

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

NATHALIA HILARIO SILVA

POSSIBILIDADE DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO  
ORDENAMENTO BRASILEIRO EM FACE DA NÃO COMERCIALIZAÇÃO DA VIDA  
HUMANA

São Paulo

2022

NATHALIA HILARIO SILVA

Trabalho de Graduação  
Interdisciplinar apresentado como  
requisito para obtenção do título de  
Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DRA. RENATA DA ROCHA

São Paulo

2022

NATHALIA HILARIO SILVA

POSSIBILIDADE DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO  
ORDENAMENTO BRASILEIRO EM FACE DA NÃO COMERCIALIZAÇÃO DA VIDA  
HUMANA

Trabalho de Graduação  
Interdisciplinar apresentado como  
requisito para obtenção do título de  
Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Examinadora: Prof. Dra. Renata da Rocha

---

Examinadora: Prof. Dra. Márcia Cristiana de Souza Alvim

---

Examinadora: Prof. Dra. Thamara Duarte Cunha Medeiros

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, que fez com que meus objetivos fossem alcançados, durante todos os meus anos de estudos. Aos meus pais e meu irmão, que sempre estiveram ao meu lado, pela amizade incondicional e pelo apoio demonstrado ao longo de todo o período de tempo em que me dediquei a este trabalho.

À Professora Dra. Renata da Rocha, por todos os conselhos, pela ajuda e paciência com a qual guiou o meu aprendizado. À Universidade Presbiteriana Mackenzie, essencial no meu processo de formação profissional, pela dedicação, e por tudo o que aprendi ao longo dos anos do curso.

# POSSIBILIDADE DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO EM FACE DA NÃO COMERCIALIZAÇÃO DA VIDA HUMANA

Nathalia Hilario Silva

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo verificar a viabilidade da gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil, bem como a Resolução 1.950 do Conselho Federal de Medicina, que, atualmente, é o único dispositivo que trata especificamente deste processo. Para isso, será analisado o conceito de filiação parental e as formas como ela se dá, bem como suas consequências jurídicas em procedimentos de reprodução assistida, em especial nos que envolvem a gestação por substituição.

**Palavras-chaves:** Gestação por substituição; Filiação; Reprodução assistida; Biodireito; Bioética.

**Abstract:** This article aims to verify the viability of pregnancy by surrogacy in the light of the Brazilian legal system, especially from the perspective of the Federal Constitution of 1988 and the Civil Code, as well as Resolution 1950 of the Federal Council of Medicine, which is currently the only device that specifically addresses this process. For this, the concept of parental affiliation and the ways in which it takes place will be analyzed, as well as its legal consequences in assisted reproduction procedures, especially in those involving surrogacy.

**Keywords:** Surrogate pregnancy; Affiliation; Assisted reproduction; Biolaw; Bioethical.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Métodos de reprodução assistida. 3. A gestação por substituição. 3.1. Filiação nas gestações por substituição homóloga e heteróloga. 3.2. Casos de gestação transnacional. 4. O ordenamento jurídico brasileiro. 4.1. Gestação como objeto contratual. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a atualidade surgiram diferentes formas para reprodução humana, divergindo da forma sexuada, isso reflete em um confronto com as normas de direito de família, e também

resulta em debates para ressignificar conceitos já estabelecidos, tanto no âmbito ético e em tudo que o leva como base.

A gestação por substituição que também pode ser denominada como maternidade por substituição, é caracterizada por uma das técnicas de reprodução humana, na qual há a participação de um terceiro e a adoção temporária do útero do mesmo para a consumação da gestação. E há modalidades deste tipo de gestação: em um caso a mãe portadora apenas realiza o empréstimo do seu útero, assim, recebendo os embriões doados do casal solicitante do empréstimo do útero, no outro caso recebe o óvulo de uma doadora desconhecida, e ainda há a opção de a mãe de substituição emprestar o útero e ceder os óvulos, sendo inseminado apenas o esperma do marido da mulher infértil.

Também é importante tratar da filiação, que é a ligação de um indivíduo a outro a partir do reconhecimento da paternidade, há, portanto, a filiação socioafetiva que não decorre do vínculo biológico, e sim do vínculo afetivo. Ou seja, possuir o estado de filho é ser tratado como filho fosse diante a sociedade. Porém, em todos esses casos acima descritos a mulher que emprestou seu corpo para a gestação de uma pessoa alheia renuncia a todo e qualquer direito decorrente da maternidade, ao entregar a criança ao casal, este último terá estabelecido a filiação.

Contudo, mesmo com a junção de todos esses conceitos no ordenamento brasileiro a realidade dessas novas técnicas de reprodução humana não possui uma regulação adequada, ou seja, não há instrumentos jurídicos suficientes para as situações fáticas que surgiram com essas técnicas, portanto, há uma enorme instabilidade para as partes que se envolvem nesse processo.

E a problemática é se seria lícito no Brasil um indivíduo pagar para uma concretização de uma gestação por substituição a fim de solucionar uma dor para as pessoas que não se enquadram nas resoluções vigentes sobre o assunto, já que apenas é autorizado aos médicos realizar o procedimento de útero de substituição desde que esse tenha o intuito humanitário, e apenas nos casos que nos quais a mulher que será a mãe detenha de problemas de saúde que sejam suficientemente graves ao ponto de não permitir a gestação ou mesmo quando seja caso de casal homoafetivo, e ainda assim se faz prescindível que a futura gestante possua parentesco consanguíneo de até quarto grau com os pais da criança. Mas quem não preenche os requisitos não teria também o direito de atingir a maternidade ou paternidade com o próprio material genético por meios financeiros e até que ponto isso pode vir a se tornar um comércio.

Portanto, diante dessa lacuna e deficiência legislativa, o objetivo geral desse artigo é a análise da possibilidade de um contrato oneroso de gestação por substituição no âmbito nacional, mas que evite qualquer aspecto de uma possível comercialização da espécie.

## 2 MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Antes de passar às formas de reprodução assistida realizadas no Brasil, é essencial conceituar o que representa a filiação no ordenamento pátrio.

A filiação pode ser compreendida como uma relação jurídica que advém de parentesco em primeiro grau e linha reta, tanto da consanguinidade, quanto por outra origem. Segundo o vocábulo latino *filiatio*, o seu significado é descendência de pais a filhos. A filiação importa em um bojo de deveres e também direitos decorrentes à aqueles que adotaram, ou geraram um filho.

Antigamente a filiação somente era determinada segundo a proteção do casamento, logo só era admitida com o parto. Há um princípio do direito romano “*mater semper certa est*”, de que seria mãe aquela que gestou a criança e a presunção “*pater is eis*”, de que o pai da criança gerada na constância do casamento seria o marido da gestante.

Havia também distinção entre os filhos legítimos, proveniente de dentro do casamento, e dos ilegítimos nascidos fora desse último. Assim, reconhecia-se no Direito Brasileiro unicamente a família que se deu pelo casamento, portanto, apenas os filhos nascidos de relação matrimonial gozavam de proteção. A Constituição Federal de 1988 determinou o fim dessa hierarquia entre os filhos.

Atualmente a paternidade e a maternidade possuem um conceito mais profundo do que simplesmente a ligação biológica, no qual o cuidado, o amor filial e a dedicação ao filho deixam claro uma verdade afetiva. Assim, uma declarada paternidade que é formada pela vontade de interação paterno-filial, muitas das vezes com laços de afeto que até mesmo inexistem qualquer filiação biológica, mas sim a paternidade real e cultural, fruto dos vínculos cultivados durante a convivência.

Ou seja, é perceptível como o sistema de filiação se modificou conforme o decorrer do tempo.

Ao olhar sob essa nova perspectiva gera novos conceitos, como a filiação não ser apenas definida pelo vínculo biológico, porém também pelo vínculo socioafetivo. Segundo, José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 54):

[...] A própria modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos de paternidade.

Ou seja, a paternidade não é mais condicionada a uma relação entre pais e filhos consanguíneos concebidos de forma natural. A filiação é o elo entre um pai e filho que pode ser decorrente de mais de uma maneira, como por fecundação natural, técnica de reprodução assistida heteróloga, homóloga, como por adoção ou mesmo uma por uma relação socioafetiva pela Posse de Estado de Filho.

Passamos, agora, à análise dos métodos de reprodução assistida, começando pelas modalidades de inseminação artificial mais conhecidas e utilizadas na medicina brasileira.

A IIU – inseminação intrauterina – é umas das diversas técnicas de reprodução assistida na qual o processo consiste no depósito do sêmen na uterina da mulher, e isso ocorre quando a mesma está no período fértil, já que é mais alta a probabilidade da concepção da gravidez. A IIU poderá ser realizada tanto com sêmen do parceiro ou com de material biológico de um doador de esperma (AUGUSTO, 2020).

Oscar Barbosa (2017, p. 17), sobre o tema, diz:

IIU é o tratamento inicial para casais com subfertilidade, ou seja, aqueles com ciclos ovulatórios, ao menos uma tuba uterina pérvia e com quantidade suficiente de espermatozoides, após um ano de tentativa sem gravidez. Seu objetivo é fazer com que os espermatozoides móveis possam ser concentrados em um pequeno volume e depositados diretamente no útero no momento da ovulação.

É importante ressaltar que o processo pode ser feito tanto com sêmen que foi colhido logo antes da realização do procedimento, quanto utilizar o sêmen crio-preservado. Portanto, pode a IIU ser realizada de duas formas: quando a mulher é inseminada com o esperma do próprio marido/companheiro, ou utilizando a inseminação heteróloga, com o uso do material biológico de um doador.

A fertilização in vitro – FIV – é outra técnica de reprodução assistida muito popular, e nela ocorre uma coleta de gametas masculinos e femininos, sendo que a fecundação ocorre dentro de um laboratório, e em seguida os embriões são transferidos ao útero da receptora, que pode ser ou não a mesma que cedeu o material genético.

Ou seja, ao contrário de uma fecundação natural ou da IIU, a etapa da fecundação ocorre em um ambiente externo ao corpo materno, iniciando esta vida humana em um laboratório. De acordo com Carlos Henrique M. Silva (2018, p. 140):



A FIV é considerada um tratamento de alta complexidade em infertilidade e consiste na fertilização realizada em laboratório, onde os gametas (óvulos e espermatozoides) são manipulados e unidos com o intuito de formar embriões. Na verdade, o que a FIV faz é realizar no laboratório (in vitro) apenas uma das etapas da concepção. Após a implantação intrauterina do(s) embrião(ões), a evolução ocorre naturalmente.

E há, da mesma forma que na IIU, tanto a FIV homóloga quanto a heteróloga. A homóloga, também nomeada como intraconjugal, consiste em utilizar o material genético do pai da criança, portanto, é feita a utilização do sêmen do esposo ou companheiro da paciente. Álvaro Villaça Azevedo (1996, página 51) é favorável a apenas a esse tipo de inseminação, ou seja, uma inseminação “realizada com embrião constituído de espermatozoide do marido ou do companheiro, aplicado no óvulo da esposa ou companheira, no próprio útero destas; tudo sem que existam embriões excedentes”.

Em contrapartida, a FIV heteróloga é realizada a partir do uso do sêmen de um terceiro, em uma doação de esperma feita no anonimato e observando todas as normas da resolução do Conselho Federal de Medicina. Os procedimentos de Reprodução Assistida, incluindo a chamada “ovodoação”, são regulamentados pela da CFM de 2022 e conforme expresso: “seção I. O capítulo IV informa que: A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

Existe, também, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides – ICSI –, um procedimento indicado para casos envolvendo homens com infertilidade severa, para aqueles que realizaram vasectomia no passado sem possibilidade de reversão, ou mesmo para os que não possuem um vasto número de espermatozoides móveis, por conta de alguma doença infecciosa, infertilidade de causa imunitária, dentre outras causas.

Carlos Henrique (2018, p. 142), em seu livro Manual SOGIMIG, afirma que:

Na ICSI, um espermatozoide é injetado em cada óvulo no laboratório com o auxílio de um microscópio acoplado a um micromanipulador. Esse procedimento possibilitou o tratamento de casais em que o homem tem um número muito baixo de espermatozoides. Muitas vezes não existem espermatozoides no ejaculado, mas eles podem ser obtidos através de uma punção no epidídimo ou no testículo (TESA). Em casos mais severos é necessária uma biópsia testicular (TESE) ou uma microdissecção testicular (micro-TESE). Através da ICSI é possível coletar um único espermatozoide e colocá-lo diretamente dentro do óvulo por meio de uma agulha sete vezes mais fina do que um fio de cabelo.

Ou seja, a ICSI é uma técnica em que a formação do embrião é produzida em laboratório, assim como na fertilização in vitro.

Já a chamada gamete intrafallopian tube transfer – em tradução para o português, transferência intrafalópica de gametas – conhecida com GIFT, é um método no qual primeiro ocorre a coleta de o óvulo da mulher e do espermatozoide do homem, que são combinados em laboratório, e o gameta é, então, inserido na trompa de falópio da mulher, assim permitindo que ocorra a fertilização natural. Para que o processo tenha sucesso, portanto, é essencial que as trompas da mulher estejam sadias.

Por outro lado, a transferência intratubária de zigotos – ZIFT –, é um procedimento no qual os espermatozoides e os óvulos são combinados em laboratório ao serem postos em contato, in vitro, nas condições ideais para a fusão, e logo após a fertilização, o zigoto é transferido a trompa de falópio da mulher. Este procedimento, segundo afirma Lewis (2004), é uma variação da GIFT, pois consiste na introdução de zigotos que foram fertilizados in vitro nas trompas uterinas da mulher, deixando-os encontrarem seu próprio caminho. A diferença entre a ZIFT e a GIFT está na fecundação; ao contrário da GIFT, a fertilização na ZIFT é externa ao corpo da mulher. A ZIFT também possui uma taxa baixa de êxito: cerca de 23% de sucesso (LEWIS, 2004).

Há que se mencionar, também, a chamada reprodução assistida post mortem, que se trata da procriação humana através da utilização dos óvulos, espermatozoides ou do embrião congelado, após o falecimento da mulher ou do homem. Ou seja, é uma técnica possível por conta da criopreservação de gametas, no qual o material germinativo pode ser extraído ou em vida, ou até mesmo após a morte do doador. É importante ressaltar que, mesmo que na maioria das vezes a inseminação post mortem seja relacionada ao pai, também pode ser realizada com óvulos criopreservados, através da gestão de substituição.

Segundo o Conselho Federal de Medicina e o Enunciado 106 do Conselho Nacional de Justiça, é imprescindível a autorização expressa do(a) falecido(a) para que o(a) viúvo(a) se utilize de seu material genético em uma técnica de reprodução assistida, conforme se lê a seguir:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010)

O enunciado do CNJ se refere à utilização do material genético do homem falecido, mas, na atualidade, vale a mesma regra para utilização do material genético feminino, conforme já descrito acima.

Segundo Moraes Carlos (2018, página 85):

Uma das duas correntes doutrinárias quanto à inseminação post mortem no Brasil entende ser esta permitida, uma vez que a legislação não a proíbe, além de existir liberdade para a procriação. (...) Por outro lado, parte da doutrina alega que a utilização dessa técnica é uma afronta a dois princípios constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança, do adolescente e do jovem.

### **3 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**

Passando agora ao assunto central deste artigo, é necessário entender, antes de iniciar o debate sobre os vínculos, a filiação e o ordenamento jurídico brasileiro, o que é a gestação por substituição e no que ela consiste. Para isso, vale trazer um pouco da história deste procedimento.

O primeiro caso conhecido do procedimento ocorreu em 198 no estado americano do Texas, quando Andy e Nancy, um casal que não podia gerar filhos, procurou uma senhora de nome Carol Pavek, que havia publicizado sua disposição a engravidar por outro casal, para a realização do procedimento que viria a ser conhecido no futuro como gestação por substituição. A fecundação ocorreu utilizando uma seringa, com o sêmen do marido Andy.

Também conhecida no discurso popular como a barriga de aluguel, a gestação por substituição é uma técnica de reprodução humana artificial na qual há uma cooperação de uma mulher alheia à relação, chamada de mãe substituta ou mãe de aluguel, para a consumação da gestação, pois a mulher que deseja ser mãe não é capaz de engravidar por alguma razão.

Podem ser utilizados métodos de fertilização in vitro, inseminação artificial e diversas outras técnicas de reprodução assistida nesse processo, com a diferença fundamental, segundo Gama (2003), de que “a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar seu projeto parental”.

A gestação de substituição é, portanto, um procedimento que pode ser homólogo ou heterólogo; o processo consiste na participação de duas integrantes do sexo feminino, uma é a denominada doadora e outra, receptora, o processo se resume a coleta de óvulos da doadora e a coleta de espermatozoides de um doador, ou seja, gerado um embrião que será transferido ao útero de uma mulher doadora temporária (receptora). Neste caso, trata-se de uma FIV

heteróloga, diferente de quando o material genético é proveniente apenas do casal, tanto o masculino quanto o feminino, sendo assim uma FIV homologa, sem a participação do material genético da doadora.

Trata-se de uma reprodução assistida que possibilita a concretização do projeto parental nos casos em a mulher não consegue gerar uma criança em seu próprio útero, sendo algumas das causas mais comuns a ausência do órgão, anomalias uterinas, alterações morfológicas que não permitem a gravidez, ou fatores que trazem alto risco à vida da mulher caso ela engravide.

Conforme se verá mais adiante, no Brasil não existe previsão legal específica sobre a gestação por substituição, sendo ela tratada por poucos dispositivos, como a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina. No entanto, como ela apenas fiscaliza a atividade médica, é uma norma de caráter ético, não uma lei.

### **3.1 FILIAÇÃO NAS GESTAÇÕES POR SUBSTITUIÇÃO HOMÓLOGA E HETERÓLOGA**

Na fecundação artificial homóloga, é utilizado apenas material biológico dos próprios pais do projeto parental, portanto, não há uso de material biológico de terceiros. Os indivíduos que se submetem à técnica de reprodução assistida, fornecendo seus gametas, assumem a paternidade e maternidade, assim ocorre a coincidência entre a filiação biológica e a filiação jurídica, nos casos em que se estabelece o vínculo socioafetivo. Em relação à maternidade, ocorre a relativização do princípio *mater semper est*, já que a filiação maternal não será definida pelo parto.

A gestação por substituição no procedimento homólogo implica no critério biológico tanto para a paternidade quanto para a maternidade, assim estabelecido segundo exames de DNA confirmando a compatibilidade do material biológico da mãe solicitante e da criança gerada pela técnica.

Conforme desde a Resolução número 1358 de 1992, do Conselho Federal de Medicina, há a necessidade de autorização escrito e expreso de todos que estarão envolvidos, a fim da realização da reprodução assistida homóloga, tendo essa regra como finalidade evitar qualquer futura alegação de erro ou vício de vontade que venha a colocar em dúvida a filiação.

Já a reprodução assistida heteróloga, realizada a partir da doação de material biológico na qual um dos doadores de gameta ou mesmo ambos não é conhecido pelo casal se submetera

a reprodução assistida, geralmente é feita com a o sêmen de um anônimo por conta de esterilidade do marido/companheiro.

Nesse caso, há disposição de que a relação parental será natural ou civil, desde que resulte de consanguinidade natural ou de outra origem, como a adoção, a concepção por reprodução assistida e posse da condição de filho, também conforme expresso no enunciado 103 aprovado na I Jornada de Direito Civil, in verbis:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Conforme a resolução do Conselho Federal De Medicina, foi determinado um limite de idade para realizar a doação do material: no caso do homem 45 anos, e da mulher, 37 anos (artigo IV inciso 3). E ainda segundo o artigo IV, inciso 8, da mesma resolução, é permitida a doação voluntária de gametas na situação de doação compartilhada de oocistos, o que significa, basicamente, que a doadora e receptora dividem o material biológico e os custos financeiros da reprodução assistida.

Ressalta-se que, tanto na reprodução assistida heteróloga quanto na homóloga, há necessidade de autorização previamente escrita, que expresse o consentimento livre e esclarecido de todos os envolvidos. E há previsão de paternidade nas circunstâncias de filhos nascidos por inseminação artificial heteróloga, conforme o artigo 1.597, V, do Código Civil, que exige a prévia autorização do marido/companheiro.

Da mesma forma que se estabelece para a inseminação artificial heteróloga, entende-se que o liame paterno-filial decorrente da gestação por substituição deve ser determinado pela vontade, ou seja, a manifestação da vontade no sentido de querer ser o pai da criança que será gerada pelo uso de qualquer técnica de procriação artificial heteróloga. Já a maternidade é nesse caso não será determinada pelo mater semper est, mas sim pelo fator socioafetivo, que é, basicamente, a vontade da mãe.

Conforme vimos anteriormente, há diversas técnicas de reprodução assistida distintas entre si, inclusive quanto à porcentagem maior ou menor de sucesso no resultado pretendido. Porém, todas elas têm a finalidade de concretizar o desejo dos indivíduos de gerar uma nova vida humana, ou seja, um filho.

### **3.2 CASOS DE GESTAÇÃO TRANSNACIONAL**

É necessário mencionar aqui que a filiação é uma discussão comum nos litígios transnacionais relacionados a gestação por substituição.

A filiação é um direito personalíssimo e imprescindível da criança, independentemente de esta ser fruto ou não de um casamento, não há desvinculação nem por morte, emancipação ou maioridade. Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, só é possível o desfazimento da filiação através de decisão judicial, por exemplo, quando houve erro em registros cartoriais, fraudes ou para fins de adoção.

Quanto ao estabelecimento da filiação nos casos de gestação por substituição ainda não há consenso. Por permear questões eticamente sensíveis, a regulação da filiação encontra resistência em vários países.

A adoção é instituto essencialmente gratuito motivado por amor, carinho e solidariedade, sendo ato de desprendimento e altruísmo. Já a gestação por substituição é diferente por conter aspectos contratuais em matéria de organização familiar, especificamente quanto ao vínculo de filiação da criança se diferencia.

Como é sábio em vários países a gestação por substituição não é prevista por lei, já que não há um consenso, por conta das muitas questões éticas envolvidas. Geralmente, os países que não possuem a regulação da gestação por substituição, em contrapartida possuem previsão em lei que o vínculo de parentesco da criança é com quem a pariu. Portanto, qualquer documento, contrato, certidão, decisão que conste uma filiação diferente à criança é automaticamente fraude à lei doméstica.

Dentre os países que regulam por lei a gestação por substituição não há um padrão. Há certos países que a criança é considerada filha dos pais contratantes desde o parto, e outros em que primeiro o registro é como sendo filho da gestante e só depois de uma renúncia dos direitos parentais é que pode vir a ser registrada pelos pais interessados através do contrato.

Salientando que, alguns aspectos da gestação por substituição se não definidos por contrato podem levar a insegurança jurídica que podem vir a resultar no surgimento de conflitos transnacionais, como definição do termo inicial da eficácia do contrato, a possibilidade do estabelecimento do nascimento com vida como condição suspensiva e as possibilidades de rescisão.

## **4 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Ao se observar o Código Civil Brasileiro, é possível notar que, embora seu artigo 1.597, incisos III, IV, V trate de reprodução assistida, não há legislação específica ou genérica que trate da gestação por substituição. Ou seja, há uma lacuna em relação à normalização dessa técnica. Conforme o artigo citado:

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. (BRASIL, 2002)

Portanto, por haver omissão sobre lei ordinária que discipline a matéria de TRA, o Conselho Federal de Medicina estabelece as exigências e condições da Gestação de Substituição. O conselho Federal de Medicina tem natureza jurídica de autarquia federal segundo a lei 3.268/1957 artigo 2 o CFM é o atual responsável por fiscalizar as práticas médicas, sendo parte de suas funções atualizar e disponibilizar o código de ética da profissão.

O conselho Federal de Medicina publicou a primeira resolução sobre reprodução assistida nº 1.358 em 1992, e ela teve como escopo declarar as normas éticas para TRA. Esta mesma resolução veio a sofrer atualização em 2010, em 2013 a resolução veio a revogar a Resolução anterior, já que houve o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como uma entidade familiar, a resolução também passou por uma em atualização 2015 os casais homoafetivos a partir desta puderam ser beneficiados com a técnica de útero de substituição. Também ocorreu a ampliação do grau de parentesco da doadora temporária para o 4º grau e a possibilidade desse parentesco ser com qualquer um dos parceiros.

A última resolução citada sofreu atualização da resolução n. 2.168/2017, que teve como escopo atualizar as regras diante dos avanços técnicos, científicos e sociais, a qual também foi revogada por uma nova Resolução 2.294/21 que em seu bojo contém mudanças na criopreservação sendo estipulado oito número limitado de embriões em laboratório e, também, estipulou a idade limite de 37 anos para as doadoras de óvulos.

E como última atualização e em vigor na atualidade é resolução nº 2.320/22 que trata de uma revisão a respeito da quantidade de embriões gerados em laboratório que agora não possuem qualquer limitação, também a respeito da cessão temporária de útero que permaneceu como única possibilidade frente a condição que não possibilite ou contraindique a gestação,

sendo um dos requisitos a cedente possuir ao menos um filho e, também, ser familiar consanguínea de até quarto grau de um dos parceiros.

Foi mantido o número de embriões conforme a idade da receptora e conforme as características cromossômicas do embrião, logo, foi decidido que as mulheres de até 37 anos tem a possibilidade de implantar até dois embriões. Também é enunciado que o descarte de embriões criopreservados não compõe mais o texto da norma que agora destaca a Lei de Biossegurança 11.105/2005.

A Resolução nº 2.320/2022, ao tratar a respeito da Gestação de Substituição, traz tanto requisitos gerais quanto específicos para a cessão temporária do útero. Para ter acesso ao procedimento se faz imprescindível:

O consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (BRASIL, 2022)

Ademais os requisitos desta relação jurídica estão entre não poder ser de caráter lucrativo ou comercial, ou seja, só é permitido que a forma altruísta e sem fins lucrativos. Contudo, não há nada sobre excluir a possibilidade de reembolso de despesas médicas e as relativas à sobrevivência da gestante no período da gestação. E por fim, a clínica de reprodução é proibida de qualquer intermédio a escolha da cedente.

Porém, após certos avanços na tecnologia a Lei 12.842/2013 atribuiu mais uma competência ao Conselho Federal de Medicina de editar as normas que definem o caráter experimental de procedimentos médicos, com autorizações ou vedações. Há o fato de as normas advindas do CFM serem deontológicas, isto significa, segundo o filósofo inglês Jeremy Bentham, a ciência do dever e da obrigação, ou seja, o que é moral e serve para nortear o que será feito, logo, devem ser observadas e respeitadas somente pelos profissionais da classe médica.

O ponto central é que por ser deontológica não é uma regulamentação de nível nacional, já que decorre de um ente da Administração Pública indireta, sendo um órgão autárquico não representa todo o corpo social, legitimada a criar normas direcionadas a toda a



sociedade. Assim sem competência legislativa, o caráter como lei só recai sobre à classe que representa não pode atingir os direitos e garantias constitucionais dos outros indivíduos, diante do exposta a resolução deste órgão não pode regulamentar ou normatizar a conduta de pessoas não medicas.

Porém, segundo os professores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p. 152):

Uma resolução não pode inovar originariamente a ordem jurídica. Reiteramos, que as resoluções do CFM não criam o Direito, mas regulam o exercício da profissão médica. Inobstante isso, as resoluções do Conselho Federal de Medicina servem como parâmetro interpretativo para o Direito. Até porque as técnicas são uma realidade e a evolução da medicina vem impactando o Direito, obrigando-o a pensar acerca da abrangência e dos limites das novas situações familiares.

Diante do exposto, afirma-se que a atividade do Conselho médico, ainda que relevante e pioneira, não faz com que suas regras sejam elevadas ao status de lei, no sentido formal do termo. As normas da Resolução são administrativas, de natureza ética, não cogente, direcionadas aos profissionais, quando do desempenho da função médica. Nesse contexto de lacuna legislativa e necessidade da classe médica, conclui-se que o conteúdo das Resoluções médicas sobre reprodução assistida é oponível aos particulares, naquilo que não contrarie a ordem jurídica nacional.

Vista disso, realmente o Conselho Médico não faz com que suas Resoluções tenham status de lei, já que tem caráter administrativo, porém, se faz necessária diante de tamanha lacuna da legislação sobre o assunto.

#### **4.1 GESTAÇÃO COMO OBJETO CONTRATUAL**

O artigo 199, parágrafo 4º, da Constituição Federal proíbe qualquer comercialização de órgãos e tecidos, com finalidade de transplantes, pesquisa e tratamento, porém não cita a questão do útero de substituição, conforme se lê:

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

Há também a Lei 9.434/97 de Doação de Órgãos e Tecidos Humanos, que disserta sobre o crime de adquirir e vender órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, até mesmo recolher, fazer o transporte, armazenar, distribuir ou realizar transplante em desacordo com a lei.

A mesma lei permite a doação de órgãos que sejam duplos, também de partes de órgãos, ou mesmo tecidos do corpo cuja sua retirada não será risco para a sua integridade ou vida. Porém, o sangue, espermatozoides, e o óvulo não são citados como inclusos na incidência da Lei, como também os gametas, quanto menos trata sobre a hipótese de utilização temporária de útero. Por isso, é válido analisar uma outra vertente da visão da gestação por substituição: na forma de uma relação contratual entre os envolvidos.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e também Rodolfo Pamplona Filho (2008), o contrato é definido como o negócio jurídico entre duas partes sendo o escopo alcançar determinado objetivo. Para que um contrato seja válido, de acordo com a legislação brasileira, ele deve ser analisado sob os planos de validade, existência e também eficácia, respeitando determinadas exigências mínimas para sua validade: no contrato se faz necessário ter um sujeito, forma, objeto (prestação) e manifestação da vontade.

Para um contrato ser válido, o sujeito deve ser capaz, de acordo com a lei, para manifestar aquela vontade na forma contratual, o objeto precisa ser lícito na legislação vigente, possível no âmbito físico e jurídico e determinável/determinado. Também é necessário que a forma da redação e execução do contrato seja lícita, e que não haja nenhum defeito ou vício no negócio jurídico em questão.

Marcos Bernardes de Mello (2008) afirma que a ilicitude do objeto não é apenas sobre questões de legalidade, mas também questões de imoralidade que estão vinculadas à ordem moral e à ordem pública do país. Para o autor, a imoralidade deve ser analisada de acordo com as concepções de cada sociedade em determinado espaço e momento histórico. Assim, a ilicitude do objeto não se restringe a questões de legalidade pura (MELLO, 2008).

Sendo existente e válido, portanto, o contrato costuma produzir efeitos e correr sem problemas. No entanto, há determinados casos em que a eficácia contratual carece cumprir determinados requisitos para atingir os efeitos pretendidos, como, por exemplo, a condição, que nada mais é que um evento futuro e também indefinido que condiciona os efeitos do negócio jurídico.

No que diz respeito à gestação por substituição, existe uma discussão na doutrina se é possível a realização de um contrato em que a mulher receptora cede seu corpo para consumir a gravidez do casal – ou pessoa – solicitante.

O primeiro posicionamento da doutrina, defendido por juristas como Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), Maria Berenice Dias (2009), Maria Helena Diniz (2011), Adriana Maluf (2010), Silvia da Cunha Fernandes (2005), Severo Hryniewicz (2008), Regina Fiuza Sauwen (2008) e Mônica Aguiar (2005), é contrário ao contrato de gestação por substituição. Para estes autores, o contrato de uma gestação por substituição seria considerado inválido logo em seu firmamento, pois não respeitaria o requisito da licitude do objeto contratual.

Não obstante o Código Civil disponha que um contrato deva ter um objeto lícito, possível e determinado/determinável para possuir validade, o artigo 5º, caput, da Constituição Federal assegura a inviolabilidade do direito à vida. Assim, a vida humana é compreendida como um direito indisponível, logo, não é passível de ser objeto de contrato. Além disso, a Constituição proíbe expressamente a comercialização de tecidos e órgãos, conforme já abordado nesse artigo.

Para os autores que se posicionam de forma contrária ao contrato de gestação por substituição, portanto, a invalidade de um contrato assim explícita, uma vez que o objeto, seria a própria criança a gerada e, algo ilícito por ir ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro.

O contrato também poderia ser considerado inválido, pois por viola o princípio da dignidade humana, que está previsto no artigo 1º, III da Constituição, dado que a fixação de um valor por vida de uma criança por meio de um contrato seria uma coisificação de um ser humano, pois as particularidades objetos do contrato seriam inerentes à personalidade da criança que irá nascer.

Os autores que se opõe a este tipo de negócio jurídico ressaltam o risco de uma exploração comercial de mulheres sem condições financeiras, que se submeteriam a este método exclusivamente por vulnerabilidade econômica, às vezes sem sequer ter compreensão dos riscos de uma intervenção médica deste porte. Maria Helena Diniz (2011) é uma das que acredita que mulheres necessitadas se colocariam disponíveis para virem a se tornar mães de aluguel unicamente com o propósito de receber uma remuneração de valor alto pelo casal solicitante, o que se qualificaria como um contrato, na visão da jurista, imoral.

Severo Hryniewicz e Regina Sauwen (2008, p. 108-109), no mesmo sentido, citam a alta possibilidade de a mãe de aluguel não ter conhecimento e responsabilidade suficiente para um processo de tamanha seriedade, o que poderia levá-la a, por exemplo, ingerir bebidas alcoólicas durante a gestação, já que seu interesse é apenas na remuneração prevista no contrato, e não na qualidade de vida ou saúde da criança.

No entanto, há um segundo posicionamento doutrinário também, e este entende que existe sim a possibilidade do contrato da gestação por substituição. É um pensamento pouco defendido no que diz respeito ao direito pátrio, mas tem uma força considerável, sendo seu expoente principal Christine Keler de Lima Mendes (2006).

Assim como ela, doutrinadores que se posicionam em defesa da validade do contrato de gestação de substituição alegam que, o objeto em si do contrato não é a vida da criança que será gerada, e sim a prestação de serviço de aluguel do útero do indivíduo terceiro. Isso é defendido na obra de Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 108). Leia-se:

[...] 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 ser no ato de entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas especificidades.

Mônica Aguiar (2005) arrola entre seus argumentos de defesa do contrato de gestação por substituição o interesse das partes que é o direito à procriação. Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 411) diz que os que defendem a gestação por substituição tem posição no sentido de que o contrato é uma garantia da própria criança, já que é a oportunidade para sua vida.

## **5 CONCLUSÃO**

Os progressos científicos da medicina têm sido responsáveis por mudar a constituição das famílias modernas e, nesse contexto, a barriga de aluguel tem sido amplamente utilizada para solucionar problemas reprodutivos no Brasil, baseando-se, por enquanto, apenas no que é proposto pelo Conselho Federal de Medicina.

Ao analisar a barriga de aluguel, pode-se entender que, independentemente de ela poder ser regulada por um negócio jurídico ou não, ela gera efeitos no direito de família relativo às questões de determinação de paternidade e maternidade. Por conta disso, podemos dizer que o sistema de filiação adotado pelo Código Civil Brasileiro não é suficiente para solucionar questões decorrentes da procriação artificial, pois a família moderna comprova que os laços de sangue não são os únicos fundamentos para o estabelecimento da filiação; tanto o afeto, como amor e até mesmo o zelo são parâmetros importantes na definição dos vínculos parentais.

Na legislação brasileira, apesar da falta de legislação, existem projetos de lei que tratam especificamente dessa matéria. Os primeiros sem muita elaboração, constituindo-se, principalmente, pela repetição do texto da Resolução 1.957/2010 do CFM, evoluíram para o PL

nº 1.184/2003 que por hora se encontra em análise, sendo este, o mais estruturado, tratando de forma mais ampla a reprodução humana artificial como um todo.

Esse projeto de lei, ao prever o contrato de gestação de substituição, pela primeira vez na história dos projetos apresentados sobre a matéria proíbe expressamente o uso da prática inclusive qualificando-a como crime. Ainda, sobre a determinação de filiação, define o vínculo de paternidade e maternidade por critério socioafetivo, privilegiando a filiação afetiva em detrimento da filiação biológica.

A lei, mesmo que de forma tardia, está tentando se adequar novas realidades construídas pelo desenvolvimento da biotecnologia, caracterizando assim a necessidade de regulamentação legal dos contratos de barriga de aluguel.

## 6 REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Daniela Moreira. **Inseminação artificial homóloga post mortem e questões sucessórias decorrentes**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA SANTA JOANA. **Ovodoação**. Disponível em: <https://crhsantajoana.com.br/index.php/ovodoacao/#:~:text=O%20cap%C3%ADtulo%20IV%20informa%20que,50%20anos%20para%20o%20homem>. Acesso em: Setembro de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **CFM publica novas regras para reprodução assistida no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-publica-atualizacao-das-regras-para-reproducao-assistida-no-brasil/>. Acesso em: Outubro de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. nº 2.320/22**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: Setembro de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

FERNANDES, Silva da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERTICLIN. **GIFT – Transferência intratubéria de gametas**. Disponível em: <https://www.ferticlin.com.br/tratamentos/gift-transferencia-intratuberia-de-gametas/>. Acesso em: Outubro de 2022.

FILHO, Oscar Barbosa D. **Condutas Práticas em Infertilidade e Reprodução Assistida - Mulher**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

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

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

LEWIS, Ricki, **Genética Humana: conceitos e aplicações**. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

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

MATER PRIME. **Inseminação artificial**. Disponível em: <https://materprime.com.br/tratamentos/inseminacao-artificial/>. Acesso em: Setembro de 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Christiane Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>. Acesso em: Outubro de 2022.

MORAES Carlos A. Col.Rubens Limongi-**Resp.Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. Senado Federal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/464/r14117.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: Outubro de 2022.

PINHEIRO, Regina. **O conselho federal de medicina tem novas regras para reprodução assistida**. Rádio Senado, 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/09/21/conselho-federal-de-medicina-tem-novas-normas-para-reproducao-assistida#:~:text=O%20Conselho%20Federal%20de%20Medicina,editando%20resolu%C3%A7%C3%B5es%20aperfei%C3%A7oando%20as%20regras>. Acesso em: Outubro de 2022.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE GOIÁS. **Comercializar órgãos do corpo humano é crime. 2015.** Disponível em: <https://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/comercializar-orgaos-do-corpo-humano-e-crime.html>. Acesso em: Outubro de 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** 3ª ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SCHETTINI, Beatriz. **Reprodução humana e direito: o contrato oneroso de gravidez de substituição.** 1. ed. Belo Horizonte: Livraria e Distribuidora do Conhecimento, 2019.

SILVA, Carlos Henrique, M. et al. **Manual SOGIMIG – Reprodução assistida.** Disponível em: Minha Biblioteca, MedBook Editora, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, direito e reprodução humana assistida.** Revistas dos Tribunais, ano 85, v. 729, p. 43-51, jul. 1996, p. 51.



## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Nathalia Hilario Silva, discente regularmente matriculada na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41831411, período noturno, turma U, tendo realizado o TCC com o título: POSSIBILIDADE DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO EM FACE DA NÃO COMERCIALIZAÇÃO DA VIDA HUMANA sob a orientação da Professora Renata da Rocha 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, 11 de novembro de 2022.

Assinatura do discente