson v. Calvert, a lógica utilizada na solução deste foi adotada por outros estados, como New Hampshire e Virginia<sup>22</sup>. Ohs aponta como sendo o texto normativo mais completo no que tange à gestação por sub-rogação o chamado “Uniform Status of Children of Assisted Conception Act”. Esse documento, embora menos liberal que a jurisprudência californiana, permite a contratação da gestação por substituição ante uma restrita regulamentação, tendo como quesitos para sua validade: a mãe desejante deve ter algum problema físico que a torne incapacitada para gestar ou alguma condição que contraindique a gravidez; deve ser realizado um estudo sobre a vida do casal solicitante e da mãe substituta; esta deve ter tido ao menos uma gravidez e um parto precedentes; todas as partes do acordo devem receber aconselhamento psicológico, médico e jurídico; um contrato do tipo não deve limitar o poder decisório da mãe sub-rogada sobre sua saúde e a do feto. Demonstra-se, assim, que o ato se preocupa tanto com o cumprimento dos direitos das partes contratantes, como com o melhor interesse da criança. Caso os requisitos não sejam cumpridos, tem-se por nulo o contrato.

Como exemplo de países em que a prática da gestação sub-rogada é proibida, tem-se a Espanha, onde será declarado nulo qualquer acordo do tipo. Dessarte, será outorgada a figura jurídica de mãe à portadora, podendo a mãe desejante valer-se da via da adoção após o

---

<sup>22</sup> OHS, *Op. Cit.*, p. 346.

nascimento para que obtenha o poder familiar, nos casos em que os gametas utilizados na técnica forem seus e/ou de seu cônjuge/companheiro. Nesses casos, não será exigida proposta prévia de entidade pública para que ocorra o processo de adoção, nos termos do art. 176.2 do Código Civil espanhol. Note-se, portanto, que o ordenamento jurídico espanhol trata da filiação materna pelo princípio do *mater semper certa est*. Segundo o artigo 10 da Lei Espanhola nº 35/1988, primeiro texto normativo a tratar da utilização das técnicas de reprodução assistida no país, tem-se que:

**“Artículo 10**

1. Será nulo de pleno Derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.” (ESPANHA, 1988)

Para a elaboração do texto legal, foi formada uma Comissão de médicos, biólogos, juristas e filósofos, denominada de “Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas” ou “Comisión Palácios”. A partir dessa Comissão, criou-se um informe que continha as opiniões dos diversos especialistas a respeito da gestação por substituição, dando fundamentação ao dispositivo legal da Lei nº 35/1988 e fazendo as seguintes recomendações: a) que a gestação por substituição fosse proibida sob toda circunstância, o que restou de fato consignado na legislação espanhola; b) que os participantes dessa prática fossem sancionados penalmente; c) que sofressem coerção, também, os centros e clínicas que realizassem técnicas envoltas na maternidade sub-rogada. Dessa forma, a Comissão Palácios rechaçou a gestação de substituição, dando amparo para o tratamento legal do tema, além de determinar que seria inadmissível com base em:

“(…) razones éticas al considerarse que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. También, porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización”. (COMISIÓN PALÁCIOS *apud* GALVÁN, 2005, p. 280)

A Lei nº 35/1988 foi substituída pela Lei nº 14/2006, hoje vigente. O dispositivo que determinou a nulidade dos contratos de gestação por substituição, entretanto, não sofreu modificações. Conforme redação do art. 24.2 da nova lei, as infrações às disposições concernentes à reprodução humana assistida serão devidamente sancionadas com as medidas administrativas, civis, penais e outras cabíveis. As sanções penais para os participantes das técnicas de gestação por substituição estão estabelecidas nos artigos 220 a 222 do Código Penal Espanhol, podendo variar da pena privativa de liberdade à declaração de inaptidão para o exercício da pátria potestade.

Tal proibição, todavia, vai de encontro às normas de registro civil espanholas, que permitem a inscrição de filiação de crianças nascidas pela técnica da gestação por outrem no estrangeiro em prol dos pais comitentes, desde que ao menos um dos solicitantes seja espanhol e exista uma autorização do órgão judicial competente, obtida pela observação do melhor interesse da criança e do livre consentimento informado da gestante<sup>23</sup>. Os juristas espanhóis, representados por Quiñones Escámez<sup>24</sup>, aplicando a disposição do art. 12.3 e 12.4 do Código Civil Espanhol, afirmam que ao adotar o entendimento esposado pelas normas de registro civil, que aceitam a gestação por substituição realizada em outro país que a admita, se estaria cometendo uma fraude a normas espanholas de ordem pública, tal qual a Lei de Reprodução Assistida (Lei nº 14/2006).

Como visto, devido à atualidade das inovações médico-científicas que gravitam em torno da reprodução humana, este é um tema corrente no seio acadêmico. Relativamente à gestação por substituição, controvérsias quanto à filiação, ao arrependimento quanto ao acordo realizado, seja pela mãe substituta ou pelo casal comitente, aos problemas emocionais causados pelo envolvimento com a prática, tanto pelas partes do negócio jurídico celebrado, quanto pela futura criança, foram suscitadas pela doutrina especializada, mas ainda se encontram sem solução. Não é de interesse dessa pesquisa, entretanto, trabalhar para a resolução de todos os imbróglis ocasionados pela maternidade sub-rogada, mas sim enfrentar a problemática da admissibilidade dos contratos de natureza onerosa, ou seja, daqueles para os quais há uma cláusula estabelecendo que a gestação será retribuída com uma contraprestação pecuniária. No Brasil, como visto, não há uma norma cogente para regulamentar a contratação das chamadas barrigas de aluguel. A falta de legislação que determine uma coerção para a prática faz com que fique em aberto a situação da

---

<sup>23</sup> Cf. Instrução de 05/10/2010 da Direção Geral dos Registros e Notariados. In: GONZÁLEZ, *Op. Cit.*, pp. 910-911.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 912.

possibilidade de contratação onerosa. Essa modalidade, todavia, é admitida expressamente em outros países, criando um mercado de gestações que gera no cenário médico mundial uma crise ética de grandes proporções.

## 2.2. A ADMISSIBILIDADE DOS CONTRATOS ONEROSOS DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO SOB OS PONTOS DE VISTA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

As temáticas relacionadas à Bioética e ao Biodireito tornam-se essenciais no contexto de desenvolvimento biotecnológico em que se encontra a civilização. Entretanto, como visto, esses avanços não são acompanhados de maneira ideal pelos legisladores. A gestação por substituição é prática reiterada e tem gerado polêmica tanto na esfera doutrinária pátria, como na global, considerando-se as diversas posições tomadas a seu respeito. A omissão normativa gera a necessidade de uma atividade hermenêutica intensa, que deve visar essencialmente à proteção da pessoa. Nesse sentido, demonstra-se a necessidade de uma análise da admissibilidade da técnica em interface com a ética, pois o estudo interdisciplinar sobre a temática em questão é fundamental para a resolução de impasses jurídicos que a envolvam, principalmente quanto aos efeitos de objetivação do homem dela ocasionados.

Antes de adentrar ao estudo da solução Bioética para a problemática aqui tratada, é preciso fazer algumas considerações a respeito da fundamentação da Bioética. Durant<sup>25</sup>, ao referir-se a tal fundamentação, aponta para três correntes majoritárias. Para a primeira, não caberia falar em uma fundamentação da Bioética, já que esta atuaria de maneira pragmática na resolução das controvérsias advindas da tecnociência. Uma segunda corrente adota teorias éticas que justificam e fundamentam a ética e, por consequência, a Bioética. Não há um consenso quanto ao número e as modalidades dessas teorias, visto serem numerosas e conformes à formação filosófica de cada autor. Assim, Paul Ricoeur e Anne Fagot-Largeault apontam para duas raízes das teorias éticas, a teleológica e a deontológica; a "Encyclopédie thématique universelle" de Bordas refere-se a sete teorias: morais do bem, do interesse e do prazer, do querer, da tradição, do sentimento, positivistas e científicas e da realização de si; já Durant sintetiza as teorias em cinco correntes, a saber: "ontológica, deontológica, utilitarista, axiológica,

---

<sup>25</sup> DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos**. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. 3ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010. Capítulo seis.

personalista" (DURANT, 2010, p. 274). A última corrente se localiza em posição intermediária às anteriores. De um lado, reconhece a importância da fundamentação para uma análise não relativizada da Bioética. De outro, evita a discordância das tradicionais teorias éticas. Destarte, localiza na pessoa humana e em seus desdobramentos, tais quais a vida, a dignidade e o corpo humano, o ponto de partida para o estudo ético dos avanços tecnocientíficos.

Aqui, impende destacar a importância da fundamentação tanto da Bioética quanto do Biodireito. É certo que a concepção intermediária é aceitável, já que exalta a humanidade da pessoa pelas representações de sua dignidade e, conseqüentemente, do respeito que lhe é direcionado. Todavia, nesta pesquisa se verá adiante a forte necessidade de compatibilizá-la a uma teoria ética que sirva ao propósito da ortopraxia de alguns problemas gerados pelo desenvolvimento tecnológico das ciências médicas e biológicas, como o da gestação por substituição onerosa. Para isto, destacar-se-á a teoria ética da alteridade formulada em termos levinasianos, pois:

"A pessoa humana suscita o conceito de dignidade: dignidade da própria pessoa, dignidade do corpo humano, inclusive do cadáver, dignidade do embrião e dos tecidos humanos. A dignidade é assim um atributo, uma qualidade da pessoa e de seus derivados. No plano ético, essa dignidade suscita o respeito. Como as palavras mais simples, é difícil explicar o que ele é: não prejudicar, não explorar etc. **Melhor que isso: ter consideração pelo outro, ter estima, reconhecê-lo realmente como outro**, outro idêntico a mim, igual a mim, portador da mesma humanidade, da mesma dignidade que eu." (DURAND, 2010, p. 308, destaques não presentes no original.)

Feitas essas considerações iniciais, importante destacar que o campo da Bioética enquanto disciplina<sup>26</sup> baseada na junção do estudo dos saberes biológicos e dos valores humanos tomou forma na década de 1970, após ser mencionado pela primeira vez no artigo "*Bioethics, The Science of Survival*", de Van Rensselaer Potter<sup>27</sup>. Apesar da recente formalização da matéria, trata-se de um ramo que mistura o antigo, utilizando referências de suas antecessoras, a ética médica e de enfermagem, a ética filosófica e a ética teológica, e o novo, no estudo dos avanços

<sup>26</sup> Durand aponta para a controvérsia envolvendo o uso do termo "disciplina" para definir a Bioética. Para Guy Bourgeault não poderia ser assim denominada, por tratar-se de um campo multi ou interdisciplinar. Todavia, seu uso não é errôneo, pois é preciso considerar que possui as características de uma esfera de estudo disciplinar, ainda que renovado, como a existência de um *corpus* de estudo próprio, de pesquisadores especializados, de uma natureza voltada à Ética e de uma metodologia particular, a saber, a que congrega o estudo interdisciplinar ou em rede.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 19.

técnico-científicos<sup>28</sup>. A análise ética proporcionada por esse campo de estudo enfoca-se em uma tríade composta pelos fatos, pelas balizas éticas, como as regras, os princípios e os valores, e as crenças do pesquisador, sejam científicas, metafísicas ou teológicas.

Ao analisar com minúcia as particularidades do surgimento da bioética, Guy Durand aponta fatores externos e internos que influíram diretamente para o desenvolvimento da disciplina. Assim, seriam fatores externos imediatos, diretamente vinculados à evolução cultural: o desenvolvimento tecnocientífico, gerador de um medo dos excessos e, conseqüentemente, de um desejo de controle e reflexão; a ascensão dos direitos individuais, influenciando no questionamento à autoridade e no destaque à autodeterminação; as mutações na relação médico-paciente, pois com o aumento da especialização passou a existir uma participação de atores variados e a desumanização dos tratamentos (extinção da figura do médico de família), levando, dessa forma, à reivindicação da autodeterminação/liberdade de escolha; e, finalmente, os pluralismos social e moral, que ocasionaram a busca por uma nova ética. Por outro lado, estariam os fatores internos imediatos, aqueles advindos da evolução heterogênea da ciência e dos escândalos dela ocasionados.

Nesse contexto, a gestação por substituição é uma prática com configurações diversas e que gera problemas morais de grande porte, principalmente quando envolve uma contraprestação pecuniária. Um dos casos mais conhecidos e que trouxe a barriga de aluguel para o círculo de discussões acadêmicas foi o do Bebê M. Em fevereiro do ano de 1985, o casal William e Elizabeth Stern firmavam um contrato de gestação sub-rogada com Mary Beth Whitehead. Elizabeth poderia colocar em risco sua vida ao submeter-se à gravidez, em razão de ser acometida por esclerose múltipla e, para alcançar o sonho de formar uma família com seu marido, recorreu à técnica, oferecendo pela gravidez o montante de dez mil dólares mais despesas médicas. Mary Beth, a mãe de gestação, submeteu-se ao processo de inseminação artificial, realizado com o esperma de William, e comprometeu-se a entregar a criança após o nascimento, renunciando aos seus direitos maternos em favor de Elizabeth. Após o parto, todavia, a mãe sub-rogada recusou-se a entregar a menina a quem dera à luz. A partir de então uma batalha judicial começou a ser travada para aferir se o acordo era ou não válido e, conseqüentemente, a

---

<sup>28</sup> Segundo Durand, para Paul Ricouer a reflexão ético-filosófica se articula ao redor do binômio tradição-inovação, devendo ser preservada a fidelidade ao passado, sem obstar a audácia do novo, expresso pelo processo criativo. Na verdade, o surgimento da disciplina Bioética deu-se em razão de um resgate dos estudos previamente consolidados em humanidades, em um estudo interdisciplinarmente adequado ao desenvolvimento exponencial do saber científico. In: DURAND, Op. Cit., pp. 19-22.

determinação do vínculo filial. Propõe-se, pois, uma leitura de casos como o do Bebê M. diante das diferentes concepções e dos fundamentos da Bioética. Para isto, é preciso ter em conta algumas características da Bioética, que a tornam distinta de outras disciplinas que lhe deram origem, como a deontologia médica<sup>29</sup>. A Bioética procura atribuir legitimidade moral a algumas práticas realizadas como produto de novas técnicas de pesquisa e tratamento e formas de lidar com os processos biológicos tais quais a vida e a morte, fazendo-o de modo interdisciplinar, secular, pluralista, aberto, global e sistêmico.

A abordagem clássica da Bioética surgiu nos Estados Unidos da América através dos textos elaborados pela Comissão Nacional Americana, dos quais se destaca o *Belmont Report*, de 1978, e pelo *Kennedy Institute of Ethics*, de 1971, sendo a corrente mais conhecida chamada de principialismo. De acordo com essa concepção, conforme os ensinamentos de Durand, a Bioética é constituída de princípios que auxiliam na solução de dilemas biomédicos, a saber, autonomia, beneficência, não-maleficência, justiça e confidencialidade. Tais princípios, todavia, não interessam por sua legitimação, mas sim funcionam como enunciados a pautar a atuação dos profissionais de saúde. Em razão de não formarem uma teoria bioética, os corolários do principialismo acarretam um pragmatismo ético, pois são aplicados mecanicamente.

Sob a lógica principialista, a análise da conformidade ética presente nos contratos onerosos de gestação por substituição seria realizada pela aferição da observância dos princípios, o que não é tarefa fácil, pois note-se que há margens para a formação de diversas percepções a respeito de cada um deles. Da perspectiva da autonomia, observa-se uma aceitação doutrinária da prática, pois ao realizar o contrato as partes estariam manifestando sua vontade; em outro ângulo, percebe-se que nem sempre a autonomia da mãe de gestação é plena, pois dentre as razões que incluem sua aceitação em relação à gravidez estão as necessidades financeiras, que compelem muitas mulheres a sujeitarem seu corpo em troca de quantias em dinheiro, fazendo com que a escolha não seja realmente livre. Ademais, aponta Sandel<sup>30</sup> para um argumento desmistificador dos defensores da autonomia: ao concordar com os termos do aluguel do útero, a mãe sub-rogada não estaria realizando um ato verdadeiramente voluntário, pois não está, nesse momento, ciente de todas as implicações futuras de sua manifestação, não podendo antecipar, por exemplo, quão fortes serão os laços criados com a criança.

---

<sup>29</sup> Deontologia, aqui, utilizada em seu emprego mais frequente, que se refere ao que Durand denomina de “conjunto de regras e deveres próprios do exercício de uma profissão”.

<sup>30</sup> SANDEL, *Op. Cit.*, pp. 121-122.

Ante o princípio da beneficência/não maleficência também podem ser observadas interpretações múltiplas. Por um lado, pode-se afirmar que o quesito da benevolência seria cumprido nos contratos de barriga de aluguel, já que as duas partes estariam recebendo algo, os comitentes, o filho desejado, e a gestante sub-rogada, o montante em pecúnia. De outro lado, percebe-se que a beneficência seria aparente, não real, no sentido acima exposto de que muitas mulheres são compelidas a se submeter a tais procedimentos por necessidades maiores. Assim, estaria descumprido o requisito da não maleficência, já que essa mulher que suporta uma gravidez e após entrega o bebê para outrem pode sofrer sequelas emocionais incontornáveis, bem como a própria criança.

Quanto à justiça, tampouco há uma resposta unânime. Sandel aponta as duas teorias da justiça que justificariam a aceitação de um contrato da espécie. A primeira, o libertarismo, validaria o acordo por cumprir com o quesito da liberdade de escolha, que deverá ser respeitada. A segunda, o utilitarismo, determina que há justiça no cumprimento do contrato sob o argumento de que, se houve acordo entre as partes, significa que elas tirarão algum benefício de sua efetivação, isto é, ele será “mutuamente vantajoso”<sup>31</sup>, e, portanto, promoverá o bem-estar geral. A justificativa proporcionada pela teoria libertarista é um fácil alvo de críticas, afinal, deve haver uma análise profunda das circunstâncias sob as quais a vontade foi emanada. No caso em tela, como visto, por vezes o consentimento da mãe de gestação é viciado, sendo dado ante a pressão da necessidade e não seria razoável denomina-lo de vontade livre, sendo sua justiça maculada. Da mesma forma, restou demonstrado que as aparentes vantagens dispostas nas cláusulas contratuais podem servir ao propósito de maquiar uma prática degradante tanto para a gestante, quanto para a criança, vulneráveis a sofrer danos irreparáveis por não serem valorizadas como pessoas merecedoras de amor e cuidado, mas como meras mercadorias ou, nas palavras da filósofa moral Elizabeth Anderson<sup>32</sup>, como “instrumento de lucro”.

Finalmente, no que diz respeito à confidencialidade, mesmo sendo uma cláusula explícita no instrumento de contrato, muito se fala nos textos bioéticos ser um direito do homem o conhecimento de sua origem biológica. Direito este que seria maculado se a mãe de gestação fosse impedida de ter contato com a criança. Outro problema surgiria caso a mulher que gestou e pariu o bebê se recusasse a manter-se dele afastada. Eticamente, tendo em vista a força do

---

<sup>31</sup> SANDEL, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 123.

vínculo formado na gravidez entre feto e gestante, seria justificável uma quebra na confidencialidade.

Cumprido ressaltar, então, que o método pragmático do princípalismo não é suficiente para a análise da admissibilidade de um contrato de útero de aluguel. Mesmo que existam estudiosos que se filiam à ideia de que essa espécie contratual cumpre todos os princípios éticos pertinentes, em se tratando de obrigações que envolvem a vida e o ser humano, não bastaria a afirmação de aplicabilidade do princípio ao fato para justificá-lo eticamente. Essa crítica à concepção bioética clássica é contundente e, por tal motivo, foram realizadas algumas reinterpretações e elaboradas novas concepções<sup>33</sup>, que poderiam oferecer melhores instrumentos para a análise da prática, visto envolverem uma maior preocupação pelo lado humano dos problemas levantados pela Bioética. Uma destas, a ética da virtude, buscou interpretar as relações biomédicas e advindas dos avanços biotecnológicos a partir das dimensões espirituais, voluntárias, afetivas, sociais e religiosas entre as partes, sendo influenciada, principalmente na França, pelo pensamento de Paul Ricoeur.<sup>34</sup> Outra, a corrente feminista, baseia-se na chamada ética do cuidado de outrem, elaborada pela filósofa da educação Nel Noddings, como parâmetro de questionamento das estruturas do poder masculino e da exploração da mulher nos procedimentos adotados no meio biomédico. Há, ainda, a corrente casuística, representada por Albert R. Jonsen e Stephan Toulmin, que dispensa uma dura crítica à insensibilidade do princípalismo, destacando a importância de uma leitura do caso concreto preocupada com o aspecto individual e com as circunstâncias, sem que a carga ética seja dosada a partir de um princípio absoluto. Há de se ter em mente a fundamentação principiológica, para que não se reduza a uma interpretação ética relativista.

Todavia, a abordagem norte-americana não se subsume meramente ao princípalismo ou corrente canônica. Trata-se, antes de tudo, de uma hermenêutica de fato estruturada em princípios e regras, porém voltada para uma visão mais crítica e questionadora, não limitativa e voltada ao simples pragmatismo. No ano de 1974, ocorreu a criação da *National Commission for the Protection of Human Subjects*, cujos trabalhos deram origem a seis relatórios, sintetizados pelo *Belmont Report*, em 1978. A partir dos estudos realizados pela Comissão, chegou-se a um consenso do que seriam três os princípios primordiais da ética de pesquisa, quais sejam: o

<sup>33</sup> DURAND, *Op. Cit.*, pp. 55–57.

<sup>34</sup> O pensamento de Paul Ricoeur, em especial aquele voltado para a ética do *souci*, será aprofundado no próximo capítulo, dedicado ao estabelecimento da possível crítica levinasiana aos contratos onerosos de gestação por outrem.

respeito pelas pessoas, que se desdobra no dever de respeito aos indivíduos enquanto agentes autônomos e na proteção daqueles cuja autonomia é menor ou deficiente; a beneficência, representada num ato que não prejudique as pessoas de forma geral, que aumente as vantagens ao máximo possível e minimize os inconvenientes; e a justiça, pela qual deve haver uma divisão equitativa dos inconvenientes e dos benefícios entre os agentes envolvidos. É perceptível que a atribuição de significação aos princípios e a preocupação com o ser humano, segundo consignada no *Belmont Report*, possibilitam uma análise ética mais profunda da aplicação das técnicas biomédicas, não implicando no mesmo erro do principlismo. Assim, a interpretação da gestação por outrem onerosa poderia ser realizada a partir de um paradigma mais específico, no sentido de serem evitadas as duplas interpretações. É nesse sentido que a prática seria atentatória ao respeito pelas pessoas, pois não estaria protegendo a autonomia da parte contratual hipossuficiente, cuja ação foi realizada em razão da necessidade; a beneficência tampouco estaria garantida, pois os danos causados pela materialização do corpo humano não seriam evitados; e, conseqüentemente, a justiça não estaria sendo promovida, tendo em vista que os ônus a serem suportados pela gestante não poderiam ser “compensados” pela contrapartida em pecúnia.

Não há, entretanto, um consenso sobre os princípios que comporiam o núcleo duro da Bioética, conforme menciona Durand<sup>35</sup>. Alguns autores suprimem o princípio da justiça, enquanto outros acrescentam a não-maleficência e a confidencialidade, a exemplo da corrente canônica. A crítica também pode ser estruturada no reducionismo do princípio do respeito às pessoas, em razão de este tratar apenas da autonomia, que seria apenas um dos componentes da dignidade humana. Estudiosos da monta de Daniel Callahan apontam que a Bioética deve ampliar seu campo de fundamentação, utilizando-se de múltiplos valores e direitos individuais, o que, para o filósofo Lucien Sève corresponderia à incorporação de todos os princípios morais e éticos. Percebe-se, de forma geral, que o estudo bioético atual, em realidade, abarca uma multiplicidade de princípios e valores, buscando sempre a proteção da pessoa humana através da dignidade humana, da solidariedade, da autodeterminação, da equidade, da imparcialidade, da não-discriminação, da não-comercialização do corpo humano, do respeito e da proteção à qualidade de vida, do respeito aos vínculos familiares e à origem genética. E, por meio de uma interpretação baseada nessa multiplicidade principiológica, que considere a fundamentação dos princípios e sua aplicação pautada pela razoabilidade, não a mera subsunção do fato como no pragmatismo

---

<sup>35</sup> DURAND, *Op. Cit.*, pp. 146-147.

princípioalista norte-americano, pode-se chegar à inadmissibilidade bioética dos contratos onerosos de gestação por substituição, tendo em vista seu efeito de objetivação do homem e a quebra da relacionalidade em razão do desrespeito aos laços afetivos.

No tocante à tradição bioética da Europa latina, Durand aponta para o fato de que, apesar de comungar certos conceitos trazidos das correntes norte-americanas, existem algumas particularidades que merecem atenção. A princípio, é necessário destacar que a ética européia, baseada no racionalismo filosófico em sua essencialidade, é primordialmente deontológica, trabalhando com princípios absolutos que moldam a moral. Ao contrário dos estudiosos norte-americanos, que concentram o cerne da bioética no binômio autonomia/beneficência, vê-se na Europa continental uma tendência a priorizar o binômio não-maleficência/justiça. O princípio da não-maleficência seria tido como absoluto e não a contrapartida do princípio da beneficência. Por outro lado, a justiça não seria compensatória, mas sim equitativa, buscando tratar a todos igualmente. Observa-se que há uma preocupação centrada no humano, em detrimento dos direitos individuais de autonomia e autodeterminação. Utilizando-se do pensamento do espanhol Diego Gracia Guillen, Durand<sup>36</sup> consigna o fato de que apesar de prezar por uma ética dos direitos e dos deveres, não se pode abandonar a ética da virtude, mas sim congrega ambas na busca de uma ética máxima. A bioética européia, com destaque para a francesa, pende para a aplicação de princípios protetores da pessoa, tais quais a inviolabilidade. Assim, evita-se a prática da autonomia representada em termos de liberdade arbitrária e autodestrutiva<sup>37</sup>, como a que se tem na prática da barriga de aluguel. Percebe-se que, ao realizá-la, a mãe de gestação, que agiria sob os termos dessa liberdade arbitrária, estaria atuando contra sua própria humanidade e diminuindo-se ao status de coisa.

O CCNE (Comité Consultatif National d'Ethique) foi responsável, na França, pela elaboração de diversos pareceres, sob clara influência da moral kantiana na formulação de princípios, onde se demonstra a vital preocupação com o respeito à pessoa humana e a sua dignidade, ou melhor, sua humanidade. O princípio da humanidade<sup>38</sup> teria cinco balizas fundamentadoras: o respeito à liberdade do outro, considerado por seu valor intrínseco, que o torna distinto de objetos; o respeito à alteridade, reconhecendo a identidade do outro; a rejeição à coisificação do corpo humano; a proteção à diversidade genética; e a preservação da humanidade

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>37</sup> Suzanne Rameix, citada por DURAND, Op. Cit., pp. 232-233.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 242-243.

futura. Ora, conforme se verá, a instrumentalização da humanidade ocasionada pela gestação por substituição onerosa feriria o princípio da humanidade, principalmente em relação às suas três primeiras balizas. Ao firmar um acordo com outrem cujo objeto seria a utilização do corpo e da função reprodutiva deste em troca de uma contraprestação pecuniária, claramente o comitente estaria a desconsiderar a alteridade da mãe de gestação que a torna uma pessoa provida de valores absolutos intrínsecos, como a liberdade e a identidade, incidindo em sua equiparação às coisas comerciáveis.

Dessa forma, pode-se concluir que, apesar de utilizar os mesmos conceitos apresentados pelas correntes bioéticas anglo-saxônicas, em especial a norte-americana, as concepções adotadas na Europa latina mostram-se mais aptas a formular uma crítica a respeito da prática onerosa da maternidade sub-rogada. Ao optar por uma perspectiva deontológica e fenomenológica pautada pelo kantismo, os estudiosos europeus demonstram pender para a proteção dos direitos e dos deveres inerentes ao homem, distanciando-se do utilitarismo representado pelos pensadores ingleses e americanos. Enquanto a doutrina europeia busca a formulação de uma teoria ética para a resolução dos problemas ocasionados pelos avanços da tecnologia médica, a anglo-saxônica não se posiciona, tomando uma atitude imparcial que impende para o relativismo, conforme constatado por Durand<sup>39</sup>. Por tal motivo, filia-se, aqui, à abordagem latina, visto ser a pessoa e sua humanidade merecedores de máxima proteção.

Deve-se ter em mente que os avanços tecnológicos e científicos, como bem apontado por Berlinguer e Garrafa<sup>40</sup>, não devem ser vistos como maléficos ao ponto de desencorajar novas descobertas que possam melhorar a qualidade e/ou aumentar a expectativa de vida das pessoas. Todavia, isto não implica na adoção de uma Bioética justificativa, voltada para a aceitação de que tudo aquilo que é real enquadra-se nos limites da moralidade, não importando sua racionalidade. É de extrema necessidade, isto sim, construir uma visão crítica que proteja o ser humano, permitindo que a ciência se desenvolva apenas para seu benefício e não viole seus direitos fundamentais e sua alteridade.

A Bioética é matéria que busca trazer uma normatização moral para os comportamentos advindos das práticas médicas realizadas à luz das inovações tecnológicas atuais. Nesse sentido, tem-se que a Bioética é uma tentativa de reaproximação do normativo com o descritivo. Assim,

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>40</sup> In: BERLINGUER; GARRAFA, *Op. Cit.*, p. 147

“(...) um fato jamais é normativo em si mesmo; para tornar-se normativo, é preciso que ocorra um julgamento de valor.” (DURAND, 2010, p. 127) Essas normas, todavia, não possuem caráter cogente, diferenciando-se, pois, das normas de Direito, apesar de as duas modalidades estabelecerem um ideal de comportamento e terem por base preceitos éticos. É certo que a Bioética possui um caráter de processo de regulação, porém diferencia-se do Direito do ponto de vista de não criar leis, mas sim normas diretivas, orientações sociais, além de referir-se a objetos mais amplos.<sup>41</sup> Os problemas éticos advindos da nova realidade biotecnológica, assim, passaram a ser enfrentados pela ótica conjugada da Bioética e do Biodireito – âmbito de normatização jurídica em que se preocupa precipuamente com a regulamentação da pesquisa e da aplicação das novas técnicas biomédicas de modo a garantir, coercitivamente, a proteção à integridade da pessoa, preenchendo as lacunas dos diversos ordenamentos jurídicos.

Como se percebeu da análise feita na Seção 2.1 desta pesquisa, os textos legislativos que tratam da gestação por substituição são escassos não só no Brasil, como no mundo, fato criador de diversos problemas que envolvem a técnica e que, por isso, a tornam duvidosa. Por essa razão, os doutrinadores do Direito se utilizam de princípios gerais constitucionais para admitir/rechaçar o acordo oneroso de maternidade sub-rogada. A Constituição representa o valor normativo supremo de um ordenamento jurídico, sendo a representação dos valores políticos e morais sociais, e, no momento atual, onde se observa a ascensão do movimento neoconstitucionalista, o Texto Maior subordina os poderes que são por ele constituídos, de forma a garantir mecanismos jurisdicionais para o controle de constitucionalidade. Através da supremacia constitucional observa-se a criação de direitos fundamentais autoaplicáveis<sup>42</sup> e princípios, caracterizados como mandados de otimização, que devem pautar as relações jurídicas. Nesse sentido, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.” (BRANCO, 2011, p. 62)

---

<sup>41</sup> DURAND, *Op. Cit.*, p. 103.

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

Ora, sendo os princípios enunciados de conteúdo aberto, isto é, não definido, podem, por vezes, colidirem entre si, bem como os direitos fundamentais. Assim, entram em ação os legisladores e juízes, que devem pautar-se pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, para solução desses conflitos. O emprego da leitura feita com base nesse princípio geral do direito é essencial para que nenhuma garantia constitucional tida como de valor absoluto e supremo liquide outra garantia de valor análogo. Todavia, como se perceberá a partir de agora, a colisão de direitos individuais observada na prática onerosa da maternidade sub-rogada tem sua solução idealizada a partir das convicções dos estudiosos, se pendentes à proteção da autonomia ou da dignidade da pessoa, em detrimento, portanto, da proporcionalidade requerida no exame de situações envolvendo tão grandiosos valores.

Nota-se que não há, na doutrina jurídica, suficiente tratativa a respeito dos contratos de gestação por outrem nos quais é prevista uma contrapartida econômica para a mãe portadora. Em geral, os posicionamentos são elaborados com base em uma visão ampla da prática, sem distinguir entre a modalidade gratuita e a onerosa. Tendo isto em conta, cumpre estabelecer, em um primeiro plano, as alegações favoráveis à maternidade sub-rogada. A mestre Flávia Alessandra Naves Silva aponta, em seu artigo “Gestação por substituição: direito a ter um filho”, argumentos que demonstram ser a técnica um modo de efetivação do direito ao livre planejamento familiar. O desejo a constituir uma prole seria direito do casal ou pessoa que, seja por motivos físicos ou ideológicos, não pode gestar. Haveria, portanto, uma proteção ao projeto materno-filial, representado pela contemplação constitucional da autonomia para o planejamento familiar, sendo o exercício desta um dos aspectos da dignidade da pessoa humana. A autora cita, ainda, o pensamento do constitucionalista Alexandre de Moraes, para quem o respeito à dignidade da pessoa humana seria uma das acepções do direito à vida.<sup>43</sup> Por esse ponto de vista, seria dever estatal criar instrumentos jurídicos, bem como medidas públicas, que permitissem às mulheres e/ou aos casais desejantes ou encomendantes apoio institucional suficiente para a efetivação de seu projeto familiar. Sendo a decisão de perseguir um plano procriacional parte componente do foro íntimo do casal, a não restrição do Estado nesse projeto garantiria, ainda, o direito à inviolabilidade da intimidade, configurando-se como injusta e injurídica uma possível interferência limitativa à liberdade de construção de uma linhagem hereditária descendente.

---

<sup>43</sup> SILVA, Flávia Alessandra Naves. **Gestação por substituição: direito a ter um filho**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - UNG, v. 1, n. 1, p. 50-67. Guarulhos, 2011. Disponível em <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasociais/article/viewFile/914/894>>. p. 56.

Na mesma senda, Marcelo Truzzi Otero<sup>44</sup> trata da gestação por substituição como modo de efetivação de um projeto parental ético, consciente, responsável, enfim, uma prática que considera o aspecto socioafetivo da filiação. Otero afirma ser a gestação por outrem um direito da personalidade, tendo em conta a projeção da autodeterminação proporcionada pela realização de um desejo pessoal de constituir família através de um projeto parental. A autodeterminação estaria, por sua vez, implícita na efetivação da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, cita Wagner Mota Alves de Souza, quem assevera que:

“(...) a mudança do eixo valorativo do nosso ordenamento no que tange as relações familiares deu uma prevalência superior aos interesses de seus membros quando confrontados com os interesses da instituição (ou melhor, quando confrontados com os interesses de certos grupos sociais – com forte inspiração religiosa – que definem o que deve ser a família). Nesse sentido, a procriação acaba por se revelar uma própria extensão ou projeção da personalidade (direito à vida, ao nome, à imagem, à saúde, à liberdade, inclusive, sexual) estaria contido o direito à procriação (ou descendência), entendido este como uma capacidade de autodeterminação da mulher, do homem ou do casal quanto à constituição, aumento ou limitação do número de filhos que desejam ter.” (SOUZA *apud* OTERO, S.N.T.)

Ainda segundo os ensinamentos de Otero, o direito de formar família, expresso no artigo XVI, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, deveria ser assegurado pelo Estado, por meio da garantia à liberdade de opção e de instrumentos educacionais e científicos para sua realização, sendo estas garantias proporcionadas, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, § 7º e pela Lei nº 9.263/96 em seu art. 9º. Por essa razão, o contrato onde se expressa a vontade de ter filhos pelos desejantes e, de outro lado, a autonomia em gestar para outrem pela portadora seria válido e eficaz à luz do Direito.

Otero inicia, então, a análise de teorias que são favoráveis à modalidade onerosa da gestação substituta, como, por exemplo, a da doutrinadora Laura Dutra de Abreu, para quem a prática não implica na criação de um mercado de crianças, mas sim da capacidade reprodutiva da mulher, não sendo este fator suficiente para determinar a invalidade contratual, pois esta ocorreria apenas nos casos em que houvesse um risco palpável à saúde da gestante. No que diz respeito ao suposto vício de consentimento presente na manifestação da gestante, a posição favorável à

---

<sup>44</sup> OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação de barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. Sem página.** S.N.T. Disponível em: <[http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft\\_word\\_contratosgestacionais\\_27\\_01\\_2010.pdf](http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf)>.

gestação sub-rogada onerosa entende não ser uma regra geral, visto ser o consentimento livre, informado e emitido por pessoa capaz um dos requisitos essenciais à validade contratual. Destarte, não estaria configurada a exploração às mulheres hipossuficientes, problema da esfera social e não jurídica. Da mesma maneira, não haveria uma instrumentalização da criança, pois o seu interesse estaria preconizado ao ser recebido por uma família que a desejou por tanto tempo e que se propôs a ocupar o papel materno e/ou paterno. Declarar o contrato como inválido seria um desrespeito à boa-fé contratual e à segurança jurídica, num típico caso de *venire contra factum proprium*.

Apesar de tratar a gestação por substituição como um direito da personalidade, o mestre Marcelo Otero não isenta a prática de críticas, afinal, nenhum direito é absoluto. Tendo isto em consideração, aponta falhas na argumentação supramencionada daqueles que defendem irrestritamente a modalidade onerosa. Isto porque, embora admita a contraprestação pecuniária no caso de observância e prevalência do melhor interesse da criança, demonstra que no caso de inadimplência de uma das partes haverá um grande potencial instrumentalizador da gestante e do recém-nascido. Parafraseando Otero, é preciso considerar a característica de bilateralidade dos contratos patrimoniais que os torna correspectivos ou sinalagmáticos. O inadimplemento de uma das partes gerará uma discussão de cunho econômico em torno das cláusulas contratuais, tendo em vista sua correspectividade, como nas situações de desacordo relativo à contraprestação acordada ou ao descumprimento de deveres por parte da gestante. É inadmissível a aplicação de uma lógica sinalagmática aos contratos que claramente envolvem objetos de natureza existencial, pois, como ensina Rose Melo Vencelau Meireles, citada por Otero, “(...) subordinar a disposição existencial a contraprestação submete a autonomia privada nas situações existenciais a uma lógica de mercado, de troca, de equivalência, o que é vedado.” (MEIRELES *apud* OTERO, S.N.T). O contrato que vai de encontro a essa vedação, correspondente à proibição de valorar econômico-quantitativamente um corpo, seria, portanto, nulo.

Por entender que a lógica objetivante do homem estaria presente em todos os contratos onerosos que tenham por objeto órgãos do corpo humano, filia-se aqui às correntes que rechaçam a realização de todos os negócios jurídicos onerosos cujo objeto seja a gestação, considerando-o inválido. Ora, a doutrina civilista clássica identifica três planos de determinação de um contrato

perfeito, pela utilização da chamada “escada ponteana”<sup>45</sup>. A plena realização de um negócio jurídico dependeria, portanto, da adequação aos planos da existência, correspondente à estruturação; da validade, pelo qual se examinaria sua aptidão para a geração de efeitos concretos a partir da harmonização frente ao ordenamento jurídico; e da eficácia, que determina sua capacidade de produzir efeitos jurídicos de imediato ou sua subordinação a determinados elementos acidentais.

Relativamente ao contrato oneroso de gestação por substituição, percebe-se um problema que inquina sua validade, impedindo-o de ser considerado apto a gerar os efeitos desejados. Isto porque um de seus componentes não pode ser tido como conforme ao ordenamento jurídico, a saber, o objeto contratual, que não será lícito, visto envolver um aspecto existencial não majorável quantitativamente, representado pela cessão do útero para a gestação, bem como a própria vida a ser gerada. Deve-se ter em mente, para a análise da ilicitude do objeto contratual em monta, não meras questões de legalidade, mas também aspectos que atentem à ordem moral e à ordem pública, como bem aponta Marcos Bernardes de Mello<sup>46</sup>.

No Brasil, a doutrina contrária à “barriga de aluguel”, encabeçada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Maria Berenice Dias, utiliza-se de uma concepção mais protecionista à pessoa para fundamentar sua argumentação. Assim, seriam inválidos contratos nessa modalidade, tendo em vista serem contrários a princípios e regras constitucionais insertos no Texto Maior de 1988, como a inviolabilidade do direito à vida, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e a proibição à comercialização do corpo (art. 199, § 4º c/c art. 1º da Lei nº 9.434/1997, estes aplicados por analogia). Nessa senda, a solução do conflito através do princípio da proporcionalidade demonstra que a prática representaria uma clara violação ao ordenamento jurídico pátrio, bem como aos tratados internacionais, que dispõem, em uma clara aplicação do personalismo ético kantiano e sua consideração do ser humano como fim em si mesmo, uma proibição à valoração monetária do corpo e de suas partes. Segundo Karl Larenz, citado por Lima:

---

<sup>45</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos. Vol. 4.** 4ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2014. pp. 64-66.

<sup>46</sup> ALENCAR, Isadora Caldas Nunes de. **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Direito UNIFACS, n. 151, Salvador, 2013. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2452>>. Acesso em 15 de maio de 2015. p. 03.

“El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es “persona” en sentido ético, un valor en sí mismo – no simplemente como medio para los fines de otros – y, en este sentido, una “dignidad”. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por el como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo.” (LARENZ *apud* LIMA, 2011/2012, p. 163)

A coisificação do homem ocasionada pela gestação sub-rogada paga é factual, pois estaria havendo uma mensuração econômica a partir do útero cedido pela mãe portadora e do bebê a ser entregue após o nascimento, atentatória ao princípio da dignidade humana. Apesar de ser este um conceito de difícil definição apriorística<sup>47</sup>, a partir de uma contemplação da filosofia de Immanuel Kant e de Günther Dürig, pode-se concluir que seria a dignidade um valor absoluto e intrínseco ao ser humano, valor este não relativizável como o das coisas, sob pena da descaracterização do homem enquanto sujeito de direito. Segundo ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>48</sup>, há uma ofensa, em especial, à figura da mulher, que tem seu corpo instrumentalizado como organismo reprodutor.

De considerar-se o fato de que o direito ao corpo, componente direto da integridade física, está entre o rol dos direitos de personalidade e seria considerado *res extra commercium*, não passível de apropriação ou alienação. É certo que está assegurado ao indivíduo o direito ao livre planejamento familiar, porém, como visto, a prática da maternidade sub-rogada ofende outros princípios constitucionais, causando-lhes danos proporcionalmente maiores. Ao negligenciar a dignidade humana, tornando pessoas bens economicamente mensuráveis, coisas disponíveis a comercialização, se estaria aproximando perigosamente a uma espécie de neoescravidão<sup>49</sup>. Pode-se argumentar que a questão transitaria em torno do respeito à autodeterminação e à autonomia contratual das partes envolvida no negócio jurídico. Todavia, esse tipo de pensamento abriria

<sup>47</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “O valor do corpo e as leis de mercado” In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106/107, jan./dez. 2011/2012. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67942/70550>>. pp.161-162.

<sup>48</sup> Citada por SILVA, Jana Maria Brito; e HOLANDA, Caroline Sátiro de. **Aspectos polêmicos sobre a gestação de substituição**. Trabalho apresentado como resultado de pesquisa de Projeto de Iniciação Científica para a Faculdade Sete de Setembro. Fortaleza, 2009. Disponível em <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicosobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicosobreagestacao.pdf)> pp.7.

<sup>49</sup> Termo utilizado em RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos**. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA, Salvador, 2008. Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise\\_dayane\\_mathias\\_rodrigues.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf)>. p. 410.

espaço para a desconsideração da integridade física, psicológica e moral da gestante, que muitas vezes é impelida a dispor de seu corpo em razão de dificuldades financeiras, bem como ao bebê, que em razão do trauma de crescer com a carga de ter sido “encomendado” poderia não ter suas potencialidades e aptidões plenamente concretizadas. Sobre tais efeitos nocivos aos quais será exposta a criança, manifesta-se Beatriz Souto Galván:

“La relación entre la madre y el hijo se deforma por el fenómeno de la subrogación. En ese convenio una mujer permite deliberadamente quedarse embarazada con la intención de abandonar el niño al que dé nacimiento. Esta situación resulta potencialmente nociva para el niño, cuyos lazos con la madre gestante se consideran muy sólidos y cuyo bienestar se estima de la máxima importancia. El acuerdo por subrogación es degradante para el niño ya que, a todos los efectos prácticos, el niño habrá sido intercambiado por dinero.” (GALVÁN, 2005, p. 280)

A liberdade para estabelecer planos familiares não pode ser confundida com um direito subjetivo a ter filhos, pois é inadmissível para o Direito contemporâneo, como bem aponta Vidal Martínez<sup>50</sup>, que um ser humano seja convertido em objeto do direito subjetivo de outrem. Ainda com referência à efetivação da liberdade, mesmo que haja uma aceitação voluntária pela mãe substituta, sua manifestação não desqualificará o ato atentatório a sua dignidade. De acordo com Judith Martins Costa<sup>51</sup>, a personalidade humana é irredutível à esfera patrimonial, tendo em vista figurar como “valor fonte” do ordenamento jurídico. A dignidade, intrínseca à dita personalidade, é infringida pelo processo de mercantilização humana. Essa violação deve ser resguardada juridicamente e, no caso específico das barrigas de aluguel, deve haver a cominação da nulidade aos contratos onerosos estabelecidos nessa senda. Importante ressaltar que, aqui, a invalidade do negócio levaria a sua nulidade e não à mera anulabilidade, porque há uma violação de interesses públicos e, ante este cenário, não se poderia admitir a produção de efeitos ou a convalescência dos vícios com o passar do tempo.

<sup>50</sup> In GALVÁN, Op. Cit., p. 290.

<sup>51</sup> COSTA, Judith Martins. **Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito.** In: “Estudos de Direito da Bioética” – vol. II. José de Oliveira Ascensão (Coord.). Edições Almedina: Coimbra, 2008, pp. 99-100.

Em muitos contratos onerosos percebe-se violações ainda mais graves ao status de sujeito de direito da gestante. Nesse sentido, Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa<sup>52</sup> trazem como exemplo a situação das baby brokers nos Estados Unidos, estudada por Andrew Kimbrell. A prática, que consiste na catalogação de mulheres dispostas a vender o uso de seu aparelho reprodutivo, é realizada de forma degradante. As mães portadoras são submetidas a inúmeros procedimentos de inseminação, recebem doses hormonais cavalares e ficam à mercê das vontades dos comitentes, que podem até mesmo determinar a realização de abortos quando perderem interesse no projeto filial. Outra manifestação de violação de direitos humanos decorrente da maternidade sub-rogada onerosa consiste na efetivação da eugenia pela escolha das características da criança a ser gerada com a ajuda dos avanços biotecnológicos da geração contemporânea. Há, nesse fato, uma clara demonstração da intolerância humana em relação ao diferente e em busca de uma suposta “perfeição” que causou atrocidades anteriormente, como a realização de experiências com prisioneiros de guerra nos campos de concentração nazistas.

Em razão de tudo que fora até aqui exposto a respeito do campo da gestação por substituição, pode-se perceber que o Estado é responsável por proporcionar aos indivíduos ferramentas para o exercício consciente da maternidade e da paternidade. Existem limites ao direito de livre constituição familiar, não devendo ser efetivado de maneira egoísta<sup>53</sup>. Assim, caberá interpretar a gestação como ato sensível que é, dando enfoque aos sentimentos e necessidades das partes envolvidas e da criança que virá a se formar e nascer. Não pode a mulher que irá gestar ser objeto de paga, um meio para alcançar o fim almejado pelos comitentes e, de outro lado, a criança ser resultado de uma atividade, o que representaria uma clara afronta à ordem jurídico-constitucional e a um de seus mais importantes pilares, a dignidade humana.

A busca pela realização do desejo de continuar a linhagem familiar através dos filhos, nos casos em que há um apelo às barrigas de aluguel, objetivam a função reprodutora feminina, em uma conseqüência semelhante àquela criada com o comércio de órgãos para transplante. Nesse sentido, Berlinguer e Garrafa demonstram que, apesar de tais práticas gerarem, em um primeiro momento, certa “repugnância” dos médicos e demais profissionais de saúde, dos intermediadores do negócio jurídico e dos agentes estatais, com o tempo a ética profissional torna-se mais

---

<sup>52</sup> BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. Tradução de Isabel Regina Augusto. Editora Universidade de Brasília: Brasília, 1996. p. 30.

<sup>53</sup> PINHEIRO, Op. Cit., pp. 334-337.

maleável à aceitação de acordos que tem como objeto partes ou funções do corpo humano. Essa aquiescência foi alimentada por justificativas econômico-funcionais e morais, como: as transformações do mercado, que passou a ser visto como corolário da liberdade por estar presente em todos os aspectos da atividade humana, inclusive na corporeidade; a aceitação da desigualdade entre diversos grupos sociais, que incentivam a parcela hipossuficiente à venda de seus atributos físicos sob argumentos de beneficência; a idolatria aos avanços tecnológicos, que passaram a justificar prioridades de investimento financeiro e vital ao campo, em detrimento de fatores morais. Entretanto, a suposta liberdade proporcionada pelos movimentos mercadológicos não pode se sobrepor à liberdade ínsita à consciência moral; as desigualdades sociais não devem ser camufladas, mas sim contornadas com medidas que promovam a verdadeira igualdade e justiça sociais; e a tecnologia não pode ser usada como justificativa para todos os atos humanos, devendo ser respeitada a integridade do homem, tanto moral quanto física, por meio de estudos científicos mais sustentáveis e que não despersonalizem os indivíduos.

A partir dessas considerações cabe elucidar o desfecho do caso do Bebê M, que anteriormente restara em aberto. Pois bem, a batalha judicial pelo exercício do poder familiar se prolongou por anos e várias foram as decisões contraditórias proferidas antes de seu trânsito em julgado. A última instância de julgamento da ação se deu na corte suprema de Nova Jersey, a qual decidiu pela ilegalidade do acordo estabelecido entre a mãe portadora, Mary Beth Whitehead, e os comitentes, o casal Stern. Para fundamentar o *decisum*, a corte esclareceu que o contrato poderia ser considerado como uma situação de “venda de crianças” e, assim, a gestante foi reconhecida como mãe do bebê, ficando amparada ante o medo da quebra do profundo vínculo criado na gravidez com a filha. A solução dada ao caso "Baby M.", entretanto, não é unânime e em algumas situações há uma tutela ao processo de comercialização humana ocasionado pela gestação por substituição onerosa. Tendo isto em vista, é preciso delimitar novas fundamentações para seu rechaço, utilizando os conhecimentos éticos e filosóficos de maneira a conferir uma maior proteção à pessoa.

### 3. O CAMPO DA ALTERIDADE COMO PERSPECTIVA FUNDAMENTADORA

Até agora, a presente pesquisa procurou delimitar o campo da gestação por substituição e, em especial quanto a sua modalidade onerosa, estabelecer sua rede com as disciplinas da Bioética e do Direito/Biodireito. Ora, restou consignado que não há um posicionamento unânime quanto à admissibilidade dos contratos de “barriga de aluguel”, porém sua rejeição torna-se evidenciada em um contexto constitucional que preze pela dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, pela não mercantilização do homem. A ausência de normatização suficiente para dirimir as contradições sobre o tema demonstra uma certa debilidade em relação ao que Berlinguer e Garrafa chamaram de “humanidade política”. É preciso uma regulação estrita não para frear os avanços tecnológicos das ciências biomédicas, mas sim para que se elimine o mercado humano em ascensão.

Infelizmente, não raras são as situações em que a prática reiterada dessa modalidade gestacional levou a um comércio humano de bebês e de úteros. É o caso analisado por Sandel em sua obra *Justiça: o que é fazer a coisa certa*<sup>54</sup>, referente à exploração econômica da prática ocasionada por sua permissão e pelos baixos custos na Índia. Sandel afirma que, se por um lado, a realização de um acordo oneroso de barriga de aluguel custaria aos comitentes em torno de 75 a 80 mil dólares nos Estados Unidos, no país asiático todo o procedimento, partindo da fertilização até o parto, com todas as despesas de deslocamento e hospedagem dos desejantes, sairia pela “bagatela” de 25 mil dólares, dos quais apenas 4.500 dólares seriam pagos em termos de contraprestação à mãe gestacional. Este fator, somado à disponibilidade das mulheres indianas, por falta de melhores perspectivas para o provimento econômico de suas famílias, ocasionou um verdadeiro procedimento de terceirização, semelhante ao ocorrido com os *call centers*. Tal tendência, apesar de ser justificada em termos utilitaristas de contribuição ao “bem-estar geral”, não fica, de maneira alguma, isenta de questionamentos ético-morais.

Nesse diapasão, destaca-se a necessidade de uma análise interdisciplinar que resolva a questão de modo a privilegiar a dignidade da pessoa humana, o que inclui um estudo ético acurado. Guy Durand<sup>55</sup> aponta para quatro facetas da exigência ética, quais sejam, a universabilidade representada no eu, no outro e nos outros; o respeito ao curto e ao longo prazo e, conseqüentemente, ao futuro da humanidade; a solução a ser seguida, dentre a desejável/ideal e a

---

<sup>54</sup> SANDEL, *Op. Cit.*, pp. 125-128.

<sup>55</sup> DURAND, *Op. Cit.*, pp. 109-110.

possível; e a ação externa e a atitude interior de cada indivíduo. Para tratar da maternidade subrogada, a partir de então, será realizada uma investigação a partir de um dos pontos éticos centrais, componente da universabilidade, a saber, o outro. E, aqui, nada mais indicado que o estudo seja realizado através da utilização do marco teórico da ética da alteridade do filósofo lituano Emmanuel Lévinas, grande expoente da filosofia ética do século XX.

### 3.1. A POSIÇÃO DE EMMANUEL LÉVINAS

O Século XX trouxe à civilização grandes avanços científicos e tecnológicos. Todavia, esse desenvolvimento não foi apenas utilizado para o bem comum, mas, ao contrário, foi um dos fatores determinantes do processo de desumanização e totalização do homem, que tornou tal período da História um dos mais nefastos. Pode-se inferir, ademais, que tal fenômeno foi fundamentalmente influenciado pelas correntes do pensamento ontológico, onde o eu figura como elemento central, sendo a consciência causa primeira da filosofia, e preocupando-se essencialmente com a compreensão do ser, em detrimento dos “entes”, da natureza, de tudo o que está “fora” da consciência e que, portanto, é para ela mero objeto de identificação. Nessa senda, destaca-se a obra do lituano Emmanuel Lévinas como uma virada filosófica, que impende para o afastamento da busca da compreensão do ser e seu sentido ou do pensamento enquanto pensar, isto é, da transcendência, ocasionando a busca pela justificação ética do ser e tornando-a, assim, a filosofia primeira.

Criado na tradição judaica e sendo este um dos pilares de sua filosofia, Lévinas sofreu os percalços da Segunda Guerra Mundial. Foi em sua passagem por um campo nazista de trabalhos forçados que escreveu grande parte de uma de suas principais obras, “De l’Existence à l’Existant”, publicada no ano de 1947, onde utilizou-se da figura da escuridão noturna e da insônia para caracterizar o *Il y a* ou a existência desprovida de sentido, a consciência despersonalizada do existente, que é privado de sua própria subjetividade, sem possibilidades de poder-ser, de realizar-se enquanto substância.

Apesar da crise do pensamento ocidental destacada por esta primeira fase do pensamento levinasiano, demonstra-se que a *epoché* deve ser aplicada à fenomenologia husserliana como “genuíno esforço racional de entendimento” (ROCHA, 2008, p. 36), pois através da iluminação torna-se questão, enquanto na penumbra da noite tem-se um estado pré-originário, no qual o ser no “há” se desvela como a ausência de perspectiva, pleno, porém mais negativo que a própria

negação. Em aproximação a Heidegger, Lévinas pressupõe a condição do ser como existência transitável no mundo, no entanto, explicita um aspecto do ser, o *Il y a*, onde falta o sentido. A existência esvaziada de significação, ou seja, que não pressupõe o existente, implica na redução do indivíduo ao universal, na totalidade que reduz qualquer Outro, que não o Ser, ao Mesmo. A saída do *Il y a* consiste, destarte, em uma obrigação, pois o mundo apenas conservará uma significação repleta de sentido se realizar a saída da totalidade, o que se permite através da recepção do Outro. O existente surge a partir da constatação de que pela sensibilidade para o mundo, para o que está “fora” do Eu, há a absorção de uma alteridade que vem, todavia, de “dentro”, posto ser a relação autofundante e fundadora.

Lévinas objetiva, portanto, ultrapassar a busca racionalista por uma “inteligibilidade transparente”<sup>56</sup>, que desconsidera as particularidades dos indivíduos, reduzindo-os, ou melhor, totalizando-os em uma massa anônima. A violência na redução do Outro ao Mesmo é tão evidente que se transmite pela face da guerra, a pura totalidade. Os homens passam, então, a buscar seu sentido nessa totalidade, instrumentalizando-se, na expressão do próprio filósofo, a meros “portadores de formas que os comandam”<sup>57</sup>. No prefácio à obra “Totalidade e Infinito”, Lévinas identifica o mal causado pela guerra permanente do homem contra o homem. Nesse status, os indivíduos perpetuam uma visão ontológica que, todavia, não permite a verdadeira compreensão do ser e da justiça. Na guerra suspende-se a moral, pois ela é feita através da política, contrária à moral, que articula meios de vitória. Percebe-se a clara influência do ambiente social em que viveu o filósofo. Lévinas sofreu todos os males de uma guerra que encontrava fundamentação filosófico-ideológica na ontologia heideggeriana e, por essa razão, articulou seu pensamento por meio de críticas ferozes a essa teoria.

A metafísica ocidental, construída em bases racionalistas, manifestou-se através da “ontologia do poder”, que consiste exatamente no processo de totalização, de redução das singularidades à uniformidade. Isto ocorre tanto através da epistemologia, em razão da adequação do conhecimento à realidade, quanto do princípio metafísico da diferença, que fornece instrumentos para o conhecimento daquilo que não se coloca claramente ao saber, o que, por conseqüência, leva também o incompreendido à uniformização. O Eu, ao submeter a realidade a

---

<sup>56</sup> HUTCHENS, B. C. **Compreender Lévinas**. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 30.

<sup>57</sup> LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 11.

esse processo de conhecimento totalizante, estabelece seu poder sobre ela, mesmo que dela se afaste, em manifestação de uma suposta autonomia auto-suficiente. Ao realizar esse movimento reducionista, todavia, o Eu acaba por totalizar-se também, fulminando sua própria individualidade. Esse processo de totalização se torna tão evidente que até mesmo o ser de Deus é limitado em sua grandeza absoluta, passando a figurar como um “ser entre os seres”<sup>58</sup>.

O Eu, ponto de entrada da relação, é constituído por sua identidade. Nesse sentido o Eu dá a si o conteúdo do pensar e se surpreende com sua profundidade, deparando-se com um outro que o compõe. A interpelação direta e pessoal desse outro é que cria a identidade do Eu, todavia, este observa nessa alteridade encontrada pelo movimento do pensar uma completude consigo que o torna o Mesmo. O Mesmo é identificado pelo puro egoísmo, não por uma tautologia vazia, “Eu sou Eu”, ou por uma oposição dialética entre o Eu e o Outro<sup>59</sup>. O racionalismo exercido em tais termos não seria suficiente para solucionar os enigmas da condição humana, pois esta está intrinsecamente subordinada a elementos não inteligíveis e que, portanto, não podem ser reduzidos a um Mesmo. O absolutamente Outro, ente metafísico, não pode ter sua alteridade reduzida a uma forma, sendo aqui feita uma analogia ao Mundo das Ideias platônico<sup>60</sup>. Assim, como acima assinalado, chega-se à figura do Outro e ao ponto principal do pensamento levinasiano: a busca por uma “Ética da ética”, a ser pautada pela interpelação do inteligível – o Outro – e pela responsabilidade que se coloca ao Eu diante desse desconhecido.

O Outro, que nunca esteve totalmente ausente do pensamento ocidental, mas ocupava um espaço marginal em relação ao Eu e colateral aos sistemas filosóficos, passa, assim, a compor a centralidade do pensamento levinasiano, dando ensejo à criação de uma ética da alteridade, a partir da qual se pensa o ser da pessoa, da sociedade e da cultura. A relação estabelecida entre o Eu e o Outro é assimétrica, sendo este interlocutor, nunca reduzido ao Mesmo. Lévinas suprime a ideia moderna da essência puramente racional e autônoma do Eu, visto que ele só existe enquanto

---

<sup>58</sup> HUTCHENS, *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>59</sup> Lévinas, ao tratar da questão da identidade do Eu, aponta as nuances da fenomenologia de Hegel, segundo a qual a consciência de si é atingida pela distinção do que não é distinto. O Mesmo seria, assim, dotado de universalidade, pois identificável na alteridade dos objetos. Hegel trabalha essencialmente com a tautologia “Eu sou Eu”, a qual Lévinas rechaça. Deve-se destacar, nessa senda, o pensamento de outro idealista, Friedrich Schelling, para quem o Eu absoluto, posto pela liberdade e incondicionado, é a identidade absoluta entre o Eu e o não-Eu. Assim como a oposição entre Eu e o Outro representaria no pensamento levinasiano uma manifestação da totalidade, a identidade da qual se compõe a noção do Eu absoluto é inadmissível, pois reduz o Outro (não-Eu) ao Mesmo. LÉVINAS, *Op. Cit.*, pp. 24-26.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 26.

subjetividade histórica e, portanto, a partir do Outro. Constitui-se, pois, uma relação de dependência do Eu em relação ao Outro, que não se reduz ao aspecto existencial, abrangendo também o metafísico, visto não poder ser exaurido em uma categorização ou em um saber. O Outro não é simples animal racional, não é redutível ao “nós” heideggeriano ou à exterioridade ameaçadora e à ausência radical caracterizada pelo existencialismo de Sartre, mas sim imagem de Deus e, por tal razão, é absoluto.

O Outro é visto como representação do Infinito, pois através dele o Eu pode chegar à transcendência, sendo o Infinito algo além do pensamento que o pensa. Assim, à diferença do *cogito* cartesiano, Lévinas não correlaciona o Infinito ao saber, estando ele, ao contrário, aquém dos limites da cognição<sup>61</sup>. Infere-se, portanto, que o Outro não pode ser compreendido integralmente pelo Eu, indo além das capacidades de pensamento deste. Assim, para aproximar-se do Infinito, o Eu deve exercer sua subjetividade na hospitalidade ao Outro, o que ocorre pela assunção da responsabilidade. Esse acercamento ao que está além do pensamento, ao absolutamente Outro, exprime o mais alto nível de experiência do indivíduo, que passa a estabelecer uma relação com o Infinito. A *infinição* se apresenta ao Eu, revelando-se para este pela face de outrem. Não há, portanto, uma apropriação do Infinito, este não pode ser reduzido ao Mesmo. Importante destacar, ainda, que o Infinito não é prévio a sua revelação, surgindo com e através dela.

O Outro, que é Outrem e não se identifica comigo, me interpela, através de seu rosto, exige de mim uma resposta pela qual sou ilimitada e unicamente responsável, determinando uma sujeição que não advém da lei em primeiro lugar, mas da alteridade que não se subsume à individualidade, mas vai além, determinando a identidade absoluta de uma pessoa. O Outro totalizado, reduzido ao Mesmo, dá lugar ao Outro absoluto levinasiano, através do qual provém um imperativo que obriga a resposta do Eu, sendo este o conteúdo essencial da ética da alteridade. Aqui, percebe-se que o relacionamento entre Eu e o Outro se dá de forma “anárquica”<sup>62</sup>, isto é, não advém da consciência de si enquanto princípio ideal ou *arché*.

---

<sup>61</sup> TORRES, Shirley Lucindo. **Responsabilidade, Proximidade, Sensibilidade: A intersubjetividade ética em Emmanuel Lévinas**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Juiz de Fora para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Juiz de Fora: UFJF, 1998. p. 10.

<sup>62</sup> O termo foi utilizado pelo professor Edvaldo Antonio de Melo em um artigo intitulado “Provocações sobre a liberdade em Levinas”, publicado na revista “Inconoidentia”, revista eletrônica de Filosofia da Faculdade Arquidiocesana de Mariana.

Ao acolher o Outro, o Eu deixa de ocupar sua posição de soberano, a qual antes mantinha como detentor do conhecimento e da verdade. A relação estabelecida dessa maneira é desinteressada, pois o Eu não tende a buscar benefícios em relação ao Outro de maneira egoísta, ao contrário, passa a ser *pelo e para* o Outro. Nessa relação, o Outro oferece o mundo através de sua linguagem, não de uma forma meramente verbal, mas sim por expressões de comando face-a-face<sup>63</sup>. A alteridade, enquanto dimensão do ser, não pode ser reduzida a um conceito teórico. Ela existe pelo contato com o rosto do Outro, que demonstra sua singularidade humana e sua fragilidade. O rosto (*visage*)<sup>64</sup> não é um fenômeno nos termos husserlianos, mas a representação da absoluta exterioridade do Outro. O Outro levinasiano é “absolutamente Outro” com relação ao Eu e a suas presunções, porém sua alteridade não é absoluta relativamente a tudo, pois o Outro absoluto só poderia ser Deus. O Outro interpela o Eu, exigindo que por ele se torne responsável. Segundo Hutchens, o Outro “(...) comanda o eu a comandar-se a si próprio, a exercer seus poderes totalmente em nome do outro. Ele põe em dúvida a liberdade do eu e depois exige que ele use essa liberdade responsabilmente.” (HUTCHENS, 2009, p. 38)

O Outro se revela ao Mesmo pela sua nudez, sendo essa a manifestação maior de que é ele um estrangeiro não compreensível em termos de totalidade. O Outro se revela como mestre, no sentido em que demonstra sua fome e penúria, ao qual o Eu responde doando-se. Pelo rosto é revelada a fragilidade do Outro, pois a interpelação, que se dá anteriormente a qualquer intenção, ocorre na nudez e na abstração daquele rosto e, nesse sentido, Batista, ao citar a obra levinasiana *Humanismo do Outro Homem*, aduz que “a epifania do rosto é visitação”, sendo esta a primeira forma de discurso. Destarte, não seria correto caracterizar o primeiro contato face-a-face como um olhar que se volta para o Outro, pois a presença deste é transcendente, não qualificável pela distinção de seus traços e formas. Parafraseando Lévinas<sup>65</sup>, o rosto não é uma mera representação plástica do Outro, mas sim a forma com que este se exprime. É, portanto, expressão, através da qual o Eu recebe a ideia do Infinito. Em uma análise primorosa, aduz o professor João Bosco Batista:

---

<sup>63</sup> HUTCHENS, *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>64</sup> BATISTA, João Bosco. **O desejo: giro ético no conceito de liberdade em Lévinas**. In: Revista Estudos Filosóficos, nº 1/2008, DFIME – UFSJ, pp. 84-99. Versão eletrônica. Disponível em: <[http://www.ufsj.edu.br/porta12-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art8\\_-rev1.pdf](http://www.ufsj.edu.br/porta12-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art8_-rev1.pdf)>.

<sup>65</sup> LÉVINAS, *Op. Cit.*, pp. 37-38.

“O rosto em sua nudez ou abstração, não se deixa concretizar como algo visado pelo sujeito (pelo eu totalizador), é o grande enigma (tão próximo e tão distante) que se subtrai no momento mesmo em que ele se oferece ao olhar do sujeito cognoscente e observador. Se, por exemplo, estou diante do outro, de uma pessoa, e a examino quanto à cor de seu cabelo, o tom de sua voz, a sua maneira de gesticular, etc., o que estou fazendo, diz Lévinas, é examinar “os traços do outro”. O outro, ao contrário, é a ausência ou a não presença nestes traços que nos são dados. Ele é presença enigmática de uma proximidade que é transcendente. Diante da presença do outro, só é possível uma atitude de responsabilidade que concretiza a bondade. Tal presença enigmática e próxima, mas transcendente, desempenha um papel decisivo na vida ética, social, política e religiosa do homem.” (BATISTA, 2008, pp. 85-86)

Não se pode reduzir o rosto aos seus traços, considerá-lo como fenômeno compreensível por seus detalhes mínimos como olhos, nariz e boca. O rosto deve ser percebido para que haja uma verdadeira identificação da alteridade que representa. Não pode, portanto, ser reduzido a objeto descritível, pois dessa forma não estará sendo estabelecida uma verdadeira relação intersubjetiva autofundante e fundadora. Por meio do encontro face-a-face chega-se à socialidade fundamental ao desenvolvimento ético. E o primeiro contato com o rosto deve ser, antes de tudo, ético, sendo sua abordagem representada por um imperativo ao Eu<sup>66</sup>. O Eu é pré-existente a esse primeiro comando, mas seu papel no relacionamento com o Outro é estabelecido nesse momento<sup>67</sup>. Ainda conforme ensinamentos de Hutchens, apesar de a expressão inicial da face do Outro não dar conteúdo ao dever indicado, um comando sem determinação específica do dever só poderá ser absorvido e respondido se houver um Eu pré-existente que a ele reaja.

O rosto despido e desprotegido que se coloca diante do Eu, então, inaugura a linguagem que, em um primeiro momento, será fundamentalmente ética. Ele indica, por meio dessa interpelação inicial, a primeira responsabilidade para o Eu: “não matarás”. O imperativo não é dado por palavras, mas pela transmissão da vulnerabilidade da face. A fala surgirá no momento em que a relação for dotada de racionalidade, no momento em que a consciência do Eu descobre sua liberdade em dar uma resposta. A liberdade é, pois, advinda do Outro, ou melhor, o Outro é liberdade, visto que não é em relação ao Eu<sup>68</sup>, havendo um espaço de separação. Essa separação representaria a abertura para a exterioridade, através da qual atinge-se a noção da pluralidade<sup>69</sup>. O momento inicial de exigência de responsabilidade do Eu em relação ao Outro, entretanto, não

---

<sup>66</sup> BATISTA, *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>67</sup> HUTCHENS, *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>68</sup> LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>69</sup> TORRES, *Op. Cit.*, p. 37.

pressupõe aquela liberdade, mas apenas indica que podemos falar em razão do dever de responder a esse Outro.

Dessa maneira, não seria cabível falar em liberdade prévia à responsabilidade. A responsabilidade é anterior à relação face-a-face, o Outro não tem de se colocar diante de mim para que me responsabilize, pois o próprio contexto relacional no qual o homem está inserido determina que não se pode ignorar o Outro e a responsabilidade por ele exigida. Segundo o professor João Bosco Batista, a partir do encontro face-a-face, no qual fica exposta a mortalidade do Outro, surge, anteriormente a qualquer intenção ou entendimento, uma obrigação ética de proteção a ele. A liberdade advirá, assim, da resposta a essa exigência feita pela pura existência do Outro. Essa responsabilidade se manifesta em alguns níveis. Em primeiro lugar, exige uma reação do Eu ao Outro. Após essa resposta inicial, o Eu torna-se responsável por si mesmo diante do Outro. Há, ademais, a assunção da responsabilidade pelo Outro, manifesta diante de Outros. Assim, respondo ao Outro e pelo Outro, tanto em relação ao perseguido, como ao perseguidor. A liberdade do agente racional autônomo que se autodetermina e se autogoverna é, para Lévinas, impensável. Isto porque mesmo havendo uma infinidade de atitudes que poderiam ser escolhidas pelo Eu, a racionalidade não exime o caráter relacional da existência do ser. Diante dessas relações sociais estabelecidas, colocam-se ao Eu diversas obrigações que, se não realizadas, eximiriam a possibilidade do ser se autogovernar.

É a face do Outro que implica na paralisação da liberdade do Eu, posto que do relacionamento face-a-face surge a outra pessoa e esse fato, por si só, impede que haja uma resposta em relação à vulnerabilidade do rosto que se apresenta. A interpelação pelo Outro é sempre prévia a liberdade, sendo a resposta a ela inevitável, e, dessa forma, a questão ética perde seu caráter meramente formal. A relação Eu-Outro é o âmbito de reprodução do Infinito, não mera compreensão, como demonstra a tese de doutoramento do filósofo, “Totalité et Infini”. Ante o rosto do Outro, o Eu deve agir *para e por* ele, sendo, portanto, anarquicamente responsável pela face que se coloca nua, desprotegida, a sua frente. Assim, “(...) o Outro singular não pode ser subanulado; a alteridade não é simplesmente um momento na dialética do mesmo e do diferente, mas o momento de sua transcendência (...)” (DOUZINAS, 2009, p. 351).

Percebe-se, pois, que há uma rejeição da liberdade ontologicamente concebida. Na ontologia, a liberdade, que não se confunde ao livre arbítrio, tem primazia sobre a ética. Ela se manifesta na autarquia do ser em relação aos entes ou, em termos levinasianos, do Eu em relação

ao Outro. A liberdade que se manifesta a partir da ética da alteridade, representa uma modificação nos conceitos de identidade do eu, subjetividade e sentido, considerando-se o binômio consciência transcendental – transcendência ética<sup>70</sup>. A subjetividade não pode ser limitada à intencionalidade da consciência, reduzida ao Ego. O Eu transcendental, em sua consciência, não é considerado por Lévinas como fundamento da ação e do pensamento. Em suma, há um ponto de anterioridade ética na qual se baseia a consciência, pois esta, enquanto ponto de individuação do sujeito, será constituída tendo como início a exigência ética da confrontação com o rosto do Outro. Seria a consciência, portanto, passiva, o que torna o homem responsável por reproduzir o bem e extinguir o sofrimento do mundo/do Outro. A subjetividade, portanto, constrói-se a partir da transcendência na relação com outrem.

Lévinas não se filia ao pensamento ocidental clássico que equipara a liberdade à autonomia da vontade e a associa com a moralidade. Para o filósofo lituano, o homem limita sua liberdade ao adquirir, nos termos utilizados pelo professor Batista, “consciência do malogro da violência possível a cada instante” (BATISTA, 2008, p. 91). Tendo essa consciência, os sujeitos passam a criar leis que disciplinem a vida social. Em oposição a essa consciência, Lévinas dispõe sobre a existência de uma consciência da culpabilidade, onde a liberdade não é reduzida em razão do malogro dos atos praticados sob sua égide, mas sim porque é desprovida de justiça e moralidade. Esta, então, não estaria vinculada à liberdade, mas sim à consciência de que a liberdade seria indigna, por promover violências e arbitrariedades. Chega-se, assim, à consciência moral, materializada pela interpelação do Outro, que promove a consciência da indignidade ou culpabilidade da liberdade e, assim, a torna questionável pela reprodução do Infinito. Dessa maneira, Lévinas adota um conceito de moralidade baseado em fontes heterônomas e não autônomas. A liberdade não se basta para chegar à moralidade, pois somente a alteridade pode torná-la digna, ainda que a limite. Aqui, pode-se aferir a grande influência hebraica para o pensamento levinasiano.

A liberdade se constitui, portanto, a partir da subordinação a outrem, o que a torna isenta de arbitrariedades e injustiças. Livre é o homem que se devota ao próximo. Não há, neste fato, uma servidão, mas sim uma destruição do “caráter definitivo do eu” (BATISTA, 2009, p. 92), pois a consciência deixa de ser fundamento e princípio de pensamentos e ações. Essa liberdade pressupõe a resposta àquele Outro que me interpela. Somente na aceitação da condição de

---

<sup>70</sup> BATISTA, *Op. Cit.*, p. 89.

criatura por parte do Eu haverá a manifestação da liberdade moral e, conseqüentemente, a inserção do humano no ser. O Outro, que me interpela por seu rosto demonstrando toda sua fraqueza, é transcendente e infinito em sua alteridade. Seu apelo fundamenta o meu agir pelo amor, justificando a heteronomia moral. Por esse movimento, demonstra-se a necessidade não de uma consciência questionante, que reproduz a soberania do Eu ao realizar o movimento de volta a si mesmo após a captação do Outro. A consciência é, isto sim, questionada, sendo exatamente esse questionamento, que tem por objeto precípua a liberdade indigna, o elemento de impulsão ao acolhimento do Outro.

Como aduzido anteriormente, o Eu não possui poder de optar pela aceitação ou pela rejeição da responsabilidade que o Outro lhe coloca. O Eu é, em sua posição, pelas palavras de Lévinas, “integralmente responsabilidade ou diaconia” (LÉVINAS *apud* BATISTA, 2008, p. 92). A resposta, que necessariamente deve ser dada pelo Eu, o torna unívoco, pois somente ele poderá emiti-la.

O desejo, no pensamento levinasiano, representa o movimento transcendente em direção ao Outro. Trata-se de um desejo metafísico que impulsiona o ser ao absolutamente Outro, à infinição desconhecida e totalmente distinta dele próprio<sup>71</sup>. Esse desejo não pode ser satisfeito, pois visa ao além, não buscando simplesmente uma completude aparente a partir de um retorno em relação ao desejado. Não é, pois, de caráter objetivante, que se utiliza do Outro como objeto de satisfação da autonomia da vontade, transformando-o no “Mesmo consigo próprio” (LÉVINAS *apud* BATISTA, 2008, p. 93). O Outro desejado inspira o ser-Eu à bondade, que não será alcançada, mas sempre buscada. A “fome” despertada pelo desejo metafísico não se sacia, mas, sendo fome de infinito e de diferença, torna-se sua própria fonte de alimentação. Há, pois, uma diferença eminente entre o que comumente se denomina desejo, o que seria mais adequadamente chamado de necessidade, e o desejo metafísico, o qual almeja à diferença e não à identidade. Nesse sentido, esclarece Lévinas:

“O desejo metafísico tende para uma *coisa inteiramente diversa*, para o *absolutamente outro*. A análise habitual do desejo não pode triunfar da sua singular pretensão. Na base do desejo encontrar-se-ia a necessidade; o desejo marcaria um ser indigente e incompleto ou decaído da sua antiga grandeza. Coincidiria com a consciência do que foi perdido e seria essencialmente

---

<sup>71</sup> LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 21.

nostalgia e saudade. Mas desse modo nem sequer se suspeitaria o que é o verdadeiramente outro.” (LÉVINAS, 1980, p. 21)

O Outro, assim, não é visto como um meio para a construção da consciência do Eu. O Outro é transcendência e não pode ser consumido pela satisfação de um desejo. Este é, aqui, representado em sua faceta metafísica, leva ao absolutamente Outro pelo cumprimento da responsabilidade em relação a este, fazendo com que a bondade e a justiça se manifestem na relação intersubjetiva reprodutora do Infinito. Há no homem, portanto, uma predisposição a servir, pois este é seu desejo precípua. A partir da assunção da responsabilidade, chega-se à liberdade, que pode ser vista como a eleição pelo Bem. Nesse sentido, sendo o Eu eleito para tornar-se responsável, pode ser sua responsabilidade considerada ilimitada. Ele será responsável por todos os Outros.

No movimento de sobreposição da responsabilidade em relação à liberdade, o Eu alcança sua humanidade. Em tal movimento, conforme indicado pelo professor Batista<sup>72</sup>, consagra-se o fenômeno da substituição. A partir dele, o Eu se esvazia de todo egoísmo, invertendo sua identidade na busca pelo Outro. Destarte, já não se pode considerar a consciência como ponto inicial e final da filosofia. A ação humana não se subsume ao ser, mas ao movimento do Eu de encontro ao Outro. Não há, aqui, um retorno a si a partir desse Outro para que se chegue à completude do ser-Eu. Essa completude será obtida pela doação do Eu ao Outro, na promoção da verdadeira justiça. Ora, é exatamente essa virada levinasiana que representa, para a filosofia, a ascensão da Ética como figura inicial do pensamento.

A justiça, para Lévinas, não poderia ser definida como a atribuição de direitos individuais, mas sim como a assunção da responsabilidade pelos Outros que interpelam o Eu, de maneira a preservar pluralismos. Seria, portanto, e conforme os ensinamentos de Hutchens, um julgamento que permite o surgimento da consciência do Eu, feito a partir da responsabilidade exigida por outrem, ante o olhar atento de terceiros que irão julgar o contato face-a-face. O comentador da obra levinasiana afirma haver uma interpretação corrente que coloca a responsabilidade como precedente da justiça, todavia, sustenta como a análise mais correta a de que a justiça é anterior à responsabilidade, no sentido de que a consciência nasce pela percepção de sua indignidade própria, da violência do mundo e da injustiça e, a partir de então, para tornar-se moral, toma para si uma responsabilidade ilimitada pelos Outros que se colocam vulneráveis ante tantas

---

<sup>72</sup>BATISTA, *Op. Cit.*, p. 91.

atrocidades, como guerras, diferenças sociais e calamidades. Nesse sentido, destaca duas observações que Lévinas faz à relação entre justiça e o Eu:

“A primeira é que a justiça soluciona a rede de responsabilidades infinitas apenas porque o eu chega a reconhecer arranjos sociais pré-existentes e é julgado por um terceiro em responsabilidade. A segunda é que a própria consciência nasce da percepção da injustiça e da demanda por justiça.” (HUTCHENS, 2008, p. 140)

O relacionamento face-a-face não exclui o contexto social, ao contrário, o constitui. Não há, portanto, relações intersubjetivas isoladas, estando elas sujeitas ao julgamento de terceiros. Há, isto sim, uma rede de responsabilidades formada na base dos arranjos sociais. A assunção da responsabilidade e ação a partir dela só são configuradas quando o desejo se volta para a justiça, não para a autonomia da vontade. A justiça pode ser realizada no desejo pela lei, que permite ao Eu ser julgado quanto à sua posição em um relacionamento face-a-face e também julgar os que se colocam responsáveis em outros relacionamentos que configuram seu âmbito social. Cumpre aduzir, então, que a lei do desejo é o Bem, alcançado pela justiça no vínculo social. O Eu, movido pela justiça, enquanto julgado e julgador, assumirá todas as responsabilidades que compõem a rede do arranjo social, infinita e ilimitadamente. A sociedade é anterior ao relacionamento face-a-face, mas apenas se torna inteligível ao Eu depois que este se conscientiza de sua responsabilidade e de que há um terceiro a figurar como juiz de suas ações. O terceiro, que é indeterminado por não estar em contato direto com o Eu, mas que por sua relação face-a-face com o Outro julga aquele Eu, causa a este uma preocupação que é definida pelo conceito de ileidade<sup>73</sup>. Quando o Eu torna-se consciente da injustiça, em momento anterior à consciência da própria justiça, Lévinas admite, apesar de todas as críticas acima apontadas, uma “mediação ontológica”<sup>74</sup>, pois ela é necessária à determinação da figura do outro e do terceiro, não podendo, como o fazem os racionalistas, ser ela desvinculada da justiça. De maneira mais clara, o Eu, ao tornar-se juiz perante relacionamentos face-a-face poderá questionar-se de forma racional a respeito daqueles relacionamentos, examinando sua consciência para emitir sobre eles seu veredicto, todavia, não lhe é permitido dissociar-se de sua responsabilidade em relação ao Outro, que com ele estabelece um relacionamento face-a-face diretamente. Essa dissociação impediria

<sup>73</sup> HUTCHENS, *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 145.

que a verdadeira justiça ocorresse. O Eu deve tornar-se responsável pela humanidade, sem abandonar sua responsabilidade e sua obrigação moral de caridade prévia pelo Outro imediato e absoluto.

Em relação ao tema da justiça, pode-se inquirir o papel da lei como sua harmonizadora, bem como dos princípios racionais. Como dito anteriormente, o Eu coloca-se como responsável pelo Outro e por terceiros em razão dos vínculos sociais e da rede de responsabilidades dos quais faz parte. Assim, nada mais natural que inferir sua responsabilidade pelo legislador que, ao editar leis estará atribuindo a posteridade o desejo pela justiça. Para compreender a real intenção legislativa não basta a hermenêutica de seu “dito”, isto é, da letra fria da lei, sendo necessário captar todas as nuances de seu “dizendo”, seu espírito, que reflete suas razões inerentes. Na tradição kantiana, a lei possui um conteúdo universal que será aplicado ao caso in concreto. Entretanto, Lévinas atribui um grau de liberalidade à lei, fazendo o movimento inverso e analisando, a partir da situação específica, qual lei universal melhor atenderia ao propósito de justiça. A hermenêutica da análise legal deveria, portanto, ser realizada por um viés casuístico. A lei universal deverá ser lida por seu espírito, para adaptar-se em leis particulares criadas a partir de vínculos sociais e aplicadas adequadamente a eles.

O pensamento de Lévinas não é isento de críticas. Uma das mais conhecidas foi elaborada por Paul Ricoeur na obra *“Soi-même comme un autre”*, de 1990. Ambos, Ricoeur e Lévinas, centraram seu pensamento na constituição ética do sujeito, principalmente no que se refere à responsabilidade pelo outro<sup>75</sup>. Ricoeur dedicou espaço no décimo capítulo da supracitada obra à elaboração da crítica à ética da alteridade. Para Ricoeur, a filosofia levianasiana pecaria ao desconsiderar a estima de si na relação Eu-Outro. Em carta destinada a Lévinas escrita em 28 de maio de 1990, Ricoeur esclarece o contexto da categoria da estima de si, que teria sua existência possível no contexto da relação autofundante e fundadora estabelecida pela interpelação do Outro pelo seu rosto, que inclina o Eu à subordinação. Nesse contexto:

“Querido Levinas, (...) Mi relación a usted está determinada por la elección inicial de la categoría de sí. (...) Esto implica que entre lo que yo llamo la estima de sí, solicitud por el otro y justicia con respecto a cada uno, no haya ningún

---

<sup>75</sup> HERNANDEZ, Francisco Xavier Sánchez. **Estima de sí y alteridad. Una reflexión a partir de Paul Ricoeur y de Emmanuel Levinas.** In: Franciscanum, Revista de Las Ciencias del Espíritu de la Universidad de San Buenaventura de Bogotá. Volume LV, nº 160, julho-dezembro de 2013. Disponível em: < <http://revistas.usbbog.edu.co/index.php/Franciscanum/article/view/439>>. p. 112.

orden de prioridad sino una simple sucesión dialéctica (...). Si hay entre usted y yo alguna diferencia, esta se sitúa exactamente en el punto en que yo sostengo que el rostro del otro no podría ser reconocido como fuente de interpelación y de orden si él no se revelase como capaz de despertar una estima de sí.” (RICOUER *apud* HERNÁNDEZ, 2013, p. 03)

A separação essencial observada na relação Eu-Outro por Lévinas é um dos pontos-chave da crítica ricoueriana. Para Ricouer, não seria possível construir-se uma identidade com base na exterioridade insuperável do Outro. Seria a obra levinasiana estruturada de maneira a compor um efeito de ruptura, um conceito puramente hiperbólico: o Eu tem seu egoísmo ressaltado, enquanto o Outro lhe é superior em sua exterioridade. Essa crítica não deve ser lida como absoluta, pois Ricouer não considera a categoria do desejo metafísico, pelo qual o Eu não manifesta seu egoísmo, mas sim busca felicidade e bondade. O outro ponto essencial, situado na questão da falta de estima de si, que seria anulada na substituição do Eu pelo Outro, também deve ser analisada no conjunto da obra de Lévinas, não isoladamente, no momento da interpelação da separação. Para o filósofo lituano não haveria possibilidade de sustentação da estima de si, enquanto boa consciência, diante do sofrimento do Outro. O Mesmo não está se anulando na assunção da responsabilidade, está, antes, se libertando. Posteriormente, na entrada do terceiro na relação, momento em que se inaugura a justiça, o Eu poderá preocupar-se por si<sup>76</sup>. Trata-se, portanto, de uma crítica fundamentada no questionamento à premissa da assimetria. Em Ricouer tal assimetria não teria seu lugar, visto que o Outro não poderia ser visto se não como Outro-Eu, um alter ego, idéia que em Lévinas é inadmissível em razão da transcendência do Outro.

É importante destacar, todavia, que Ricouer e Lévinas não situam as bases de seus pensamentos nas mesmas escolas de pensamento. O segundo rechaça veementemente a corrente ontológica, por ver nela a origem da violência reducionista direcionada ao Outro, filiando-se à metafísica expressa pela infinita transcendência de outrem. Contrariamente, o primeiro é adepto à teoria da justiça ligada à ontologia, sendo aquela alcançada pela reciprocidade entre os homens; o relacionamento intersubjetivo não é produtor apenas da responsabilidade, mas também da estima de si. Para Ricouer a relação não é constituinte do ser, pois este é prévio àquela, estando já em sociedade. Assim, sua filosofia parte da auto-compreensão de si, não do Eu puro do *cogito*, mas de uma via intermediária que denomina “via larga”, na qual se integram elementos hermenêuticos, como a linguagem e as práticas humanas. A compreensão do ser perpassa pelo

---

<sup>76</sup> *Ibidem.*, pp. 122-123.

relacionamento com o Outro, sendo a ipseidade componente do “outro que si”, do outro que sou eu na relação.

A pergunta primordial de Lévinas, porém, é outra. Trata-se não de chegar à identidade por meio da questão “Quem sou eu?”, mas sim à justiça, sendo esta obtida não pela observância de si mesmo como um outro na relação com outro, mas sim pelo momento final da interpelação do Outro, quando me torno por ele ilimitadamente responsável, numa clara troca do Mesmo por Outro. Em Lévinas a ontologia não é prévia à alteridade, pois ela só pode existir após a obtenção de justiça, isto é, a identidade do Eu é posterior à assunção da responsabilidade. Para Ricouer, a alteridade em Lévinas se resumiria ao encontro com o Outro<sup>77</sup>. É preciso considerar, entretanto, que a alteridade, para Lévinas, é essencial à construção da subjetividade e o Eu experimenta outras formas de alteridade que não o Outro, pois esse Eu passa pela experiência da sensibilidade, sendo o *gozo* anterior ao *cogito*, e, no erotismo há uma confluência corpo-consciência<sup>78</sup>. Tal fato, por óbvio, não torna as experiências do corpo e da consciência os pontos primordiais da filosofia da alteridade levinasiana, pois somente com a responsabilidade pelo Outro que se impõe ao Mesmo e que este assume devidamente haverá justiça, como visto anteriormente.

Pode-se inferir, de todo o dito, que a ética levinasiana é essencialmente metafísica, visto que ocorre em um tempo anacrônico e assimétrico<sup>79</sup>. Anacrônico, porque quebra a temporização sincrônica da teoria ontológica, sendo descontínuo e, por essa razão, não se limitando à causalidade e às categorias de anterioridade e posterioridade. A cada encontro face-a-face há um novo despertar da consciência da transcendência no movimento do Infinito, isto é, do Eu voltado ao Outro. E assimétrico, visto que na relação subjetiva Eu-Outro o último é visto como vulnerável, não existindo uma igualdade ou um equilíbrio entre as forças das partes. Não fosse dessa forma, o Eu não teria que se tornar responsável pelo Outro. Assim, pode-se compreender a alteridade a partir das categorias da infinitude e da transcendência. Nessa senda, o Outro é visto como lugar de reprodução da relação do Eu com Deus, estando Ele acessível ao homem por meio da prática da justiça na alteridade. Rosto, transcendência e infinito se complementam na fundamentação da Ética da alteridade, pois o rosto, ao externar a existência de um Outro que não pode ser reduzido ao Mesmo, isto é, totalizado, promove um encontro onde há reprodução do

---

<sup>77</sup> Hernández, ao adentrar na obra de Ricouer demonstra os três níveis constitutivos da alteridade para o filósofo francês, a saber: a experiência do corpo, a experiência do outro e a experiência da consciência.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>79</sup> HUTCHENS, *Op. Cit.*, pp. 87-88.

Infinito. O Eu não estará fechado em si-mesmo, preso em sua própria existência como na ontologia heideggeriana. A alteridade, portanto, servirá ao propósito de um encontro face-a-face entre um Eu e um Outro diferentes entre si. Essa interpelação extingue todos os conceitos predeterminados para o Eu. O Outro não é construção do Eu, tendo uma identidade própria, que impede sua redução ao Mesmo. Por meio da experiência de contato face-a-face, a reprodução do Infinito representa a preservação de uma distância e intocabilidade essenciais relativamente ao rosto pelo qual me torno responsável<sup>80</sup>. Receber o Outro e tornar-se por ele responsável traduz a atitude ética essencial à justiça e à bondade.

### 3.2. A POSSÍVEL CRÍTICA LEVINASIANA PARA OS CONTRATOS

A criação e a existência de um comércio de úteros de aluguel seriam justificadas pelos dois princípios norteadores da ótica mercadológica, conforme apontado por Sandel<sup>81</sup>. Nesse sentido, haveria um respeito à liberdade dos indivíduos ao realizarem trocas voluntárias, em uma clara aplicação da visão libertarista de justiça. Coibir a contratação onerosa da maternidade subrogada feriria, portanto, a prática do livre mercado. Por outro lado, em sinal de observância à tese utilitarista da justiça, esta estaria presente, nos acordos cujo objeto fosse a gestação em contrapartida de uma prestação pecuniária, pela promoção do bem-estar geral através dos ganhos que ambas as partes aufeririam no cumprimento desse negócio jurídico livremente celebrado. De notar-se, pois, que seria a liberdade a principal fundamentação dessa modalidade contratual.

O princípio ético-jurídico da autonomia da pessoa tem sua predominância<sup>82</sup> reconhecida nas sociedades de cunho individualista. Esse princípio, que já no século XVII era forjado pelo pensamento britânico como uma independência negociada, foi considerado por muito tempo como a "liberdade individual em ter preferências singulares, sendo que as condições de realização delas são geradas pela negociação com outros indivíduos, que têm, eles também, suas preferências, sem que uma exterioridade soberana conceba ou imponha uma única visão do bem comum." (RAMEIX *apud* DURAND, 2010, p. 231) Nesse contexto, a autonomia seria uma forma de autodeterminação, ideia com a qual se trabalha ainda hoje para a justificação de acordos cujo objeto consista no uso de partes e funções ou da totalidade do corpo humano. Sem mais

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>81</sup> SANDEL, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>82</sup> DURAND, *Op. Cit.*, p. 35.

razão, tem-se que, na tradição filosófico-política britânica, representada principalmente pelo pensamento de John Locke, o corpo é tratado enquanto propriedade, sendo este um dos direitos individuais fundamentais do homem e possibilitando-o a dispor de si da forma que queira. Com o advento do Iluminismo e, conseqüentemente, dos modelos de filosofia política de Rousseau e moral de Kant, a autonomia passa a representar a possibilidade de um indivíduo dar a si mesmo a lei de sua ação, não a recebendo de fatores externos, desde que, do exercício desta faculdade, a ação resultante seja universalizável<sup>83</sup>. De acordo com o pensamento kantiano, portanto, os indivíduos não podem ser meios de realização de finalidades “egoístas”, mas sim, conforme Hutchens, “receptores finais da agência moral” (HUTCHENS, 2009, p. 45). Nesse sentido, seria a autonomia forma de realização moral e, conseqüentemente, desinteressada, da razão prática, opondo-se à heteronomia, que se perceberia pela dominação de outros egoístas ou pela ausência de um princípio de dever.

Para Lévinas, entretanto, a autonomia possui termos peculiares, como foi visto no tópico anterior. Assim, a autonomia racional preconizada no sentido kantiano, que purificaria o interesse próprio, não seria uma representação ética. Isto porque o suposto desinteresse demonstrado pelo exercício dessa autonomia racional seria um modo de maquiagem o egoísmo moral do Eu autônomo, pois estaria agindo, de acordo com o anteriormente explicitado, em interesse próprio. Segundo o pensamento levinasiano<sup>84</sup>, essa autonomia do Eu seria uma representação da ontologia do poder. O ato de autoimposição de princípios de dever seria uma forma de violação do princípio ético superior da responsabilidade por outrem. O Eu estaria respondendo à lei universal e não à face e aquela, apesar de ser dada pelo próprio agente moral e não por fontes externas que condicionam à heteronomia, seria uma tirania ante o Outro. Aqui, segundo Hutchens:

“Para Lévinas, o eu não está isolado em uma auto-suficiência insular. É a passividade de um eu exposto que constitui sua subjetividade, não a atividade de sua autonomia. Eus não se dão leis à medida que a autonomia assim o exige, e sim as leis surgem da resposta à outra pessoa.” (HUTCHENS, 2009, p. 47)

---

<sup>83</sup> Essas importantes considerações a respeito da autonomia foram firmadas Suzanne Rameix ao realizar uma análise do Parecer nº 58 do CCNE, de 12 de junho de 1998, referente ao consentimento informado e às informações sobre pessoas que participam de atos de cuidado e/ou de investigação na seara biomédica. In: DURANT, *Op. Cit.*, pp. 231-234.

<sup>84</sup> HUTCHENS, *Op. Cit.*, pp. 46-47.

A suposta autonomia em dispor do próprio corpo, no cenário onde predomina ideológica e filosoficamente o liberalismo político, como acima demonstrado, não passaria de uma falácia. Hoje, essa linha argumentativa é sustentada pelos estudiosos que têm uma tendência mais permissiva em relação à disposição do corpo em troca de contraprestações pecuniárias, sendo eles partidários da errônea idéia de que os avanços biotecnológicos permitem a quebra dos limites humanos. Surgiu com tal suposição uma noção de que o possível graças ao exercício da autonomia é lícito, independentemente de qualquer conflito com os demais princípios éticos e jurídicos. Para Lévinas, todavia, não estaria aqui sendo praticada a verdadeira autonomia, considerando que esta deriva do exercício da responsabilidade pelo Outro. O contrato estabelecido e os princípios mercadológicos seriam as fontes de imposição da lei de ação dos sujeitos, mostrando-se que não há uma preocupação pela lei advinda da resposta exigida pelo Outro. Sendo uma fonte estranha à interpelação da alteridade, não haveria reprodução de autonomia nos acordos onerosos de gestação por substituição.

A liberdade pensada por Lévinas é, como visto, heteronomia, pois advém da revelação do Outro e do espaço existente entre este e o Eu. Mesmo que colocados em uma relação de linguagem, esta implica na transcendência, na diferença que revela a infinitude de outrem. Por meio da linguagem, portanto, não se pode aproximar e conhecer totalmente o Outro. Não é possível por um acordo verbal ou escrito estipular que esse Outro sirva aos propósitos de integridade do Mesmo. Aquele não pode ser por esse absorvido, pois essa aproximação completa ensejaria a nulificação da liberdade. O discurso não pode ser representado pela retórica e pela negociação, que objetivam uma resposta afirmativa de outrem, sendo para Lévinas a representação por excelência da violência e da injustiça<sup>85</sup>. Ora, sendo contrário à manifestação de justiça e liberdade na prática da retórica e da negociação, por certo o pensamento levinasiano poderia ser aplicado ao estabelecimento de contratos onerosos de maternidade sub-rogada, fundamentando sua inadmissibilidade, visto ser instrumento de domínio e exploração. O discurso que repercute a justiça e por meio do qual se alcança a verdade seria aquele que acolhe o Outro de frente, reconhecendo-o como mestre em razão de sua infinitude. Esse discurso ético, permite uma ascensão da generalidade à generosidade<sup>86</sup>, pois pensá-lo de outra forma em uma relação não

---

<sup>85</sup> LÉVINAS, *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>86</sup> TORRES, *Op. Cit.*, p. 39.

permitiria que realizasse sua função precípua, instrumento de efetivação da responsabilidade e, conseqüentemente, da liberdade.

Não seria aceitável, seguindo as bases da ética da alteridade, priorizar uma suposta liberdade imanente, da qual todos os homens seriam dotados. A liberdade deve ser justificada, não no sentido de demonstrá-la, mas sim de torná-la justa<sup>87</sup>. Ora, a verdade dessa liberdade não seria alcançada pelo mero conhecer, sendo antes preciso compreendê-la e sua compreensão perpassa pelo reconhecimento da separação existente na relação Eu-Outro. Essa liberdade é alcançada através daquilo que me é totalmente estrangeiro. O Outro, em sua absoluta infinidade, que o torna, assim, distinto e não completamente cognoscível, consegue através de sua interpelação bloquear o Eu no ato de bloqueio de sua própria liberdade. Isto demonstra que o Eu é também um Outro para o Outro, no sentido de ser para este também um Infinito dotado de liberdade, a pura separação que é *em si* liberdade, heteronomia. Compreender que se é um Outro para o Outro impede que se domestique a liberdade própria em nome de uma suposta autonomia, sendo impensável, nesse caminho, que o Eu disponha de seu corpo de maneira materializada, pois tornar-se objeto é extirpar o não cognoscível em si e, por decorrência, o Infinito do Eu enquanto Outro para o Outro. A consciência da indignidade dessa liberdade totalizante é o primeiro passo para a construção da consciência moral.

Ademais, em razão do aspecto da hipóstase, ou seja, do “vir a ser” ou da autodeterminação, Lévinas se coloca contrariamente à posição ontológica que informa que o homem, no exercício de sua liberdade, pode desejar ser o que quiser e ser o que desejar. Isto, segundo a filosofia levinasiana, seria uma forma de autoviolação do Eu, pois este estaria atingindo de forma arrogante sua própria existência, dominando a realidade e extinguindo a alteridade ou transcendência representada pelas diferenças incontornáveis e incomparáveis e, conseqüentemente, totalizando-se. Essa redução do ser ao Mesmo ocorreria de maneira explícita na gestação por substituição. A mãe de gestação, ao manifestar uma suposta vontade em utilizar seu corpo para o fim procriacional de outrem, estaria violando sua própria existência enquanto ser humano individualizável, colocando-se no rol de objetos vivenciados, com possibilidade de análise sob os termos da diferença ontológica.

Berlinguer e Garrafa demonstram que as práticas biomédicas onerosas que geram a comercialização humana nem sempre são reprodutoras de uma desigualdade. Apesar disto, ao

---

<sup>87</sup> LÉVINAS, *Op. Cit.*, pp. 69-70.

efetuar um contrato de barriga de aluguel se estaria anulando o Outro enquanto indivíduo, totalizando-o nos termos tão combatidos por Lévinas. Assim:

“O mercado dos corpos realmente não se dá somente entre indivíduos economicamente, culturalmente, (e quase sempre etnicamente) em situação de desigualdades, mas traz de um lado indivíduos isolados, sem capacidade de organização para proteger seus próprios direitos, e do outro uma força sustentada por meios, associações, estruturas, profissões, instrumentos de comunicação.” (BERLINGUER; GARRAFA; 1996, p. 131)

Perceba-se que a posição dos comitentes nessa modalidade contratual os coloca como parte mais forte da relação jurídica estabelecida. Destarte, não se estaria assumindo a responsabilidade exigida do Eu ante a vulnerabilidade expressa pela face do Outro. As sustentações feitas à gestação por substituição partem sempre de uma lógica de realização do desejo do Eu, ou seja, o desejo do casal contratante da barriga de aluguel em efetivar um projeto filial. Há uma nítida desconsideração do Outro, que se coloca ante o Eu desejante como objeto de realização de seu desejo. Esse desejo não é o eticamente aceito, aquele desejo metafísico direcionado à infindição do Outro e ao cumprimento da responsabilidade que ele exige. A ontologia prevalece sobre a alteridade, portanto, nos argumentos que se colocam favoravelmente à prática, o que seria inadmissível pela ótica do pensamento levinasiano.

Examinando a teoria ética de Engelhardt Jr., Berlinguer e Garrafa<sup>88</sup> usam o pressuposto de que a ética pluralista e frágil defendida por aquele, que representa a junção de várias éticas fortes, não seria capaz de coibir ou minimizar os efeitos de um mercado de corpos sustentado pelos interesses de profissionais e comitentes com poder superior aos que colocam seu ser físico à “disposição”. Engelhardt, sobre o tema da comercialização de corpos e de partes do corpo humano, o que evidentemente pode se aplicar à venda da capacidade reprodutiva feminina, questiona quem seria o explorador em uma relação contratual com esse objeto *sui generis*. Seria o rico que paga por órgãos/funções do pobre ou aquele que proíbe a colocação de órgãos/funções no mercado? As próprias perguntas sugerem uma resposta que rechaça a idéia de que uma ética frágil poderia enfrentar o problema, pois o que Engelhardt representou pela figura do rico, podemos aqui denominar como o Eu desejante. Este é o sujeito que decide pela ocorrência ou não do processo de comercialização, que eleva sua vontade para coibir o ser do Outro, sua alteridade, seja através da instrumentalização corporal ou pelo tolhimento das escolhas morais deste.

---

<sup>88</sup> BERLINGUER; GARRAFA, *Op. Cit.*, p. 133.

O Outro, enquanto indivíduo sujeitado ao desejo do Eu e enquanto meio para sua satisfação, passa a ser um objeto, sem vontade própria, e, portanto, demonstra-se que há uma falsa impressão de liberdade no ato de gerar um filho para outrem. No mesmo sentido, a criança a ser gerada pode ser vista como um Outro, tanto em relação aos pais comitentes, como à mãe substituta, que passa por um processo de objetificação incompatível com sua alteridade e sua vulnerabilidade. Como visto, não é concebível para Lévinas que o absolutamente Outro seja neutralizado pela satisfação de um desejo que se coloca como necessidade. O Outro não pode ser comparado ao alimento que supre a fome do indivíduo ou ao fogo que afugenta o frio que lhe aflige. O desejo deve ser metafísico, não satisfazível e voltado para a bondade. Assim, deve considerar a alteridade e a infinidade desse Outrem, respondendo à responsabilidade que lhe é demandada e promovendo, por tal meio, a justiça.

Claro está que, nos termos levinasianos, não há justiça na prática da barriga de aluguel. Primeiramente, porque os seus praticantes não constroem sua consciência a partir da percepção de violência da relação e de sua responsabilidade ante o Outro sujeito. Em segundo lugar, porque não há uma consideração e ponderação da justiça nas demais relações estabelecidas socialmente. Sendo os vínculos sociais condicionados a uma rede infinita de responsabilidades, o Eu, enquanto julgador, seria responsável por aferir a justiça das outras relações. Poderia ele, então, aferir justiça em um relacionamento pautado pela objetivação do Outro? A resposta claramente é negativa. O Eu que assumiu o papel de julgador poderá nesse instante utilizar-se de categorias racionais ontológicas unidas à justiça pela solidariedade. Não poderia ele próprio totalizar-se enquanto objeto contratual e, menos ainda, poderia fazê-lo com o Outro que se coloca fragilizado ante ele. A violência da desconsideração da humanidade e da necessidade de cuidados do Outro somente poderia dar azo a uma relação injusta. E, quanto ao Eu julgado por terceiro, tampouco poderia ser observada a efetivação da justiça, por não ocorrer a devida assunção da responsabilidade.

Percebe-se, portanto, que não há aqui um questionamento realizado meramente em relação ao exercício da liberdade na contratação onerosa da gestação por substituição. Trata-se de uma questão anterior à própria responsabilidade que determinaria a existência dessa liberdade, a saber: a justiça. Os direitos fundamentais individuais à autodeterminação e ao livre planejamento familiar e os supostos benefícios utilitários que se efetivariam pela prática são, no discurso dos que se posicionam favoravelmente a ela, direitos universalizáveis que fundamentam sua

aceitação. Como visto, o pensamento levinasiano preza pela observância do espírito da lei, buscando a lei para o caso concreto. Deve ser desejada a lei da justiça e não há justiça sem responsabilidade.

Pode-se perceber que há uma clara manifestação, em situações como a dos baby brokers americanos e da terceirização no nível global da maternidade sub-rogada, de uma bioescravidão, onde se adquire o controle sobre a força e a capacidade reprodutiva de outrem. A questão, aqui, não se localiza no rechaço da tecnologia, pois nem mesmo Lévinas adota essa posição. Para ele, os avanços da ciência não seriam contrários à ética da humanidade<sup>89</sup>, apenas quando utilizados para fins “genocidas”. Lembrando que Lévinas passou pelos suplícios da era nacional-socialista alemã e tal fato o fez rejeitar qualquer possibilidade de tratamento do homem enquanto objeto, seja de experimentação ou de destruição. Conclui-se que, para o filósofo, não seria aprovável uma técnica que ocasiona a minimização do ser humano a mero artifício de reprodução. O uso dos avanços tecnológicos para a inseminação de mulheres que alugaram seus úteros para outrem não seria eticamente positivo, pois coloca a injustiça como justificável para a realização do desejo de uns. Há, na verdade, a reprodução da desigualdade econômica, que na obra levinasiana se localiza no cerne<sup>90</sup> da violência mundana. A tecnologia deve servir aos propósitos de promoção de valores democráticos que fomentam justiça e responsabilidade, que estimulam o agir caridoso do Eu para com o Outro e a aplicação dos direitos dos homens, não de forma egoísta, mas para a proteção do Outro e perpetuação da responsabilidade ilimitada, principalmente pela dignidade da pessoa humana.

O paganismo seria responsável pela conotação ética negativa da tecnologia. O homem passa, através desse âmbito, a ver-se como uma pessoa superior às demais, à medida que detém mais recursos para prover seus desejos de maneira satisfatória. Nesse movimento, as mulheres disponíveis para gestar tornam-se um meio para essa satisfação. Em relação à experiência nos campos de concentração nazista, Hutchens, citando a obra levinasiana *Difficult freedom: essay on judaism*, ressalta que:

“O mau uso da tecnologia feito pelo nacional-socialismo não foi a ‘reificação mecanicista do homem’ e sim ‘o enraizamento camponês e a adoração feudal do homem subjugado pelos donos e senhores que os comandavam’. Em todas as partes encontramos pessoas engastadas nas paisagens, nas quais ‘nossa ligação

<sup>89</sup> HUTCHENS, *Op. Cit.*, p. 180.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 144.

com um lugar sem o qual o universo se tornaria insignificante e mal existiria’, encontramos a ‘divisão da humanidade em nativos e estrangeiros’.” (HUTCHENS, 2008, p. 182)

Ora, como restou consignado por Volnei e Garrafa, a mercantilização humana reproduz as discrepâncias das fronteiras Norte-Sul. Como explícito no exemplo do comércio indiano de úteros de aluguel, trazido por Sandel, observa-se uma clara nova forma de servidão da população de países ditos de Terceiro Mundo relativamente aos países desenvolvidos. Estes criam técnicas médicas que facilitam a superação da infertilidade/esterelidade, enquanto aqueles submetem suas mulheres a vender sua função reprodutiva e os bebês que gestaram para prover sua subsistência e de sua família. A instrumentalidade presente nas relações do homem com o mundo, compondo a categoria mundo tudo o que difere do Eu, é um dos pontos cruciais da crítica levinasiana à primeira ontologia de Heidegger. Este, que com recorrência tem seu pensamento associado à cultura nazista, utilizava-se do termo “emolduração”<sup>91</sup> para fazer referência ao pensamento criado pelo avanço tecnológico. Essa “emolduração” levou o utilitarismo ao posto de teoria dominante na consciência histórica moderna, buscando-se sempre a maximização dos lucros ao custo mínimo. Isto leva, por exemplo, casais que desejam constituir uma prole a procurar mulheres em estado de hipossuficiência dispostas a ceder seu corpo para o fim gestacional. A instrumentalidade é clara, essas mulheres são tratadas como verdadeiras incubadoras ou hospedeiras de embriões. Não está presente no momento de celebração contratual desse ato a assunção da responsabilidade dos comitentes pela portadora, esta que se coloca desprotegida nessa relação, sob uma falsa aparência de autonomia. Todavia, não há manifestação de liberdade em nenhuma das partes, pois se de um lado a mãe substituta agiu por necessidade e totalizou-se nesse ato, por outro os desejantes não cumpriram com a responsabilidade que lhes foi imposta na relação face-a-face.

Pode se inferir da leitura da obra levinasiana que não é uma conduta ética dirigir o pensar para uma interpretação técnica do homem<sup>92</sup>, pois esta tende a nublar a alteridade do Outro. Não sendo ética, tal atitude torna-se inadmissível. Conforme José André da Costa, o ato humano por excelência consiste no reconhecimento da alteridade e da infinidade do Outro. Para sua

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>92</sup> COSTA, José André da. **Direitos Humanos como reconhecimento da alteridade no pensamento de E. Levinas**. In: *Alteridade e Ética: Obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas*. SOUZA, Ricardo Timm de; FARIAS, André Brayner de; FABRI, Marcelo. (Organizadores). EdIPUCRS: Porto Alegre, 2008, p. 193.

consecução, são necessárias a construção e a humanização do encontro face-a-face, o que não poderia ser feito sem a assunção da responsabilidade e, destacadamente, sem a efetivação dos direitos humanos. Ao colocar a mulher como instrumento reprodutor e o bebê gerado como conquista do sonho parental, se estaria violando a alteridade desses Outros, desumanizando-os. O contrato daria ensejo à apropriação da humanidade de outros sujeitos pelos comitentes. Tal conduta, que poderia ser justificada pelas categorias da animalidade e da racionalidade perpetuadas pelo humanismo clássico, não encontrariam acolhida no âmbito humanista levinasiano. Para o filósofo da alteridade, a humanidade<sup>93</sup> consistiria no movimento de abertura à exterioridade do Outro, que permite aferir a verdade deste. Tratar um indivíduo como meio para o alcance do livre planejamento familiar não estaria, de nenhuma forma, garantindo a superação da animalidade necessária à realização da humanização e, conseqüentemente, não haveria respeito à dignidade a qual faz jus essa pessoa em sua infinita alteridade.

A aproximação interessada entre as partes contratuais representaria uma falta para com o Outro, um extermínio da diferença daquele Infinito que espera do Eu uma resposta afirmativa desinteressada. Nesse sentido, a violência do acordo seria semelhante à da guerra. De fato, em dissertação elaborada por Shirley Lucindo Torres, as trocas, o comércio e a guerra comporiam uma mesma categoria de totalização, pois

“(...) são campos nos quais identidades em confronto, ser ou não ser, só podem encontrar a paz na frivolidade do jogo político que, não supondo a responsabilidade, engloba ou extermina o que é diferente sem tocar a subjetividade, o um-para-o-outro que ela significa no paroxismo da substituição.” (TORRES, 1998, p. 64)

Ora, em se tratando de uma manifestação política, esse contrato de troca entre os pais comitentes e a mãe de gestação seria a-moral. A subjetividade advinda da relação com o Infinito da diferença seria extirpado e, dessa forma haveria uma inaceitável totalização e redução do Outro ao Mesmo.

O uso da tecnologia na biomedicina, infelizmente, pautou-se pelos critérios do racionalismo moderno, sendo feito no sentido de promover o poder e não a verdade<sup>94</sup>. Ainda segundo Costa, conforme se demonstra pelo estudo da evolução do racionalismo subjetivista, ponto de combate de Lévinas, o homem exerce o pensar de forma imanente, utilizando-se da

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 201.

natureza para sua conveniência. Com isto, o Estado voltou-se à proteção da propriedade dos produtos alcançados através da técnica e da manipulação dos entes. Destarte, sob a égide de um suposto desenvolvimento e do exercício da autonomia da razão, o ter passou a ocupar o mesmo patamar do ser e os direitos a serem positivados no sentido de proteção à apropriação. A crítica de Lévinas à ontologia é aplicável à práxis da barriga de aluguel. A proximidade com o Outro, que determina a humanidade do Eu, foi deturpada e, em seu lugar, o Outro tornou-se propriedade do Eu.

Os contratos onerosos de gestação por substituição não poderiam ser realizados, no sentido levinasiano, porque não são promotores do bem e da justiça. O bem se configura nas relações desinteressadas, em que se doa ao Outro sem esperar uma contrapartida. Nesse sentido, ambas as partes estariam sendo reduzidas à mesmidade. A desumanização ocasionada pela prática demonstra a atual perspectiva de ausência de solidariedade nas relações entre os sujeitos. A indiferença moderna é alvo de críticas:

“Permanece muito forte em nossa sociedade o predomínio da razão funcional cínica, que leva as pessoas a uma atitude utilitarista e fria, submetida ao critério da eficácia e da produtividade, seja diante da natureza, seja diante do nosso próprio semelhante. A questão da solidariedade e o sentido da vida, da importância primordial da pessoa humana aparecem hoje mais enfraquecidos, gerando consequências deploráveis as quais devem ser uma preocupação constante nos dias de hoje, para se gerar uma solidariedade responsável com o outro.” (COSTA, 2008, p. 207).

A fraqueza do Outro, representada pela necessidade da mulher que se submete a um processo gestacional para beneficiar os comitentes, não deveria ser utilizada para movimentar um mercado, como tem sido feito. Deveria haver, ao contrário, uma assunção de responsabilidade e solidariedade em relação a essas mulheres. A falta ética ocasionada pela ontologia do poder está presente nessa relação, que perpetua uma perversa desumanização. A técnica não pode ser usada com o fim de manipular o ser humano, mas sim como facilitadora do exercício da responsabilidade por Outrem. Nesse diapasão, é importante a preconização da efetivação de direitos humanos baseados na alteridade ou, como denominado por Luis Alberto Warat<sup>95</sup>, de direito humanos *da* alteridade.

---

<sup>95</sup> WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia.** Tradução de Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

Os direitos humanos devem ser preconizados não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade, afinal, trata-se de uma das bases da humanização das relações interpessoais. Esses direitos, conforme aduz Costas Douzinas, são construídos a partir de outros direitos e, por consequência, envolvem o reconhecimento dos direitos de outrem. Um direito autônomo, não relacional, corresponderia à violação da liberdade de outrem. Douzinas, ao demonstrar como a ideia de basear a teoria dos direitos humanos na alteridade impediria a bancarrota desses direitos, teria uma nítida e grande influência do pensamento de Lévinas. Nesse diapasão, convém observar que mesmo que um sistema positive os direitos ao livre planejamento familiar e à liberdade de dispor do próprio corpo, estes não devem ser utilizados como justificativa dos contratos onerosos de gestação por substituição. É preciso interpretá-los ante uma ótica comunitária, pois “(...) direitos são sempre relacionais e envolvem seus sujeitos em relações de dependência de outros e de responsabilidade perante a lei.” (DOUZINAS, 2009, p. 349) Na relação jurídica constituída na celebração desses acordos, a subjetividade jurídica de uma das partes, a da mãe de gestação, estaria sendo suprimida e, com ela, a dignidade que a identifica como pessoa. Para coibir essa violação ao Outro não basta à atuação estatal, sendo fundamental que os comitentes se conscientizem e se responsabilizem por essa mulher que se apresenta vulnerável na relação face-a-face. Lévinas é claro ao sustentar que os direitos humanos não são mera função estatal, mas sim uma instituição não-estatal dentro da própria configuração de Estado, que permite a humanização das relações sociais. Ilustração desse fato é dada pela citação de Lévinas escolhida por Douzinas como epígrafe do último capítulo do livro “*O Fim dos Direitos Humanos*”, capítulo este intitulado “*Os Direitos Humanos do Outro*”, segundo a qual “A preocupação com os direitos humanos não é função do Estado. Trata-se de uma instituição não-estatal dentro do Estado – um apelo à humanidade que o Estado não pode atender.” (LÉVINAS *apud* DOUZINAS, 2009, p. 349)

Os pressupostos da universalidade dos direitos e da autonomia da vontade como legitimadora de práticas sociais não servem ao propósito de justificar quaisquer dessas práticas, sob pena de dilacerar a verdadeira liberdade, representada pelo Outro e sua distância intangível. A subjetividade e o reconhecimento desse Outro enquanto pessoa a quem se deve respeito e dignidade existencial são anteriores ao próprio direito de identidade do Ser. A efetivação dos direitos humanos, fator de validação de um negócio jurídico, perpassa pelo reconhecimento da singularidade dos contratantes, que podem aqui ser vistos como Outros, que em sua alteridade

delimitam o conteúdo ético do agir, passando este a ser pautado pela responsabilidade ilimitada do Eu.

A promoção de gestações em vista de contrapartidas financeiras não seria uma forma de agir ética e, conforme Lévinas, a ação fora dos moldes da eticidade não seria apta à realização da justiça e da bondade. Como visto, a gestação por substituição onerosa implica na vulnerabilidade de uma das partes, seja em razão de necessidades econômicas ou da própria ignorância quanto às implicações de uma gravidez em relação aos aspectos físicos, psicológicos e emocionais da gestante. Ao colocar não somente seu rosto, mas seu corpo, desprotegido frente aos pais desejanter, toda essa fragilidade e penúria são expostas. A mulher se coloca nua, na concepção levinasiana do termo, para a celebração desse acordo. Em tal contexto, o Eu desejanter, representado pela figura do comitente, deveria responsabilizar-se antes mesmo da definição das obrigações contratuais, em respeito ao domínio ético exercido pelo Outro. Nessa responsabilização seria impossível levar a cabo um negócio jurídico cujo objeto fosse outro sujeito. A alteridade não é passível de domesticação ou consumo<sup>96</sup>, não podendo ser subsumida ao conceito de propriedade. Não há, portanto, uma conformação da gestação por substituição onerosa ao direito. Este, como bem apontado por Douzinas, subsidiado pela ética da alteridade levinasiana, define o que é devido aos seres humanos em sua dignidade concreta. A conduta que efetiva o direito deve ser praticada por intermédio da responsabilidade ética, pois apenas esta é capaz de lhe dotar de legitimação e força<sup>97</sup>.

Considere-se, ainda, que a sociedade como um todo estaria agindo de maneira antiética ao permitir a consecução desse contrato. Como visto, o Eu não se responsabiliza apenas pelo Outro com quem estabelece um contato direto face-a-face, mas também pelos relacionamentos face-a-face, mesmo que deles não faça parte. É nesse sentido que o Eu possui uma responsabilidade ilimitada, não somente em relação a um outro, mas a todos os Outros. A rejeição à ontologia do poder, como visto, perpassa pela percepção da crueldade e do sofrimento mundanos. O Eu que é interpelado pela revelação do Outro passa, então, a sentir-se responsável por todos os Outros, surgindo uma obrigação moral de respeito e responsabilidade solidária pelo mundo.

Na obra *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*, Warat tece uma crítica ferrenha às influências do racionalismo exacerbado na atuação judiciária,

<sup>96</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 355.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 359.

que não considera o Direito enquanto instrumento de proteção aos anseios do Outro. É preciso que haja uma maior incorporação do tema da alteridade pelos juristas, sob pena de se desconsiderar a humanidade do Outro. Para Lévinas, tal conduta seria supedâneo da injustiça e da barbárie. O ordenamento jurídico brasileiro, como foi visto, não dirige a jurisdição para a aceitação da barriga de aluguel, porém, tendo em vista existirem Estados onde a questão é tratada com maior permissividade e doutrinadores pátrios que se posicionam na defesa da validade dessa espécie de negócio jurídico, é preciso construir argumentos com força suficiente para coibir que, no Brasil, se adote essa admissibilidade nas searas do Legislativo e do Judiciário. É preciso impedir a ampliação do “(...) círculo vicioso entre o progresso econômico e a degradação dos direitos humanos.” (COSTA, 2008, p. 209), o que perpassa pelo exercício da responsabilidade e da solidariedade por Outrem.

#### 4. CONCLUSÃO

Como visto, a doutrina jurídica cuidou de traçar todos os contornos e as nuances da prática da gestação por substituição. Esta varia conforme a origem dos gametas utilizados, a existência ou não de parentesco entre a mãe substituída e a mãe substituta e, finalmente, a modalidade onerosa ou gratuita. Buscou-se demonstrar que a técnica, apesar de utilizada desde a Antiguidade, constando relatos bíblicos de sua existência, foi desenvolvida e explorada constantemente após os avanços biotecnológicos que permitiram a reprodução humana assistida pela inseminação artificial e a fecundação *in vitro*. Relativamente ao contrato, realizou-se um estudo de seus elementos, que perpassou pelos aspectos das partes, da natureza, das obrigações e do objeto contratuais. Este, como restou consignado, gera grandes debates tanto jurídicos quanto éticos, pois envolve a pessoa humana, representada pela mulher que cede sua função e os órgãos componentes de seu sistema reprodutivo para gestar para outrem e pelo bebê a ser gerado, que será entregue aos comitentes após seu nascimento, juntamente com os poderes paterno-filiais. Assim, restou consignada a grande diversidade de tratativas pelos ordenamentos jurídicos dos Estados, tendo em vista que alguns consideram todas as modalidades de contrato de maternidade sub-rogada ilícitas, outros que, ao contrário, aceitam sua realização, ainda que seja estipulada uma contrapartida em pecúnia, e os demais, que se posicionam de forma intermediária, condicionando sua validade ao aspecto altruísta, isto é, da gratuidade.

Infelizmente, a falta de uniformidade legislativa referente ao tema acaba por gerar um comércio às escuras, seja pela procura de mulheres dispostas a alugar o útero em países que admitem a gestação por outrem onerosa, o que ocorre, em geral, nas sociedades mais pobres, cujas necessidades alimentares e vitais fazem com que mulheres se sujeitem à gravidez em troca de quantias pífias, como descrito na situação da Índia, seja pelo surgimento de um mercado ilegal nos locais onde é proibida. Ante o cenário de objetivação humana criado, estudiosos da Bioética e do Biodireito passaram a travar uma batalha intelectual para a sustentação ou o rechaço do que se convencionou chamar “barriga de aluguel”. As análises realizadas, porém, negligenciam um dos aspectos fundamentais da exigência ética, a saber: a alteridade, representada pela figura do outro. Sendo o Direito uma ciência normativo-axiológica que sofre diretamente as influências da consciência histórica e principalmente moral da sociedade em que se insere, o aspecto ético das

ações e institutos jurídicos é de suma relevância, devendo ser preconizada para o alcance da justiça e da paz sociais.

Assim, procurou-se fazer um estudo pautado pela alteridade e, para essa empreitada, nada mais indicado que a utilização da filosofia ética de Emmanuel Lévinas, para quem a justiça somente será alcançada após a assunção da responsabilidade ilimitada exigida pela interpelação da face do Outro, a partir da qual este, representando o Infinito da diferença, mostra sua vulnerabilidade. A possível crítica levinasiana aqui estabelecida não se subsumiu a mera análise principiológica realizada no debate jurídico, que determina duas posições antagônicas, uma defensora da autonomia da vontade, da autodeterminação e do livre planejamento familiar, outra filiada à dignidade da pessoa humana e à inalienabilidade do corpo e de suas funções. Por outro lado, o estudo não se restringiu também à observância da conformidade aos corolários Bioéticos representados pela autonomia, pela beneficência/não maleficência, pela justiça e pela confidencialidade, herança do pragmatismo da corrente principialista e que, posteriormente, passaram por avanços da abordagem norte-americana pautada em princípios e regras e da tradição deontológico-racionalista latina.

A autonomia da vontade não é justificativa suficiente à instrumentalidade ocasionada pelo avanço tecnológico e, mesmo que de maneira camuflada, mercadológico, pois isto contribui com a manutenção de uma cultura solipsista, construída para atingir propósitos egoístas e não para a convivência ética dos indivíduos. Em Lévinas, o agir humano ético é aquele pautado pela alteridade. Sob a ótica da filosofia levinasiana, os contratos de gestação por substituição onerosos seriam inadmissíveis pelo simples fato de reduzirem o Outro ao status de coisa, ou, em termos levinasianos, ao Mesmo. Nesse ato, estaria se desconsiderando a infinidade do Outro, que em sua diferença não pode ser absorvido pelo desejo do Eu. O desejo deve ser metafísico, isto é, desejo pela própria diferença, mas não no sentido de consumi-la, pois se trata de um desejo da fome e não do alimento. Impor a autonomia do Eu como justificativa ao acordo ora analisado implica em reproduzir a violência da guerra ocasionada pela ontologia do poder. As relações devem ser pautadas pela responsabilidade, pois a verdadeira liberdade, em Lévinas, estaria na heteronomia, na resposta dada pelo Outro que me interpela, demonstrando pela nudez de sua face uma vulnerabilidade diante da qual não posso me omitir, sob pena de desconsiderar sua humanidade. No momento em que o Eu torna-se responsável não só pelo Outro da relação direta, mas também pelos terceiros, também Outros, fragilizados em suas próprias relações, obtêm-se a justiça.

Quando o Outro se coloca em uma relação como mercadoria, sendo este o caso das mães portadoras que recebem uma contrapartida em dinheiro pela gestação à qual se submeterá, não há, de nenhuma forma, a reprodução da justiça. Primeiramente, porque essa mulher, hipossuficiente e vulnerável, sendo o Outro em uma relação autofundante e fundadora, passa a ser o Mesmo, reduzida pelos comitentes que se negam a assumir a devida responsabilidade não sendo, por conseqüência, livres. Da mesma maneira, a criança é desconsiderada em sua humanidade e alteridade, sendo tratada como um objeto a suprir o projeto parental dos comitentes. Em segundo lugar, a mãe substituta não estará, ela própria, exercendo sua liberdade, pois por ser em sua manifestação um Eu que é Outro em relação ao Outro, no ato de disposição, ou melhor, de permuta de sua capacidade reprodutiva, está se reduzindo ao Mesmo. E, por fim, a sociedade, ao aceitar a realização da prática, estará reproduzindo a violência da mesmidade e, assim, coibindo a justiça e o bem.

Esses contratos, portanto, ao serem perniciosos para a alteridade não estariam contribuindo para a humanização das relações interpessoais, que devem ser pautadas pela responsabilidade e pela solidariedade. De fato, a ortopraxia aplicada aos negócios jurídicos onerosos de maternidade sub-rogada demonstrou que o objeto contratual seria ilícito, por atingir uma dos principais aspectos do homem, sua inviolabilidade enquanto Outro, impeditiva de um tratamento que o mercantilize. A rede interdisciplinar aqui traçada foi de grande importância para uma fundamentação mais concreta da inadmissibilidade da gestação por substituição onerosa. A alteridade deve ser vista como o cerne dos direitos humanos, que justifica e fomenta o respeito à dignidade da pessoa.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 5.1. Obras utilizadas sobre a gestação por substituição

ALENCAR, Isabela Caldas Nunes de. **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Direito UNIFACS, n. 151, Salvador, 2013. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2452>>. Acesso em 15 de maio de 2015.

AMORIM, Caroline Sebastiany. **Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no Direito Brasileiro.** 2006. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do Título de Bacharel no Curso de Direito da PUCRS. Porto Alegre, 2006. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_1/caroline\\_amorim.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf)>. Acesso em 25 de novembro de 2015.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo.** Tradução de Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

COELHO, Natália Sales. **A validade do contrato de maternidade substituta.** Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília. Orientadora: Clarissa Teixeira Karnikowski. Brasília, 2010. Disponível em <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2606/1/Natalia%20Sales%20Coelho.pdf>>. Acesso em 19 de maio de 2015.

COSTA, Judith Martins. **Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito.** In: “Estudos de Direito da Bioética” – vol. II. José de Oliveira Ascensão (Coord.). Edições Almedina: Coimbra, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos. Vol. 4.** 4ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2014.

GALVÁN, Beatriz Souto. **Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho.** FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, núm. 1, p. 275-292. Madrid, 2005. Disponível em <<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/download/FORO0505110275A/13816>>. Acesso em 16 de maio de 2015.

GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leocir. (org.) **Bioética: poder e injustiça.** 2ª ed.. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2004.

GONZÁLEZ, Silvia Vilar. **Situación actual de la gestación por sustitución.** Revista de Derecho UNED, núm. 14, p. 897-931. Madrid, 2014. Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>>. Acesso em 30 de maio de 2015.

DURAND, Gui. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos**. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. 3ª ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “O valor do corpo e as leis de mercado” In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106/107, jan./dez. 2011/2012. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67942/70550>> Acesso em outubro de 2015. pp.161-162.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETO, Francisco Vieira Lima. **Ciência da vida, os novos desafios. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OHS, Alayna. **The power of pregnancy: examining constitutional rights in a gestational surrogacy contract**. In: *Hastings Constitutional Law Quarterly*. Volume 29, 2002, pp. 339-372. Disponível em: <<http://www.hastingsconlawquarterly.org/archives/V29/I2/Ohs.pdf>> Acesso em 15 de agosto de 2015.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Contratação de barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. Sem página**. S.N.T. Disponível em: <[http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft\\_word\\_contratosgestacionais\\_27\\_01\\_2010.pdf](http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf)>. Acesso em 08 de setembro de 2015.

PINHEIRO, J. D. “**Mãe Portadora: A problemática da maternidade de substituição**”. In: *Estudos de Direito da Bioética – Vol. II. ASCENSÃO*, José de Oliveira (Coord.). Edições Almedina: Coimbra, 2008.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 9ª ed. rev. ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos**. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA, Salvador, 2008. Disponível em <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise\\_dayane\\_mathias\\_rodrigues.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf)>. Acesso em 19 de maio de 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2012.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. **Gestação por substituição: direito a ter um filho**. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - UNG*, v. 1, n. 1, p. 50-67. Guarulhos, 2011. Disponível em <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/viewFile/914/894>>. Acesso em 28 de maio de 2015.

SILVA, Jana Maria Brito; e HOLANDA, Caroline Sátiro de. **Aspectos polêmicos sobre a gestação de substituição**. Trabalho apresentado como resultado de pesquisa de Projeto de Iniciação Científica para a Faculdade Sete de Setembro. Fortaleza, 2009. Disponível em <

[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf)>. Acesso em 10 de junho de 2015.

SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão (Org.). **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

### 5.2. Obras utilizadas de Emmanuel Lévinas

LÉVINAS, Emmanuel. **Da existência ao existente**. Tradução de Paul Albert Simon e Ligia Maria de Castro. São Paulo: Papirus, 1998.

\_\_\_\_\_. **Ética e infinito, diálogos com Philippe Nemo**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, s/d.

\_\_\_\_\_. **Totalidade e Infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.

### 5.3. Obras utilizadas sobre Emmanuel Lévinas

BATISTA, João Bosco. **O desejo: giro ético no conceito de liberdade em Lévinas**. In: Revista Estudos Filosóficos, nº 1/2008, DFIME – UFSJ, pp. 84-99. Versão eletrônica. Disponível em: <[http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art8\\_-rev1.pdf](http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art8_-rev1.pdf)>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

COSTA, José André da. **Direitos Humanos como reconhecimento da alteridade no pensamento de E. Levinas**. In: Alteridade e Ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas. Ricardo Timm de Souza, André Brayner de Farias e Marcelo Fabio (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 189-216.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

HERNANDÉZ, Francisco Xavier Sánchez. **Estima de sí y alteridad. Una reflexión a partir de Paul Ricoeur y de Emmanuel Levinas**. In: Franciscanum, Revista de Las Ciencias del Espíritu de la Universidad de San Buenaventura de Bogotá. Volume LV, nº 160, julho-dezembro de 2013. pp. 111-133. Disponível em: <<http://revistas.usbbog.edu.co/index.php/Franciscanum/article/view/439>>. Acesso em 14 de novembro de 2015.

HUTCHENS, Benjamin. **Compreender Lévinas**. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2009.

MELO, Edvaldo Antonio de. **Provocações sobre a liberdade em Levinas.** In: Iconoidentia: Revista Eletrônica de Filosofia da Faculdade Arquidiocesana de Mariana. Volume 1, Número 1, julho-dezembro 2013. pp. 76-86. Disponível em: < <http://inconfidentia.famariana.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/6.pdf>>. Acesso em 12 de novembro de 2015.

PONTIN, Fabrício. **A (in)suportabilidade do outro.** In: Alteridade e Ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas. Ricardo Timm de Souza, André Brayner de Farias e Marcelo Fabrio (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 175-188.

ROCHA, André Luiz Pinto da. **A ‘fenomenologia da noite’ do ‘il y a’ no pensamento de Emmanuel Levinas.** In: Alteridade e Ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas. Ricardo Timm de Souza, André Brayner de Farias e Marcelo Fabrio (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 61-75.

RUIZ, Castor B. **Emmanuel Levinas, Alteridade & Alteridades – Questões da modernidade e a modernidade em questão.** In: Alteridade e Ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas. Ricardo Timm de Souza, André Brayner de Farias e Marcelo Fabrio (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 117-148.

SOUZA, Ricardo Timm de. **“Só há uma expressão para a verdade: o pensamento que nega a injustiça” – Levinas e Adorno.** In: Alteridade e Ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas. Ricardo Timm de Souza, André Brayner de Farias e Marcelo Fabrio (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 389-400.

TORRES, Shirley Lucindo. **Responsabilidade, Proximidade, Sensibilidade: A intersubjetividade ética em Emmanuel Lévinas.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Juiz de Fora para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Juiz de Fora: UFJF, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia.** Tradução de Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

#### *5.4. Legislação e Resoluções*

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.263/1996:** promulgada em 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.434/1997:** promulgada em 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 1.184/2003.** Senado Federal. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Coordenação de Comissões Permanentes – DECOM – p. 6612.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. **Resolução CFM nº 1.358/1992.** Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, Seção I, p.16053.

\_\_\_\_\_. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. **Resolução CFM nº 1957/2010.** Publicada no D.O.U., 06 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79.

\_\_\_\_\_. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. **Resolução CFM nº 2.013/2013.** Publicada no D.O.U., 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

ESPAÑA. **Ley nº 35 de 22 de noviembre de 1988.** Sobre técnicas de reproducción asistida, modificada por las leyes 10/1995, del Código Penal y 45/2003. Publicada no BOE nº 282, de 24 de novembro de 1988, pp. 33373-33378.

\_\_\_\_\_. **Ley nº 14 de 26 de mayo de 2006.** Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicada no BOE nº 126, de 27 de maio de 2006, pp. 19947-19956.

##### *5.5. Textos Bíblicos*

BÍBLIA SAGRADA. Antigo e Novo Testamento. (Tradução Ecumênica – TEB). 3ª edição revista e corrigida. São Paulo: Loyola / Paulinas, 1995.