

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ANA BEATRIZ FLÓRIDO CÔRTEZ

**POSSIBILIDADE DA INSERÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A
TÍTULO ONEROSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

SÃO PAULO
2020

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ANA BEATRIZ FLÓRIDO CÔRTEZ

**POSSIBILIDADE DA INSERÇÃO DA GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO A
TÍTULO ONEROSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à banca examinadora da Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Ms.Lia Cristina Campos Pierson.

SÃO PAULO
2020

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus pais, que sempre trabalharam e batalharam muito para me proporcionar uma boa educação, muitas vezes sacrificando os próprios sonhos, para que eu e meus irmãos pudéssemos alcançar uma boa formação pessoal e profissional. Agradeço imensamente, pelo amor, insistência, dedicação, compreensão, apoio, motivação, torcida e suporte que me deram ao longo da minha criação e em especial nesses últimos cinco anos.

Aos professores e mestres que contribuíram com minha formação acadêmica, por cada aula, debate, palestra e ensinamentos. Em especial, a minha orientadora, Lia Cristina Campos Pierson, que me ajudou com a elaboração do presente trabalho.

Aos meus amigos de vida e ao meu namorado, por todo incentivo, apoio, carinho e compreensão, vocês são incríveis.

Aos meus amigos de turma, obrigada por terem tornado essa caminhada mais leve e divertida, a amizade e o apoio de vocês foram essenciais para eu chegar até aqui, sou muito grata por ter conhecido e me aproximado de cada um de vocês.

Ao Handebol Feminino Mackenzie, que me acolheu à família desde o primeiro dia de treino, pela parceria, união, garra, carinho, broncas e ensinamentos, vocês me impulsionaram a crescer e buscar ser a minha melhor versão dentro e fora de quadra. Em muitos momentos durante o curso, vocês foram minha razão para persistir e minha força para continuar. Não existem palavras suficientes para demonstrar minha gratidão, por fazer parte da história desse time, levarei vocês para o resto da minha vida!

E principalmente eu agradeço a Deus, pois sem Ele eu nada seria.

POSSIBILIDADE DA INSERÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ANA BEATRIZ FLÓRIDO CÔRTEZ¹

RESUMO: O presente artigo científico visa analisar a técnica de reprodução humana assistida da gestação de substituição no âmbito da legislação brasileira. Essa técnica possibilita que indivíduos impedidos de gerarem o próprio filho por meios naturais, alcancem o sonho e objetivo de aumentar a prole, por meio da cessão temporária do útero de uma terceira pessoa a relação. O trabalho apresenta quais são as características, o procedimento, os princípios norteadores e a regulamentação dessa técnica, analisando as lacunas legais que possibilitam a inserção do contrato de gestação de substituição a título oneroso no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras chave: reprodução humana assistida. gestação de substituição. barriga de aluguel. cessão temporária do útero. maternidade por substituição. gestação por outrem. legislação brasileira. contrato de gestação de substituição. oneroso.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the technique of assisted human reproduction of surrogacy within the scope of Brazilian legislation. This technique allows individuals who are prevented from generating their own child by natural means, achieving the dream and goal of increasing their family, through the temporary use of the uterus of a third person to the relationship. The paper presents the characteristics, procedure, guiding principles and regulation of this technique, analyzing the legal gaps that enable the insertion of the gestational surrogacy contract in the Brazilian legal system (in return for payment).

Keywords: assisted reproduction. gestational surrogacy. surrogacy. gestational carrier. IVF surrogacy. brazilian legislation. gestational surrogacy contract. against compensation.

SUMÁRIO

Introdução 1. Reprodução Assistida: conceito, evolução histórica e espécies. 2. Gestação de Substituição 2.1 Conceito e procedimento 2.2 Princípios que orientam a gestação de substituição - Princípio da não maleficência - Princípio da justiça ou equidade - Princípio beneficência - Princípio da autonomia – 2.3 Regulamentação 3.0 Conflitos com a legislação brasileira 3.1. A gestação de substituição e a legislação brasileira 3.2 Os limites do alcance do estabelecido em resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) 4.0 Contrato de gestação de substituição a título oneroso. Conclusão Referências Bibliográfica

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

INTRODUÇÃO

Os direitos sexuais e reprodutivos, certificam aos indivíduos a liberdade de escolha sobre a reprodução natural. São direitos básicos que podem ser exercidos de maneira negativa (através de uso de métodos contraceptivos) ou positiva (quando os indivíduos optam pela escolha de se procriar e ter um filho), dependendo da intenção da pessoa ou casal.

Desde o surgimento da medicina, pesquisadores, cientistas e profissionais da saúde buscam solucionar e reverter diagnósticos, a fim de ajudar seus pacientes e solucionar seus problemas. Uma questão que assolou homens e mulheres, por muitos anos, é a da esterilidade e a ciência nos possibilitou contornar essa condição, com o desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida.

Em concordância com Genival Veloso de França (2001, p. 225), a definição de reprodução assistida é a seguinte:

“O conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”

Diversas são as possibilidades de realizar um procedimento de reprodução assistida e com os avanços tecnológicos e a velocidade que novas descobertas vêm ocorrendo, fica cada vez mais difícil para o nosso ordenamento jurídico acompanhar a produção de normas e leis que regrem esses procedimentos e regularizem ou não o seu uso.

O presente trabalho dividir-se-á em quatro partes: (i) na primeira parte serão abordadas quais são as técnicas de reprodução assistida e sua evolução histórica; (ii) na segunda, será aprofundada a técnica de gestação de substituição, seu procedimento, princípios e regulamentação; (iii) a terceira trará os conflitos desse procedimento com a legislação brasileira; e (iv) a última parte versará sobre o contrato de gestação de substituição a título oneroso.

O objetivo deste artigo é fazer uma análise crítica da legislação brasileira, demonstrando as lacunas legais a respeito das técnicas de reprodução assistida, especialmente em relação à gestação de substituição, enfatizando a problemática da ausência de lei que regularize e normatize o procedimento, bem

como, abordando a possibilidade de inserção da gestação de substituição a título oneroso no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Reprodução Assistida: conceito, evolução histórica e espécies.

Desde os primórdios da história da humanidade, o problema da esterilidade é uma realidade que assolou diversas famílias ao longo das gerações. Até o século XV as pessoas condicionavam essa disfunção às mulheres, somente no século XVII é que se reconheceu a esterilidade masculina. Devido ao esmero e perseverança de muitos médicos e cientistas, alguns séculos depois, foram descobertos e desenvolvidos diferentes métodos de reprodução humana assistida.

Historicamente as técnicas de inseminação artificial, foram aplicadas no século XIV em animais, pelos árabes para a reprodução de cavalos de raça e a melhoria de seus plantéis (SCARPARO, 1991, p.89). Foi no século XVIII que ocorreu a primeira experiência com a inseminação artificial humana, realizada pelo inglês John Hunter. Inicialmente essa alternativa sofreu diversas críticas e desaprovações, principalmente porque para esse procedimento, a coleta do material genético masculino depende da masturbação, prática considerada ilícita pela igreja católica no século XIX.

Desde então muitos outros cientistas e pesquisadores fizeram inúmeras experiências com animais de diferentes espécies, a fim de continuar a busca por um método eficaz de inseminação artificial eficaz. Somente em 1953, Smith conseguiu desenvolver uma forma de congelamento dos embriões em fase de pré-implantação. Com o aprimoramento das técnicas e experimentos, em 1984 a Sociedade Americana de Fertilidade, manifestou-se quanto à fertilização *in vitro*, posicionando-se favorável frente ao método e decretando ser uma opção ética quando utilizado em casos de infertilidade e esterilidade.

Os pioneiros no ramo da fertilização *in vitro* no Brasil foram o Dr. Milton Nakamura, de São Paulo e o Prof. Dr. Nilson Donadio da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo em 1984, que teve seus resultados discutidos em um Simpósio de Reprodução Humana em São Paulo, ambos falecidos (DONADIO, 2010, p.257). No Brasil o primeiro bebê de proveta se chamou Ana Paula e nasceu em 07.10.1984.

Os anos 90 foi a década de reprodução assistida no Brasil. A maioria das clínicas existentes no país surgiram nesta década. Em 1993 foram realizadas 300 tentativas de fertilização artificial e em 2017 foram feitos 36.307 procedimentos do gênero.

Conforme a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a reprodução assistida consiste em técnicas e métodos para auxiliar na resolução de problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. Os métodos aceitos pelo Conselho Federal de Medicina são os seguintes: doação de gametas ou embriões, inseminação intrauterina, a fertilização *in vitro* e a gestação de substituição. Cada um desses procedimentos, são indicados conforme os quadros clínicos das partes envolvidas.

A inseminação artificial foi a primeira técnica a ser desenvolvida e consiste em uma forma de fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula, ou seja, sem a ocorrência do coito. O material germinativo fecundante masculino é introduzido diretamente no útero da mulher. Contudo, nem sempre ocorre a fecundação, por alguns fatores do próprio corpo da receptora do material, como por exemplo, a época da ovulação, ou o momento correto da ovulação.

A inseminação artificial pode ser: homóloga (o espermatozoide do marido é introduzido no útero da esposa); heteróloga (o espermatozoide induzido no útero da mulher é de um doador fértil); e bisseminal (por insuficiência de espermatozoides do marido, mistura-se o sêmen de doador desconhecido antes de introduzi-los no útero da mulher).

A fecundação *in vitro* consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de doador desconhecido, e depois de fecundado se introduz no útero da mulher ou de outra mulher (gestação de substituição). Para que essa técnica resulte em gravidez é necessário que sejam extraídos da mulher vários óvulos, que se consegue por meio de estimulação artificial ou superovulação, os quais fecundados darão origem a vários embriões, que deverão ser transferidos ao útero da mulher. Ocorre que, desse procedimento o fenômeno da gravidez múltipla pode ser uma realidade, uma vez que são introduzidos mais de um embrião.

A gestação de substituição, também conhecida como maternidade por sub-rogação ou barriga de aluguel, é o procedimento que possibilita que pessoas

e casais, incapazes de gestar, constituam uma família, através da cessão temporária do útero de uma terceira pessoa para a gestação.

Muitas são as técnicas de reprodução assistida, contudo o presente trabalho aprofundará a técnica da gestação de substituição, abrangendo seu conceito, procedimento, regulamentação, princípios e principalmente as lacunas legais que abrem margem à interpretação e aplicabilidade como veremos adiante.

2. Gestação de Substituição

2.1. Conceito e procedimento

Essa técnica de reprodução assistida também é conhecida por cessão temporária do útero, maternidade por substituição, gestação por outrem, maternidade por sub-rogação e barriga de aluguel, e consiste em utilizar o útero de uma mulher saudável e apta, para gerar uma criança, que após o nascimento deve ser entregue/devolvida aos pais.

Esse procedimento relativizou o pressuposto "*mater certa est*" e a concepção de filiação. A expressão mencionada, significa que a maternidade é sempre certa. Em razão do parto, vincula-se a gestora e o filho em virtude da gravidez. Durante muitos séculos e gerações, para o direito e para a sociedade em geral, existiu uma correspondência entre a gestora e a mãe, isto é, quem gera uma criança é a mãe dela, pois a maternidade é sempre exposta, não há como esconder uma gravidez. No entanto, como de costume para o Direito, há uma exceção, onde é necessário separar a mulher que fica grávida e vai gerar uma vida, da mulher que não engravidou, contudo é a mãe da criança que nascerá. A ciência superou esse pressuposto, ao possibilitar que uma terceira gerasse em seu útero um filho que não é seu e o Direito superou esse pressuposto, ao estender a concepção de filiação. Como bem disse o cientista Albert Einstein: "a nossa tecnologia superou a nossa humanidade"

Com o desenvolvimento de técnicas de procriação artificial, houve um condicionamento da sociedade a uma mudança efetiva nas relações de parentesco, pois a verdade biológica passa a ser desconsiderada, em proveito da verdade afetiva. A filiação, portanto, atualmente está fundada nas relações afetivas, não interessando a forma como o filho é concebido, e nem mesmo a sua origem genética, demonstrando assim que os vínculos de filiação provêm da

autonomia da vontade. (ALMEIDA, 2010, p. 95). Desse modo compreende-se que todas as espécies de filiação derivadas de técnicas de reprodução assistida, são irrevogáveis.

Conforme abordado por José Bueno e Daniel Menezes (BUENO e MENEZES, 2015, p. 24), as principais razões que levam casais e pessoas a buscarem esse procedimento em específico são: ausência de útero (congenita – Ex: Síndrome de Rokitanski), ou adquirida (histerectomia – Ex: Câncer de ovário em idade jovem), patologia uterina de tratamento cirúrgico, contra-indicação médica à gravidez por motivo de insuficiência renal severa ou diabetes grave insulino-dependente, para alguns casais a própria idade (por exemplo pessoas com mais de 50 anos) e também outros fatores como o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e a afirmação das famílias monoparentais.

Cabe ressaltar a importância em diferenciar a mãe portadora, da “mãe” substituta. A primeira é aquela que irá gerar a criança que foi concebida *in vitro*, ela apenas empresta/cede o útero, para que o embrião seja gerado em seu corpo. A segunda é aquela que ao mesmo tempo é gestante e genitora, em virtude de ter cedido seus óvulos, tornando-se mãe biológica. Independentemente de ser mãe portadora ou mãe substituta, quando do nascimento da criança, deverá a “mãe” de substituição entregar a criança ao casal/devolver o filho ao casal que desejou e realizou o planejamento familiar. De modo geral, essa técnica será cabível quando o indivíduo ou o casal não conseguir levar a termo uma gravidez e, por isso, recorrem a uma mulher que gestará o embrião.

Trata-se de um procedimento muito versátil e pode se dar de várias formas, dentre as quais Guilherme Calmon Nóbrega da Gama elege como as mais usuais: (a) a gestação de substituição, que envolve o embrião de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; (b) a gestação de substituição que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser a mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental; (c) a gestação de substituição que consiste no

embrião formado a partir de união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante. (GAMA, 2008, p 374)

2.2. Princípios que orientam a gestação de substituição

Todas as técnicas de reprodução assistida são regidas por princípios constitucionais e bioéticos, que visam resguardar e limitar os avanços tecnológicos no âmbito da biologia e da medicina.

O Dr. Joaquim Clotet Martí (CLOTET, 2006), definiu a bioética nos seguintes termos:

“A bioética é uma ética aplicada que se ocupa do uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por elas apresentados. Trata-se, portanto, de um ramo específico da filosofia moral com características próprias.”

A bioética possui quatro princípios essenciais: da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça. Tais princípios são de extrema importância quando se tratando da gestação de substituição, vez que estão diretamente relacionados à direitos constitucionais à vida (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal – “CF”) e à saúde (art. 196, CF) dos seres vivos.²

O **Princípio da não maleficência**, refere-se à obrigação de não causar mal ou praticar dano intencional a outrem e deriva da máxima da ética médica “*primum non nocere*”, que significa “primeiro não faça nenhum mal”. Trata-se de uma conduta omissiva dos médicos, eles devem evitar procedimentos e riscos desnecessários aos seus pacientes.

O **Princípio da justiça ou equidade**, defende que todas as pessoas e pacientes devem ser tratados igualmente, não pode haver qualquer tipo de discriminação, independentemente de qualquer coisa, inclusive das condições financeiras do paciente. Esse princípio está previsto em cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, que estabelece que a igualdade é um direito inviolável.

² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O **Princípio beneficência**, é inerente à atividade médica, assim como o princípio da não maleficência e diz respeito à obrigação dos médicos de apenas empregar e adotar procedimentos que farão bem ao paciente, seja ele (a) quem for respeitando o princípio da justiça e equidade.

O **Princípio da Autonomia**, defende que os médicos devem respeitar a vontade de seus pacientes ou de seus responsáveis/representantes, a despeito de seus valores morais, princípios, crenças e etc.

Uma vez que, todas as informações sobre o procedimento – informações de caráter biológico, jurídico, ético e seus riscos – tenham sido expostas e esclarecidas aos pacientes ou representantes, eles têm a autonomia e a liberdade individual de decidir proceder ou não com o tratamento.

2.3. Regulamentação

Ao analisar os dispositivos do Código Civil (“CC”) que tratam sobre reprodução assistida (art. 1.597, incisos III, IV e V do CC), pode-se observar que existe uma lacuna em relação à normalização da técnica de gestação de substituição.³

Por ausência de lei ordinária que discipline sobre as técnicas de reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina estabelece algumas condições e exigências gerais para a utilização da Gestação de Substituição, em sua resolução nº 2.168/2017. As primeiras exigências estão previstas no capítulo I da referida resolução, que dispõe sobre os princípios gerais e as outras estão previstas no capítulo VII, que abrange o procedimento da gestação de substituição (cessão temporária do útero).

A primeira exigência dispõe que as técnicas de reprodução assistidas só podem ser utilizadas, desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou possível descendente, respeitando-se assim o princípio da não maleficência.

A segunda exigência está vinculada ao princípio da autonomia. A fim de que se prossiga com o procedimento de gestação de substituição, todas as partes envolvidas devem apresentar um documento comprobatório onde conste

³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

seu consentimento livre e esclarecido, ou seja, todos os envolvidos devem estar cientes de todos os aspectos médicos, informações de caráter biológico, jurídico e ético decorrentes do procedimento.

A terceira e a quarta exigência dizem respeito a aspectos da cedente temporária do útero. A primeira, é a questão etária, a resolução estabeleceu 50 (cinquenta) anos, como a idade máxima para as candidatas à gestação de substituição. E a segunda, trata-se da questão da escolha da cedente, ela deve pertencer à família de um dos futuros pais da criança em parentesco consanguíneo até o quarto grau (situação prevista e indicada na resolução), mas também existe a possibilidade de ser uma pessoa que não tem parentesco consanguíneo com as partes e nesse caso estará sujeita à autorização do Conselho Federal de Medicina, para poder prosseguir com o procedimento.

A quinta exigência estabelece quais são os documentos que devem constar no prontuário da cedente temporária do útero e estão previstos no item 3 do capítulo VII da Resolução em questão, que diz o seguinte:

- “3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:
- 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
 - 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
 - 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
 - 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
 - 3.5. Compromisso de registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe, ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
 - 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.”

O último requisito exigido pela Resolução, estabelece que a cessão temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial. Está última exigência foi a razão que motivou a escolha do tema do presente trabalho, trata-se de uma disposição polêmica, não fundamentada e sem poderes para surtir efeitos de lei, como se verá no próximo capítulo.

3. Conflitos do procedimento de gestação de substituição com a legislação brasileira e sua normatização

3.1. A gestação de substituição e a legislação brasileira

A técnica da gestação de substituição como já explicado, é a cessão temporária do útero de uma terceira pessoa, que não terá vínculo de filiação com a criança que será gestada. Esse ato de ceder o útero temporariamente, para que outras pessoas possam realizar o sonho e exercer o seu direito ao planejamento familiar, implica que a mãe substitua, tem autonomia para fazê-lo.

O direito ao planejamento familiar, não somente é assegurado pelo Estado no art. 226, § 7º da CF⁴, como também é de competência dele, proporcionar recursos educacionais e científicos para que esse direito seja resguardado. Dessa forma, o papel do Estado é de garantidor e ele não deveria criar vedações e limitações ao desenvolvimento de novas técnicas e alternativas de reprodução assistida, desde que elas respeitem os princípios constitucionais e bioéticos.

Esse direito é fundamentado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável e esse segundo princípio foi apreciado por José Afonso da Silva (Silva, 2016, p. 867), nos seguintes termos:

“A paternidade responsável, ou seja, a paternidade consciente, não animalésca é sugerida. Nela a dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar, que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício. A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições públicas ou privadas (cf. Lei 9.263, de 12.1.96)”

Nesse sentido, posiciona-se João Guilherme Monteiro Petroni (PETRONI, 2009, p.27):

“[...] tal prática, ao contrário do que alardeiam alguns, não viola, em absoluto, a Constituição Federal (LGL/1988/3), em especial o princípio da dignidade humana. [...] não há nada de indigno em um homem e uma mulher, que reúnam condições psicológicas, sociais e financeiras

⁴ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

e que queiram ter um filho, mas não o possam, terem este filho por meio do auxílio de uma outra mulher que se proponha a ajudá-los, oferecendo seu útero para a gestação, tudo isto desde que, logicamente, esta hospedeira reúna condições biológicas para tanto.”

E em se tratando da disposição do próprio corpo e dos direitos da personalidade, estes vêm disciplinados no Capítulo II do CC e abrangem direitos como à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à imagem, à privacidade e ao nome. São direitos que resguardam a dignidade humana.

Sobre a dignidade humana, dispõe o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (VENOSA, 2019, p.23):

“[...] São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos. Para muitos os direitos de personalidade são direitos inatos, ínsitos à pessoa, cabendo ao Estado reconhecê-los.”

Os artigos 13 e 14 do CC⁵, discorrem sobre a disposição do próprio corpo, que pode ocorrer desde que não haja redução permanente da integridade física dele, desse modo, conclui-se que a mãe substituta fica desimpedida de ceder seu útero temporariamente, para que o embrião fecundado *in vitro* possa ser gerado em seu corpo.

O art. 199, § 4º da CF⁶, proíbe a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, hipótese que não se enquadra na realização e utilização da técnica de gestação de substituição, vez que a mãe substituta não irá doar seu útero, irá cedê-lo temporariamente e ao término da gestação o órgão em questão permanecerá sendo seu.

Não há previsão no Código Civil, que discipline especificamente sobre a gestação de substituição, o único artigo que fala de reprodução assistida, apenas

⁵ “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.”

“Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.”

⁶ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

faz menção às técnicas da fecundação e concepção artificial homóloga (art. 1.597, incisos III e IV) e da inseminação artificial heteróloga (art. 1.597, inciso V).

Tal artigo está previsto no capítulo II, do subtítulo II do Código Civil (“Das relações de parentesco”), que trata do tema “Da Filiação” e estabelece que se presumem concebidos na constância do casamento, os filhos que se enquadrem nas hipóteses de seu incisos, contudo não prevê uma regulamentação para as técnicas citadas.

Conforme o levantamento de projetos de lei brasileiras sobre reprodução assistida realizado por Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa, desde 1993, diversos projetos de lei foram apresentados, visando a regulamentação desses procedimentos, no entanto **até o momento não houve promulgação de lei.**⁷

A ausência de lei específica sobre a técnicas de reprodução assistida no Brasil é um problema seríssimo e muito mais delicado do que parece. A inexistência de lei sobre o tema não impede que os procedimentos sejam utilizados e a falta de normatização abre espaço para muitos questionamentos e diferentes interpretações, resultando em uma grande insegurança jurídica.

3.2. Os limites do alcance do estabelecido em resoluções do Conselho Federal de Medicina (“CFM”)

O CFM, desde a promulgação da Lei nº 3.268 de 1957, tem natureza jurídica de autarquia federal⁸ e foi criado com o intuito de ser um órgão

⁷ “No tocante às tentativas de edição de lei específica, até o momento, os seguintes projetos de lei tratando de matéria de RHA foram propostos no Brasil: PL 3638/93 (situação: arquivado); PL 2855/1997 (Situação: apensado ao PL1184/2003); PL 90/99 (Aprovada por Comissão em decisão terminativa, com destino à Câmara dos Deputados, desde 28/12/2007 encontra-se aguardando decisão da câmara); PL 4665/2001 (Situação: Apensado ao PL2855/1997); PL 6296/2002 (Situação: Apensado ao PL1184/2003); PL 120/2003 (Situação: Apensado ao PL1184/2003); PL 1135/2003 (Situação: Apensado ao PL2855/1997); PL 1184/2003 (Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania); PL 2061/2003 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 4555/2004 (Situação: Apensado ao PL 3055/2004); PL 4686/2004 (Situação: Apensado ao PL 120/2003); PL 4889/2005 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 5624/2005 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 6150/2005 (Situação: Arquivada); PL 7701/2010 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 4892/2012 (Situação: Apensado ao PL 1184/2003); PL 115/2015 (Situação: Apensado ao PL 4892/2012). - COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque. Direitos Reprodutivos, Planejamento Familiar e Reprodução Humana Assistida no Brasil no Atual Estado da Arte. Cad. Ibero-Americano de Direito Sanitário, Brasília, 2016, jul./set, 5(3):80-103.

⁸ O decreto Lei 200/1967, em seu art. 5º, I, define autarquia nos seguintes termos: “Serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

fiscalizador e normatizador da prática médica e da ética profissional⁹. Inicialmente, sua competência restringia-se ao registro profissional dos médicos e a aplicações de sanções éticas por descumprimento a normas previstas em resoluções e no Código de ética médica, contudo, com os avanços tecnológicos e descobertas no campo da medicina, novas responsabilidades foram assumidas por esse órgão (LIMA, 2019), como por exemplo o disposto no art. 7º da Lei 12.842/2013, que determina que é de competência do CFM, editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.¹⁰

Essas normas, são normas deontológicas¹¹ e vêm estabelecidas na forma de resoluções e devem ser observadas e respeitadas somente pelos profissionais da classe médica. Em se tratando de um ente da Administração Pública indireta, é importante esclarecer, que ele não possui competência legislativa, suas normas não exercem função de lei aos indivíduos que não compõe essa classe profissional e de maneira alguma pode afetar os direitos e garantias constitucionais das pessoas.

Diante o exposto, resta claro que o dispositivo da Resolução nº 2.168 de 2017 do CFM, que proíbe que o procedimento da cessão temporária do útero tenha caráter lucrativo ou comercial, não tem eficácia e não deveria ser previsto na resolução do CFM, vez que esse órgão não tem poder outorgado para regulamentar e normatizar conduta de não médicos.

⁹ Lei nº 3.268/1957: “Art. 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.” e “Art. 2º O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”

¹⁰ Lei 12.842 de 2013: “Art. 7º Compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.

Parágrafo único. A competência fiscalizadora dos Conselhos Regionais de Medicina abrange a fiscalização e o controle dos procedimentos especificados no *caput*, bem como a aplicação das sanções pertinentes em caso de inobservância das normas determinadas pelo Conselho Federal.”

¹¹ O termo Deontologia surge das palavras gregas “déon, déontos” que significa dever e “lógos”. Desse modo, entende-se por deontologia o conjunto de deveres, princípios e normas que devem ser adotadas por um grupo profissional. A deontologia é uma disciplina da ética adaptada ao exercício de cada profissão.

4. Contrato de gestação de substituição a título oneroso

Antes de aprofundarmos o debate sobre o contrato de gestação de substituição, é importante esclarecer que a liberdade é um direito garantido constitucionalmente em diferentes âmbitos e áreas do direito. Especificamente, o art. 5º, inciso II, da CF determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹² Diante dessa premissa, conclui-se que todo tipo de restrição a qualquer forma de liberdade deve ser previamente estabelecido em lei, vez que a liberdade é a regra e sua restrição é exceção.

A liberdade de contratar, não pode ser exercida de forma absoluta, ela possui algumas restrições e os contratantes devem observar as condições materiais e formais de validade do contrato, para que o negócio jurídico tenha efeito. Nesse sentido dispõe o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVEZ, 2019, p. 33):

“Os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a) *de ordem geral*, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104); b) *de ordem especial*, específica dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades”

O primeiro requisito para validar um negócio jurídico é a **capacidade das partes** e no contrato de gestação de substituição essa capacidade é rigidamente avaliada. Como já explicado no capítulo II do presente artigo, esse procedimento só pode ser realizado desde que haja o consentimento livre e esclarecido das partes, bem como sejam realizados exames físicos e psíquicos, a fim de garantir a capacidade de discernimento dos envolvidos.

Com a ausência de lei ordinária que discipline sobre as técnicas de reprodução assistida, **não há forma prescrita** no caso do contrato de gestação de substituição, adotando-se assim a forma livre, prevalecendo o consensualismo entre as partes. Os envolvidos devem, de forma consensual, estabelecer os termos do contrato e determinar quais são as obrigações assumidas por cada contratante.

¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

No que concerne a **licitude do objeto** do contrato, é importante esclarecer que apesar de ser popularmente conhecido como “barriga de aluguel”, o contrato de gestação de substituição equipara-se a um contrato de prestação de serviços e não de locação. Nesse âmbito disciplina Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, 2005, p. 511/512):

“O contrato não se enquadra como de locação de coisa, na espécie do útero, pois nesta figura uma pessoa entrega a alguém – o locatário –, durante certo espaço de tempo, e mediante uma remuneração combinada, o uso e gozo de um bem não fungível. A função de gestora sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais genéticos. Embora não tenha qualquer participação na fecundação ou no fornecimento do óvulo, ela converte-se em prestadora de serviços relativamente aos pais genéticos e ao futuro feto. Os serviços vão desde a prestação de alimentos, respiração, calor, ambiente próprio para o crescimento do embrião e posteriormente feto, até uma série de condutas que deve assumir, como a observância de hábitos alimentares, moderação nos esforços físicos, consultas médicas regulares, controle nas emoções e abstinência de vícios.

[...] justifica-se a remuneração em face da série de cuidados e posturas a que se obriga a gestora. O fato do aumento do ventre, da perda de agilidade, faz constantes visitas médicas, da disponibilidade total para todas as limitações é que procura um enfoque justificativo da remuneração.”

Os contratos de prestação de serviços, tem por características a bilateralidade, consensualidade, comutatividade e a onerosidade. A contraprestação pecuniária é lícita e autorizada, com fundamento no disposto no art. 594, do CC¹³. Carlos Gonçalves explica que todo tipo de serviço, desde que lícito, pode ser objeto dessa espécie de contrato, sem fazer distinção entre trabalho braçal ou intelectual. (GONÇALVES, 2019, p. 367).

O negócio jurídico realizado entre a mãe portadora e o casal/indivíduo não é de compra e venda, não é de doação, é de prestação de serviços. A mãe portadora, de livre e espontânea vontade, se dispõe a ceder o seu útero temporariamente (por período biologicamente determinado), mediante remuneração pela prestação do serviço de gerar um filho para o casal/indivíduo impossibilitado. Nesse sentido dispuseram Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 108):

[...] Tal como ocorre em qualquer outra profissão, a “locadora do útero” seria uma profissional, com direito à recompensa. O fato de a remuneração ser feita no ato de entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas especificidades.”

¹³ “Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.”

Considerando que a Resolução nº 2.168 de 2017 do CFM, só pode estabelecer normas aos profissionais da medicina, não podendo ser aplicada para regulamentar contratos celebrados entre indivíduos fora dessa classe profissional e que não há em nosso ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma restrição legal que impeça a prática desse tipo de procedimento, o objeto do aludido contrato é lícito.

Ante o exposto, conclui-se que o contrato de gestação de substituição a título oneroso é válido (desde que não apresente nenhum vício de consentimento e não apresente causas de extinção do contrato), uma vez que este não viola as condições formais da validade do negócio jurídico e nem viola lei que proíba a conduta e para que uma conduta seja coibida, é necessária sua previsão legal (RIZZARDO, 2005, p. 512).

CONCLUSÃO

A gestação de substituição, como explica o presente trabalho, é a técnica de reprodução humana assistida, que possibilita que indivíduos impedidos de gerarem o próprio filho por meios naturais, alcancem o sonho e objetivo de aumentar a prole, por meio da cessão temporária do útero de uma terceira pessoa a relação.

Ocorre que, essa alternativa não é uma prática recente na sociedade, os debates e discussões em relação a esse tema, já tem mais de vinte e cinco anos, e iniciaram no Brasil em 1992. No entanto, até o momento não houve promulgação de lei a respeito das técnicas de reprodução humana assistida. A ausência de lei, não fez com que a população deixasse de buscar e utilizar essas técnicas, pelo contrário, a procura por esses procedimentos aumenta a cada ano.

O Conselho Federal de Medicina, com boas intenções, tenta regulamentar minimamente o procedimento, contudo como demonstrado previamente, extrapola sua competência ao tentar vedar o caráter lucrativo ou comercial da cessão temporária do útero. A este ente somente compete a obrigação de elaborar e desenvolver normas que regulamentem os limites da conduta médica, não tendo poder suficiente para causar impacto nas relações contratuais de indivíduos não médicos.

Diante de ausência legal a respeito desse tema e da falta de competência do CFM para elaborar resoluções que regulem a relação dos contratantes, resta claro que a celebração de um contrato de gestação de substituição a título oneroso no Brasil é possível sim.

A celebração desse contrato, não fere os princípios constitucionais e da bioética, não vai de encontro a nenhum dispositivo legal que proíba essa conduta, não viola as condições formais da validade dos negócios jurídicos e não afronta as normas de ordem pública, dessa forma, conclui-se que sua prática é permitida.

Contudo, é importante evidenciar a problemática existente em razão da omissão do Poder Legislativo a respeito das técnicas de reprodução humana assistida. As lacunas legais a respeito da gestação de substituição abrem espaço para diferentes interpretações a respeito dessa temática. Sua normatização resultaria em uma maior segurança jurídica para as partes contratantes, bem como esclareceria questões controversas e conflituosas, ao definir os requisitos e exigências para sua execução e cumprimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Débora Medeiros Teixeira de; PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O Contrato de gestação de substituição a título oneroso no direito brasileiro. *DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*. Campinas. vol. 1. n.1, p. 10-32. Jul./Dez. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 115/2015*. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

BRINSDEN. Peter R. Human Reproduction Update, Volume 9, Issue 5, September 2003, Pages 483–491.

BUENO, José Geraldo Romanello; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Os limites da gestação em substituição na reprodução assistida. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto. n. 24, p. 17-33, Jan./Dez. 2015.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: Uma Aproximação*. 2ª edição. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121 publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque. *Direitos Reprodutivos, Planejamento Familiar e Reprodução Humana Assistida no Brasil no Atual Estado da Arte*. Cad. Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, 2016, jul./set, 5(3):80-103.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helna. *O Estado Atual do Biodireito*. 5.ed. São Paulo : Saraiva, 2008

DONADIO, Nilka Fernandes; DONADIO Nilson; CAVAGNA, Mário. Ovodoação. In: Tratado de reprodução assistida. DIZIK, Arthur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mário e AMARAL, Waldemar Naves (Org.). São Paulo: Segmento Farma, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina legal. 6. Ed. 5. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. – 16. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação 2019.

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

LIMA, Carlos Vital Tavares Corrêa. 2018: ética e transparência nas ações do CFM. Rede dos Conselhos de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28110:2019-03-08-20-23-22&catid=46:artigos&Itemid=18>. Acesso em: 04 de jun. de 2020

MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Gestão de Substituição* – São Paulo: Editora IASP, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões* – São Paulo: Saraiva, 2015.

PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução assistida: a chamada “barriga de aluguel”. Revista IOB de Direito de Família, ano XI, n. 55, Porto Alegre, Síntese, ago-set. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Família e Sucessões* – 7. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

SCARPARO, Mônica Sartori, Fertilização assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro, Ed. Forense. 1991.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo – 39. ed., rev. e atual. / até a emenda constitucional n. 90, de 15.9.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: família – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. RODRIGUES, Cláudia. Código Civil interpretado – 4. Ed., – São Paulo: Atlas, 2019.

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Ana Beatriz Flório Côrtes

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 4154371-8, Período Matutino, Turma 10ºE,

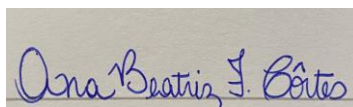
tendo realizado o TCC com o título: Possibilidade de inserção da gestão de substituição a título oneroso no ordenamento jurídico brasileiro.

sob a orientação do(a) professor(a): Lia Cristina Campos Pierson

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 15 de junho de 2020.



Assinatura do discente