



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso

**(IN)VIABILIDADE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO
DIREITO BRASILEIRO**

LIDIANE MARIA SILVA DE OLIVEIRA

LAVRAS-MG

2024

LIDIANE MARIA SILVA DE OLIVEIRA

**(IN)VIABILIDADE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário de Lavras, como parte
das exigências da disciplina de Trabalho de
Conclusão de Curso (TCC), curso de
Graduação em Direito.

ORIENTADORA

Profa. M.e. Letícia Bartelega Domingueti

LAVRAS-MG

2024

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico da Biblioteca Central
do UNILAVRAS

O48v Oliveira, Lidiane Maria Silva de.
(In)viabilidade da gestação de substituição onerosa no direito brasileiro
/ Lidiane Maria Silva de Oliveira. – Lavras: Unilavras, 2024.

43f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras, 2024.

Orientador: Prof.^a Letícia Bartelega Domingueti.

1. Gestão de substituição. 2. Maternidade solidária. 3. Barriga de aluguel. I. Domingueti, Letícia Bartelega. (Orient.). II. Título.

LIDIANE MARIA SILVA DE OLIVEIRA

**(IN)VIABILIDADE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário de Lavras, como parte
das exigências da disciplina de Trabalho de
Conclusão de Curso (TCC), curso de
Graduação em Direito.

Aprovado em 11/10/2024

MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

Presidente – Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/UNILAVRAS

Orientadora – Prof.^a M.e Letícia Bartelega Domingueti/UNILAVRAS

LAVRAS–MG

2024

Dedico este trabalho a minha mãe Gileusa, (*In memoriam*). Ser esplêndido, pessoa altruísta e principalmente uma guerreira. Sempre me incentivou a estudar e dar o melhor de mim em tudo que fosse realizar. Tenho certeza que estaria orgulhosa da filha que criou com tanto sacrifício. Sei que estás presente em minha mente e coração em todos os momentos. Muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu verdadeiro pai, por mais essa grande vitória, mesmo se soubesse expressar as mais belas palavras de gratidão, essas ainda não seriam suficientes. Sem Ele isso jamais seria possível, pois somente Deus sabe quantas lutas tive que passar e a distância que tive que percorrer para chegar aqui hoje.

A minha família, que mesmo longe, em pleno auge da pandemia sempre me apoiou nos momentos mais angustiosos, nos dias de muito choro, cansaço e tristeza estavam ali presentes com uma palavra de conforto e de incentivo.

Aos amigos de sala pelo companheirismo e por insistirem para que eu não desistisse diante das inúmeras adversidades, tinham razão vencemos essa etapa tão importante de nossas vidas.

Aos professores e em especial a minha orientadora, exemplos de profissionais que contribuíram para que o sonho se tornasse realidade, ajudando a ser hoje quem somos.

E, por fim a todos que participaram, direta ou indiretamente, do desenvolvimento deste trabalho de pesquisa, muito obrigada.

Anseio que todos estejam satisfeitos e felizes por estarem comigo na realização deste curso!

“Entrega o teu caminho ao Senhor, confia nele, e o mais ele fará.”
(SALMOS, 37:5-7).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CCJ - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CFM- Conselho Federal de Medicina

CN - Congresso Nacional

ECA- Estatuto da Criança e Adolescente

EUA- Estados Unidos da América

FIV- Fertilização *in vitro*

PL- Projeto de Lei

OMS- Organização Mundial de Saúde

ONU- Organização das Nações Unidas

RA- Reprodução Assistida

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Introdução: O estudo a respeito da inviabilidade de gestação de substituição onerosa no ordenamento jurídico brasileiro tem por objetivo identificar os fundamentos da (in)viabilidade da gestação de substituição no ordenamento jurídico diante do fato de o direito acompanhar a evolução da sociedade. **Metodologia:** O tipo de pesquisa realizada foi segundo os fins explicativa, os meios bibliográficos e de abordagem qualitativa. Realizada uma revisão integrativa abordando a temática gestação de substituição com a utilização de livros, artigos científicos com intervalo de tempo de 1992, publicação da primeira resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), até 2022, a última atualização. **Resultados:** Alcançado os resultados averiguou-se a existência da gestação de substituição desde antiguidade somente amparada na resolução do CFM, tendo o Congresso Nacional repetido as publicações do Conselho Federal de Medicina por ser um tema de grande repercussão política. Observou-se a correta utilização da técnica de fertilização *in vitro* solucionando a infertilidade. Pela morosidade do legislativo incorreu-se na adoção à brasileira, ilícita, tendo o Superior Tribunal de Justiça primado pelo melhor interesse do menor. Apontou-se a onerosidade no direito comparado constatando uma industrialização da maternidade. **Conclusão:** Concluiu-se pela necessidade da regulamentação para propiciar estabilidade jurídica e social, no entanto, verificou ser perfeitamente possível sua prática por meio dessa resolução assim as pessoas não mais precisaram ir além das fronteiras assegurando um direito fundamental de reprodução fortalecendo as novas realidades familiares e harmonizando a gestação de substituição no sistema jurídico brasileiro mesmo existindo apenas a resolução da classe médica, esta respeita os parâmetros éticos, morais e constitucionais não ferindo os bons costumes da sociedade brasileira democrática.

Palavras-chave: Gestação de Substituição; Maternidade Solidária; Barriga de Aluguel.

ABSTRACT

Introduction: The study regarding the unfeasibility of costly surrogacy in the Brazilian legal system aims to identify the foundations of the (in)viability of surrogacy in the legal system given the fact that the law follows the evolution of society. **Methodology:** The type of research carried out was for explanatory purposes, bibliographical means and a qualitative approach. An integrative review was carried out addressing the topic of surrogacy using books, scientific articles with a time interval from 1992, publication of the first resolution of the Federal Council of Medicine (CFM), until 2022, the last update. **Results:** Once the results were achieved, the existence of surrogate pregnancy since ancient times was verified, only supported by the CFM resolution, with the National Congress repeating the publications of the Federal Council of Medicine as it is a topic of great political repercussion. The correct use of the in vitro fertilization technique was observed, resolving infertility. Due to the slowness of the legislature, the Brazilian adoption was illegal, with the Superior Court of Justice taking precedence over the best interests of the minor. The burdensomeness in comparative law was pointed out, noting an industrialization of motherhood. **Conclusion:** It was concluded that regulation was necessary to provide legal and social stability, however, it was found that its practice was perfectly possible through this resolution, so people no longer needed to go beyond borders, ensuring a fundamental right of reproduction, strengthening new family realities and harmonizing surrogacy in the Brazilian legal system, even though there is only a resolution from the medical profession, it respects ethical, moral and constitutional parameters without violating the good customs of democratic Brazilian society.

Keywords: Surrogacy; Solidarity Maternity; Surrogacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 REVISÃO DE LITERATURA.....	14
2.1 DEFINIÇÃO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	14
2.2 CONTEXTO HISTÓRICO	15
2.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	18
2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	20
2.4.1 Dignidade da pessoa humana	20
2.4.2 Autonomia da vontade privada	21
2.5 TÉCNICA DA FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	22
2.6 CONTRATO – NEGÓCIO JURÍDICO	24
2.7 ASPECTOS ÉTICOS E MORAIS	27
2.8 ORDENAMENTO JURÍDICO.....	28
2.9 DOCTRINA BRASILEIRA.....	30
2.10 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA MOROSIDADE LEGISLATIVA	31
2.11 DIREITO COMPARADO	34
2.11.1 Índia	35
2.11.2 Ucrânia	36
2.11.3 Estados Unidos da América	37
3 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A (in)viabilidade da gestação de substituição onerosa no direito brasileiro é um tema muito complexo e sensível que merece um enfoque maior pelo legislador brasileiro considerando que a gestação de substituição é uma técnica que a pessoa cede seu útero para gestar o filho de outra e após o parto entrega-lhe a criança. Seja por problemas de saúde ou mesmo pela infertilidade que segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 2015, fora considerada como doença que cresce exponencialmente.

No Brasil utiliza-se apenas a prática da gestação de substituição solidária amparada na resolução do Conselho Federal de Medicina destinada exclusivamente à classe médica, a primeira publicada em 1992, nº 1.358, nesta a mulher cede seu útero a outra para que possa conceber seu filho, sem qualquer contraprestação.

A resolução do CFM está em constante aperfeiçoamento assistindo a evolução da sociedade desde a sua publicação no ano de 1992 até a mais recente a de 2022 abordando as consideráveis alterações desde concebida apenas aos parentes de 2º grau e agora permitida até o 4º grau pela resolução do ano de 2015, nº 2.121 (BRASIL, 2015).

Utilizada desde a antiguidade quando as mulheres eram inférteis concebiam seus filhos através de suas escravas, uma vez que eram consideradas propriedades de suas senhoras. Na atualidade verifica-se ser constantemente atualizada e aperfeiçoada diante da modernização tecnológica e das necessidades humanas.

Ressalta-se que a própria Constituição Federal outorgada na década de 80 garante a todos o direito à vida, liberdade, intimidade, privacidade, maternidade e ao livre planejamento familiar. Incumbindo ao Estado Democrático de Direito o dever de proteção especial à família sendo essa o alicerce da sociedade brasileira. (BRASIL, 1988).

A viabilidade ou não da gestação de substituição onerosa, comumente conhecida por “barriga de aluguel”, no direito brasileiro é um considerável problema que assola diversas pessoas, haja vista que o poder judiciário se mantém inerte quanto sua regulamentação, ressaltando os diversos projetos legislativos elaborados, mas nunca aprovados. Pela tamanha evolução o Superior Tribunal Federal brasileiro (STF) se manifestou, porém, somente no tocante expandir a gestação solidária aos casais homoafetivos, através do ADPF, nº 132/2008 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 4.277/2009. Uma vez que não mais considera família somente a união de um homem e uma mulher como outrora, mas sim a todo tipo desde que tenha como finalidade a busca pela felicidade.

A questão que a monografia procurará responder: considerando que o direito acompanha a evolução da sociedade, quais seriam os mecanismos adequados e legais para viabilizar a gestação de substituição no ordenamento jurídico brasileiro?

Diante do impasse e pelo rígido critério que a técnica vem estabelecendo, tais como: do parentesco ser até o 4º(quarto) grau, e também da pessoa cedente já possuir um filho vivo e idade máxima até 50 anos para sua realização. Diversos casais procuram solução para além das fronteiras à gestação de substituição onerosa em outros países. Mediante a exorbitante demanda, diversos países já se viram obrigados a proibir a prática, ou mesmo, endurecer as normativas vigentes, por constatarem a “coisificação” da maternidade.

A presente monografia terá como objetivo geral analisar (in)viabilidade da gestação de substituição onerosa no direito brasileiro. No tocante aos objetivos específicos serão elencados os seguintes: discorrer sobre o contexto histórico da gestação de substituição; abordar os fundamentos éticos, morais e jurídicos que a (in)viabiliza; detalhar o procedimento a ser utilizado na aplicação da técnica e contextualizar a gestação onerosa no direito comparado.

Diniz (2011) colabora com a pesquisa ao pontuar que se de um lado há o direito a liberdade, a autonomia privada da pessoa, lado outro não se poderia a mulher dispor de seu útero em prol do bem do outro mesmo que sem fins lucrativos, ratificando que nada afetaria a dignidade da pessoa humana.

A importância desta temática emergiu da necessidade de esclarecer a sociedade que a regulamentação dessa técnica resguardaria legalmente às famílias, contribuindo significativamente com os operadores do direito. Havendo uma legislação específica geraria maior segurança jurídica a sociedade como um todo e minimizaria a instabilidade político-social, proporcionando a realização de sonho, quiçá direito, das pessoas em constituírem até mesmo ampliarem suas famílias, que por determinada razão, ou por doença, por si só, não poderiam mais gestar.

Desta forma, é indiscutível a relevância deste assunto considerando o atual contexto da sociedade brasileira de nova configuração familiar não mais como outrora patriarcal, agora com diversas modalidades de família: a homoafetiva, multiparental, socioafetiva e a monoparental que graças à técnica da gestação de substituição é possível à concepção de um ser vivo humano chegar a esse mundo em perfeita consonância a norma jurídica vigente.

Posteriormente será pormenorizado o contexto histórico, a técnica da fertilização *in vitro*, as causas e consequências da morosidade legislativa bem como uma abordagem da gestação de substituição no contexto internacional.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 DEFINIÇÃO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Inicialmente é muito importante lembrar que desde a antiguidade predominava o pensamento retrógrado que a mulher nascera com uma única função a de ser mãe, como meta natural trilhando seu caminho desde o nascimento, sem qualquer referência ao seu processo de desenvolvimento, assim, era como se a mulher nascesse sendo preparada para a maternidade, distintamente do homem que necessitaria de um preparo, um amadurecimento para a paternidade. (TRINDADE; ENUMO, 2002).

Observa-se nos dias atuais o absurdo desse pensamento que no tempo dos romanos considerava a mulher digna apenas aquelas que podiam conceber filhos aos seus maridos, esdrúxula essa afirmação, mas que perdurou por muitos anos para que hoje fosse possível a mulher se permitir a não ter filhos e procurar métodos para sua concretização após findar seu período reprodutivo, sendo por opção de sexualidade, infertilidade ou mesmo por doenças.

Atribuía responsabilidade à mulher pela incapacidade de ter filhos, outrossim, a fatores negativos, relacionando a infertilidade especialmente aos desígnios divinos relacionando a noção de bem ou mal, progresso ou retrocesso. (VIEIRA, 2017).

Evidencia que para o Ministério da Saúde considera a gravidez como um evento resultante da fecundação do óvulo pelo espermatozoide que habitualmente acontece dentro do útero e é responsável pela geração de um novo ser. (SOUZA, 2010).

Por conseguinte, a palavra substituição vem no sentido de fazer substituir-se ou de colocação de pessoa no lugar de outra, podendo remeter também o sinônimo de troca. Assim, a gestação de substituição é uma maneira para a mulher conseguir gerar um bebê e entregar a criança após nascer aos beneficiários da gestação por substituição para que acolham como seu filho, a mulher cede seu útero para outra conceber uma criança que por algum motivo não tem condição de gestar.

Ainda mais que filiação transcende laços sanguíneos e alicerça-se na afetividade, na intensidade das relações entre pais e filhos independentemente das origens biológicas ou genéticas. Viabilizando a constituição de uma verdadeira família, pois não é a forma pela qual ela se constituiu que deve ser pautada, mas sim pelo amor, respeito e alegria pela vinda do outro. (FELIX, 2009).

A gestação de substituição se divide em: onerosa que expressa remuneração, valor a ser pago pela locação, todavia, no direito brasileiro é vedada a cessão onerosa de parte do corpo humano. E a gestação de substituição não onerosa, também conhecida por gestação solidária que a cessão/doação temporária do útero de caráter não lucrativo, fundada apenas na resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM. (BRASIL, 2022).

No tocante ao surgimento da maternidade solidaria há quem diga que é praticada desde os primórdios devido à infertilidade já que se utilizava do útero da escrava, “adultério consentido”, assim a esposa concordava que o marido fecundasse outra mulher, essa na condição de escrava, tinha seu filho em seu nome, mantendo o vínculo conjugal. Haja vista que outrora o escravo era tratado como objeto, coisa, ou mercadoria de seu senhor, uma vez que pagavam por eles.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO

Possivelmente o primeiro registro de cessão temporária de útero ocorreu no ano de 1975, nos Estados Unidos, com o nascimento do primeiro bebê concebido por fertilização *in vitro* (FIV), na Inglaterra. Nesta época as mulheres cessantes de útero também eram as mães biológicas dos bebês, que de um modo geral, era realizada a inseminação artificial com o esperma do futuro pai. (AGUIAR, 2005).

No território brasileiro a gestação de substituição é amparada somente na Resolução do Conselho Federal de Medicina não tendo legislação específica apenas normas voltadas à comunidade médica, de cunho ético e deontológico, objetivando pautar a utilização de técnicas de reprodução assistida no exercício da medicina.

O Conselho Federal de Medicina, CFM, é um órgão que tem natureza jurídica de autarquia federal que exerce a atividade de fiscalização do exercício profissional da medicina. Esse, como órgão de fiscalização da classe médica, foi criado pela lei nº 3.268/57, e esta estabeleceu diretrizes básicas de conduta ética sobre o assunto, por meio de resolução, que tem como destinatários os médicos que atuam no território brasileiro. (BRASIL, 1957).

Faz-se necessário citar que a primeira resolução do CFM editada em 1992 de nº 1.358, deixou claro que toda e qualquer pessoa poderia se valer das técnicas médicas de reprodução humana assistida, que são reproduzidas em clínicas médicas atendendo aos critérios nessa estabelecidos, sendo uma maneira de planejar a reprodução humana.

Em seu inciso VIII, aduz que a gestação por outrem:

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (RESOLUÇÃO DO CFM, INCISO VIII).

Abordando a necessidade de um documento que contivesse o consentimento

esclarecido de todos os envolvidos, esse fundamentaria a relação estabelecida no útero de empréstimo. Devendo o médico realizar esclarecimento das consequências, requerendo participação de psicólogos, assistentes sociais e juristas, quando necessário para a melhor compreensão dos efeitos dessa forma de gestação.

Uma vez que envolve diversas outras áreas da ciência, medicina, psicologia, direito, genética e sociologia sendo a maior preocupação pela saúde dos participantes propiciando-lhes o amplo exercício de seu direito reprodutivo. (BRASIL, 2021).

Ressaltando que se proibisse a maternidade por substituição de certa medida estaria restringindo o direito das pessoas em constituir família, já que a sociedade pode recorrer às técnicas de reprodução já criadas. Assim impediria que pessoas tivessem filhos com suas descendências genéticas. Nesta intervenção o direito estaria causando grandes prejuízos psicológicos mesmo sob o argumento de cautela ou segurança jurídica. (OLIVEIRA, 1992).

Logo depois diversas outras resoluções foram editadas alterando consideravelmente o procedimento, tais como a de nº 1.957/2010, a 2.013/2013, a 2.121/2015, a 2.168/2017, a 2.294/2021 e a mais recente nº 2.320/2022.

A resolução 2.013/2013 do CFM trazia as teorias e técnicas que podiam ser utilizadas pelos médicos na realização da gestação por substituição:

VII – Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero). As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. (RESOLUÇÃO 2.013/2013, CFM).

Observou-se que a resolução publicada no ano de 2015, nº 2.121, trouxe duas principais inovações: a possibilidade de gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não haja infertilidade. E a possibilidade excepcional de que mulheres com mais de 50 anos utilizassem técnicas de reprodução assistida, exigindo que a cedente tenha ao menos um filho vivo. (BRASIL, 2022).

A norma é clara quanto aos requisitos que devem ser preenchidos: somente será possível nos casos em que houver algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, ou em caso de união homoafetiva. Assim, a cessão do útero não é um simples acordo entre a mãe infértil e a mãe portadora, deve haver um diagnóstico médico contra indicando a gestação por parte da mãe genética.

Ressaltando que a resolução de 2013 permitiu o uso da técnica para uniões homoafetivas diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, STF, diante da Arguição de Preceito Fundamental, ADPF, nº 132/2008 e através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/2009 reconhecendo a união entre parceiros de

mesmo sexo como forma de entidade familiar.

Posteriormente na resolução 2015 aumentou o leque de possíveis cedentes de útero, enquanto as resoluções anteriores restringiam apenas aos parentes de até segundo grau de parentesco agora até o quarto grau. (BRASIL, 2015).

Correta decisão do STF que consoante dispõe Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.723:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (ART. 1.723. CÓDIGO CIVIL).

Pela decisão citada da Suprema Corte brasileira a entidade familiar deve ser interpretada conforme a Constituição, de forma a reconhecer a união estável homoafetiva, pessoas do mesmo sexo, segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Ademais, o artigo 226, §3º da Constituição Federal estabelece o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão.

Frisa-se que antes necessitava do contrato que deveria ser assinado entre os pacientes, pais genéticos, e a doadora temporária do útero, a mulher que gestou o bebê e deu à luz, estabelecendo explicitamente a filiação da criança gerada.

No entanto, a resolução de 2015 inovou e utilizou a expressão termo de compromisso a ser firmado entre as partes. Contudo, questionável por não haver uma legislação própria neste sentido se somente um termo supriria legalmente a finalidade de um contrato, uma vez que este propicia segurança jurídica às partes envolvidas. (BRASIL, 2015).

Por fim na resolução 2.294, de 27 de maio de 2021 o item 2 da parte VII da Resolução CFM nº 2.294/2021 determina que:

A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial também o item 1 da parte IV desta mesma resolução afasta o caráter comercial no tocante à doação de gametas e embriões. Imprescindível como requisito que a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, pois é inadmissível a mulher que ceder o útero receber uma contraprestação pecuniária para realizar esse “serviço”, não podendo ser aceitos pelas clínicas e pelos profissionais médicos. (RESOLUÇÃO 2.294, ITEM 2, PARTE VII, CFM).

Evidenciou grande número de projetos de lei para possível regulamentação como primeiro projeto de lei, PL nº 3.638 de 1993 até o PL nº 115/2015, sem exceção, vieram em consonância às resoluções emitidas pelo CFM, constatando que esses projetos apenas repetiram os textos já publicados a exemplo deste último projeto que versou sobre a cessão do útero ser gratuita sem remuneração à cedente sendo desnecessário considerando

que já concordava com os termos da resolução e essa exigência há tempos já estava estabelecida. Comprovando assim a inércia do legislador que não quer enfrentar a temática por ser muito complexa e polêmica.

Portanto, a evolução histórica dessas resoluções do CFM, desde a primeira publicada em 1992 até a de 2022, que mesmo de forma vagarosa, trouxe diversos benefícios permitindo que pessoas solteiras e casais homoafetivos pudessem usufruir da gestação de substituição e assim constituir suas famílias.

2.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

No que tange à tramitação legislativa da gestação de substituição, cita-se alguns projetos de lei com fulcro na regulamentação. Frisa apontar que foram inúmeros projetos na tentativa de regulamentar, porém, ainda não há consenso tão pouco uma previsão de regulamentação específica para a pacificação do tema.

O Projeto de Lei nº 3.638 de 1993 foi apresentado pelo deputado Luís Moreira. Ele tinha como objetivo instituir normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida, incluindo as questões relativas à fertilização *in vitro*, inseminação artificial e barriga de aluguel – gestação de substituição ou doação temporária do útero. Sobre a gestação de substituição, dizia que:

Artigo 13: as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, na doadora genética. §1º - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do CRM. §2º - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (PROJETO DE LEI nº 3.638 de 1993).

Nesse modo, o projeto praticamente repetiu todo o conteúdo da resolução nº 1358/1992 do Conselho Federal de Medicina. Na perspectiva de diversas pessoas a reprodução se deu em face da autoria de parlamentares médicos, prevalecendo argumentos clínicos sobre crenças e valores.

Em 1997, foi apresentado o PL. 2.855/1997 pelo Deputado Confúcio Moura, que de forma resumida, também dispôs sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, incluindo a fecundação *in vitro*, transferência de pré-embriões, transferência intratubária de gametas, e a gestação de substituição, conhecida como barriga de aluguel.

O projeto de lei PL nº 2855/1997 foi apensado ao PL 90/1999, apresentado pelo senador Lúcio Alcântara e aprovado em 2003. Depois, passou a tramitar como PL 1.184 na Câmara dos Deputados ficando por considerável tempo aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), projeto que vedada à

maternidade de substituição, seja caráter lucrativo ou não, de acordo com seu artigo 3º afirmava que era proibida a gestação de substituição.

Projeto de Lei n. 90/1999, dispõe sobre a procriação medicamente assistida, determinando em seu artigo 18 que será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante emprego das técnicas de procriação.

Apesar da existência da resolução nº. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina e do Projeto de Lei nº 1.184, não há lei que trate do assunto ou que vede oficialmente a maternidade de substituição. (BRASIL, 2013)

No projeto de lei nº 115/2015182, foram repetidas as diretrizes do projeto de lei nº 2.855/1997, autorizando a gestação por substituição nos casos abaixo descritos:

(a) haja indicação médica que identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento, (b) desde que não implique nenhuma retribuição econômica à gestante, (c) a cessionária pertença à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até segundo grau, estabelecendo, ainda, (d) a formalização do pacto e sua homologação judicial prévia ao início dos procedimentos médicos de implantação, sob pena de nulidade e atribuição da maternidade à gestante. (PROJETO DE LEI nº 115/2015182).

Todavia é possível observar problemas nesse projeto que ao restringir a gestação por substituição a casos em que haja problema de saúde que impeça a gestação o projeto de lei deixaria à margem casais do mesmo sexo e pessoas sozinhas do sexo masculino que por ausência de capacidade estrutural não conseguirão gestar. Sendo inconstitucional e seria mais restritiva que a própria resolução do CFM. (BRASIL, 2013):

Precisa frisar o projeto de lei 115/2015:

Art. 21 A cessão temporária de útero é permitida para casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento. (PROJETO DE LEI 115/2015)

Art. 22 A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação. (PROJETO DE LEI 115/2015).

Trecho da página 8 da resolução 2.320/2022 afirma:

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica que regule a reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos sobre o assunto, mas nenhum deles chegou a termo. (RESOLUÇÃO 2.320/2022, CFM).

Veemente no Brasil, diversos projetos tramitando no Congresso Nacional e sem solução, ainda ocasionando grande discussão legislativa que vem se arrastando no longo

do tempo, sem perspectiva alguma de aprovação, como mencionado na resolução de 2.320/2022 do CFM.

Restou claro que no intuito de regular a reprodução humana assistida, os projetos elencados apenas estabeleceu diretrizes similares as que já foram estabelecidas nas resoluções do CFM.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Verifica-se que a palavra princípio deriva do latim *principium*, que por vez, significa primeiro instante de algo, no dicionário comumente remete a origem, a causa primária. Interessante a definição que é o começo, o que existe antes dos demais.

Ressalta essa consideração pelo fato dos princípios constitucionais serem os pilares do sistema jurídico brasileiro, assim é necessário abordar que na gestação de substituição todos sejam respeitados e preservados, pois refletem os valores e diretrizes da sociedade representando a vontade política, moral da nação brasileira. Sendo fundamentais para preservação da democracia do Estado brasileiro que possui como lei maior a Constituição Federal promulgada em 1988.

Portanto, de suma importância frisar que a técnica da gestação de substituição assiste aos princípios consubstanciados na Constituição e a gestação solidária é fundamental para a concretização do direito das pessoas constituírem suas famílias, independentemente da configuração familiar.

Logo, deve abordar os dois principais princípios de maior destaque e enfoque por parte dos doutrinadores brasileiros que poderiam interferir ou mesmo (in) validar o procedimento da gestação de substituição sob a ótica da sociedade ainda enraizada no conservadorismo quanto a forma de constituição familiar.

2.4.1 Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana já no seu primeiro artigo demonstrando sua importância para o Estado Democrático de Direito Brasileiro. Toda pessoa humana, ser racional, com um fim em si mesmo, possui um valor absoluto, intrínseco e inalienável. (BRASIL, 1988).

Evidencia que antes dessa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, já disciplinava o direito de fundar uma família ratificando que ao se tratar da reprodução humana assistida, que não se poderia deixar de considerar um dos princípios básicos do Estado democrático, sendo inerente a sua própria condição humana, servindo de paradigma para a utilização de qualquer das técnicas de reprodução artificial disponível.

Quando a Constituição aloca o direito ao planejamento familiar como afeto à dignidade da pessoa humana, instrumentaliza nesse sentido o próprio direito à vida, sendo o mais fundamental de todos os direitos levando em consideração esse constitui um pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. (MORAES, 2010).

É indiscutível a importância deste princípio da dignidade humana figurando como núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, da promoção dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. (CANTALI, 2009).

Nota que a dignidade abrange outros direitos constitucionais, como o direito à vida, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à integridade física e identidade genética e também o direito à igualdade. (BRASIL, 1988).

Observa-se que os direitos humanos existem independentemente de reconhecimento dos Estados, pois trata de direitos inerentes à própria condição humana, não dependendo do assentimento estatal para ser exigidos, haja vista que nascem livres e iguais em dignidade e direitos. (COMPARATO, 2015).

Na perspectiva da Diniz (2010) em nada afetaria a dignidade da cedente, assistindo a resolução do CFM que deixa expresso que não colocará em risco a vida da cedente, só dará continuidade à gestação se efetivamente não apresentar risco a saúde comprovada por meio diagnósticos precisos. Moraes (2010) ainda esclarece que esse princípio é um pré-requisito para a existência e exercício dos demais direitos da pessoa.

2.4.2 Autonomia da vontade privada

Evidencia que o princípio da autonomia privada contempla a disposição do próprio corpo que ao homem não seria detentor de um autêntico direito subjetivo em absoluto, carecendo de poderes para dispor sobre os bens da personalidade, bens estes fora do comércio por excelência. Ademais, a gestação de substituição com finalidade lucrativa poderia representar ataque à ordem pública e aos bons costumes.

Constata que esse direito não é ilimitado que em confronto com outros direitos fundamentais deve ser sopesados salvaguardando o conteúdo mínimo de direito. Haja vista que a gestação de substituição trata de um direito à vida de constituir família gerando um novo ser. (DIAS, 1996).

A afirmação que é a pessoa quem comanda o próprio corpo é relativa tendo como condicionante desde que não seja contrária a ordem pública, bons costumes e a lei, decerto é uma expressão da autonomia privada. Assim há as restrições que se lhe poderiam aplicar em conflito com a vida devendo o Estado intervir com cautela em consonância ao bem do próprio indivíduo e da coletividade.

Segundo os autores Pereira Jr. *et al.* (2018, p-207):

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 passou-se ao reconhecimento tanto de direitos individuais como de direitos sociais, sendo ambos norteados pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana. Com tal evolução jurídica, a autonomia privada, muito embora seja um direito constitucionalmente garantido, e alargada para além da situação patrimonial, está propensa a sofrer limitações e mitigações, as quais só ocorrerão sob o respaldo de justificativas legais, devendo toda supressão de direito ser analisada detidamente caso a caso por quem tem competência para tal: o Poder Judiciário. (PEREIRA JR. *et al.* (2018, p-207).

Atenta-se para o artigo 13 do Código Civil que prevê a disposição do próprio corpo excepcionando proibir quando houver exigência médica, ou quando constatar manifesta diminuição permanente da integridade ou contrariar os bons costumes. (BRASIL, 2002).

Consubstancia a Constituição o direito a intimidade, a vida privada tudo em consonância a legislação, a integridade física, no entanto, pela resolução do CFM é previsível que a disposição do próprio corpo da mãe substituta não a diminui, ao contrário, a gravidez só prosseguirá se não houver qualquer risco a sua saúde da cedente. (BRASIL, 2021).

É um direito que pode ser perfeitamente relativizado como bem pontuado pelo Pereira (2018) porque a depender do caso concreto o Estado pode intervir em casos específicos mitigando-o para salvaguardar um bem maior a vida, constando expressamente no Código Civil brasileiro (2002) quando verificar a diminuição permanente da integridade ou mesmo quando contrariar os bons costumes, sob o argumento que essa intervenção é para o próprio bem do indivíduo e da sociedade.

Portanto, o princípio da autonomia, da liberdade e da dignidade andam juntos, assim o indivíduo é digno para se autodeterminar, direcionando sua própria vida de forma livre e lícita, sem interferências diretas do Estado. Mas que pela evolução jurídica quando há conflitos pode a autonomia sofrer limitações para não ferir demais princípios constitucionais de igual relevância. (PEREIRA Júnior *et al.*, 2018).

2.5 TÉCNICA DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Conceitua a reprodução humana assistida como meios científicos, que para se realizar a fecundação humana é totalmente distinta dos meios tradicionais efetivando mediante a intervenção de técnicas científicas em que nesses procedimentos os futuros genitores apresentem algum impedimento seja natural, ou desenvolvido, impedindo a concepção natural sendo preciso submeter à intervenção médica, proceder à fecundação e a conseqüente geração de filhos. (RODRIGUES, 2005).

A resolução do CFM ratifica que a reprodução assistida, denominada RA, tem

papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana. Bem como suas técnicas serem utilizadas na prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. (BRASIL, 2010).

A princípio a gestação por substituição era realizada pela técnica da inseminação artificial, nessa a gestante necessitava, deter seu próprio óvulo e, assim possuía vínculo biológico com a criança gerada.

E isso acarretou grandes dilemas no campo ético e jurídico, por isso surgiu à fertilização *in vitro* como melhor alternativa para a gestação de substituição, nesta não mais haveria vínculo genético da gestante com a criança.

Na perspectiva de FELIX, 2009, vem colaborar com a temática inferindo que a incapacidade de reproduzir-se naturalmente dentre as doenças humanas existentes é sem sombra de dúvida a que mais pode torturar o ser humano, e para curá-la tem-se como solução a medicina reprodutiva.

O procedimento da fertilização *in vitro* é uma técnica de inseminação extracorpórea, feita em tubo de ensaio. Depois da junção dos gametas masculino e feminino, o zigoto é implantado no útero da mulher receptora. Tendo como etapa inicial o tratamento *in vitro*, como consequência a implantação do embrião não desenvolvido no útero da hospedeira, podendo ser homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro ou heteróloga quando proveniente de um estranho. (SOUZA, 2010).

Apesar de a prática ser rudimentar graças à evolução tecnológico científica propiciou uso de método moderno de reprodução medicamente assistida em que uma mulher cede seu útero para gestação de um embrião, denominado de fertilizado *in vitro*, e se compromete a entregá-lo, logo após o parto, para outra mulher e seu (sua) companheiro (a).

Essa técnica permite que a fecundação do gameta masculino e o óvulo feminino ocorram em um tubo de ensaio a fim de que, posteriormente, o embrião seja transferido para o útero de uma mulher, surgindo à possibilidade de uma mulher gerar um filho com o óvulo de outra, mãe genética.

Portanto, o embrião será transferido para o útero de outra mulher que conduzirá a gravidez por nove meses e após o nascimento da criança deverá ser entregue aos pais idealizadores do projeto parental.

Para Sauwen, 2000, as duas técnicas biomédicas mais usadas são Z. I. F. T e G. I. F. T:

Quando a mulher requerente é capaz de produzir óvulos, mas não possui útero ou não deseja correr o “risco” da gravidez, o óvulo é retirado, fertilizado “*in vitro*” e o óvulo é depositado no útero ou nas trompas – técnica Z.I.F.T. – da

mãe de aluguel, que o gestará e depois o entregará ao seu cliente. (SAUWEN, 2000).

Retira-se tanto o material genético feminino quanto masculino e a seguir é feito seu depósito nas trompas da mãe de aluguel – técnica G. I. F. T. (SAUWEN, 2000).

Essas siglas são inglesas Z. I. F. T “Zygote Intrafallopian Transfer” no Brasil significa Transferência de Zigoto para a Trompa e a outra sigla G. I. F. T “Gamete Intrafallopian Transfer” significa Transferência Intratubária de Gametas.

Assim, evidencia que o óvulo pode ser fertilizado *in vitro* pelo esperma e, posteriormente ser inserido na mãe de substituição, como também pode ocorrer à retirada dos gametas femininos e masculinos, que serão injetados nas trompas da mãe de substituição para ocorrer à fecundação.

Após, os ovários da mãe genética serão estimulados com o uso de hormônios injetáveis, até que seja atestado o desenvolvimento dos folículos, por meio de ultrassonografias. Quando estes alcançarem o tamanho ideal, a paciente será medicada para o amadurecimento dos óvulos.

Imprescindível que se realize exames físicos e psicológicos, os históricos de saúde dos envolvidos serão avaliados. Visto que a idade da mulher também influência consideravelmente no sucesso da gestação.

Em outras palavras, é um método de manipulação *in vitro*, isto é, em laboratório, dos gametas (espermatozoides e óvulos) para posterior implantação em organismo feminino. Assim já possuiriam personalidade civil, considerando que esta se inicia na penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo que tal fato ocorra fora do organismo materno. (DINIZ, 2002).

2.6 CONTRATO – NEGÓCIO JURÍDICO

No caso da gestação de substituição solidária que é utilizada no Brasil é fundamental a efetivação de um contrato para resguardar direitos da cedente e dos pais contratantes, e a realização deste proporcionará segurança jurídica diante das inúmeras eventualidades que poderia emergir.

O contrato é celebrado na modalidade sem fins lucrativos, envolvendo dinheiro apenas para custear o tratamento, com despesas médicas, acompanhamento de visitas durante a gestação sendo dever dos pais contratantes. Consistido num acordo de vontades realizado entre a mulher que gestará a criança com os pais idealizadores do projeto parental, também denominados de pais sociais, que fornecerão o material genético.

Vantajosa sua celebração porque possibilitará, aos contratantes, respaldo legal caso verifiquem descumprimento de cláusulas contratuais estabelecidas permitindo que acionem o judiciário para sanar possível conflito já que é pautado pela autonomia da vontade, contudo, gerará efeitos sobre a coletividade. (BRASIL, 2002).

A necessidade de um contrato entre pais genéticos e a doadora temporária do útero foi verificada pela resolução do CFM de 2013, já que a filiação da criança estaria estabelecida claramente, objetivando resguardar os direitos dos envolvidos. (BRASIL, 2013).

Recomenda-se que o contrato estabeleça cláusulas específicas: a pré-inseminação determinando o local que se efetivará procedimento/exames e o comprometimento da cedente a não ter relações sexuais em determinado período de tempo. E a fase pós-inseminação até o nascimento do bebê, de prestar informações necessárias aos médicos e seguir corretamente as prescrições médicas. (BRASIL, 2015).

Após o nascimento da criança verifique que padeça de alguma deformidade ou não atenda suas expectativas conforme o contrato firmado será entregue aos pais que a “encomendaram”, por ter sido uma prestação de serviço, devendo estes aceitá-la, pois é realizado na boa-fé objetiva, já que os contratantes ingressam na relação jurídica pela solidariedade familiar atendendo ao interesse social de proteção da instituição familiar e da reprodução.

Assim, não há que se falar que o contrato fere os bons costumes, ou a moral, mas, sim visa minimizar possíveis conflitos de cunho: emocional, social, familiar ou outro problema de saúde que impossibilite a gestação.

Infere-se pela Constituição Federal que não está proibido está permitido nesse sentido este tipo de contrato deveria encontrar subsídios, fundamentação no Código Civil que por vez estabelece normas gerais para realização de negócio jurídico no território brasileiro.

Aduz o artigo 104 do Código Civil que para ser válido o negócio jurídico requer respectivamente: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Neste segundo requisito é que paira a discussão sobre a ilicitude do objeto. (BRASIL, 2002).

A partir dos questionamentos supracitados, indaga-se sobre a possibilidade de se atribuir preço a uma criança gerada por meio de fertilização *in vitro* através de um negócio jurídico. Outro fato a ser abordado trata da possibilidade de inserção da cláusula de arrependimento no contrato de gestação de substituição utilizando o artigo 420 do Código Civil. Deve-se considerar ainda a possibilidade de arrependimento dos genitores biológicos, bem como nas consequências morais e jurídicas advindas. Não se pode, ainda, desconsiderar a problemática relacionada à possibilidade de a cedente negar-se a entregar a criança.

Entende-se, pelo contexto social e embasamento legal, pela inadmissibilidade da recusa da entrega do bebê gerado, considerando-se a livre vontade manifestada previamente por meio da celebração de negócio jurídico. Prevaleceria, então, a entrega pactuada em favor dos genitores sociais, tendo em vista disposição contratual prévia.

Parte da doutrina entende que o objeto do contrato de gestação por substituição é a entrega da criança, portanto, obrigação de dar coisa certa que tem previsão no Código Civil artigo 233 cujo título trata de obrigação de dar coisa certa. (RIZZARDO, 2011).

Outra parte da doutrina afirma que está prestando um serviço a gestação por substituição com a cessão temporária do útero para a gestação da criança, disposto no Código Civil em seu artigo 594 tratando da prestação de serviço, este na espécie de trabalho lícito. (FERNANDES, 2005).

Se existisse com fins lucrativos, o contrato efetivado entre as partes seria nulo de pleno direito, visto que o direito deve coibir qualquer maneira de comercialização da vida humana, bem como de seus órgãos no intuito de assegurar pela dignidade da pessoa humana.

Nos termos do artigo 166, inciso II, do código civil considerando nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou não puder determinar o seu objeto. (BRASIL, 2002).

Ressaltando a discussão doutrinária, o objeto desta relação jurídica não seria o “serviço” de gestação em si, mas sim o seu objeto/produto, a criança gerada e posteriormente entregue aos autores do projeto parental. Persistindo na impossibilidade de considerar o filho um bem útil, a serviço dos desejos e interesses de seus genitores, conduziria à conclusão de que a licitude da gestação de substituição não se sustentaria. Ainda que não haja prestação pecuniária, se estaria incorrendo na reificação do ser humano (AGUIAR, 2005).

Lado outro há quem diga que ainda que de forma indireta, esta prática sempre seria remunerada. Uma vez que esse auxílio material à gestante, como acompanhamento pré-natal, corresponderia sim a uma forma de remuneração indireta, ou ainda uma maneira de compensá-la por seu ato. (BORGES, 2007).

Enfim, há de se considerar que não há óbice de se cobrar pelos gastos médicos e outros adicionais devendo ser custeados pelos contratantes do serviço de fertilização artificial, o que não poderá é utilizar da técnica como meio lucrativo remunerando a cedente pelo serviço prestado. Além de ceder o útero a cedente ainda ter que arcar por conta própria com os gastos do procedimento é inconcebível.

Pode-se dizer que por ser mãe portadora entende-se que será obrigada por contrato a suportar a gravidez e por conta de outrem a entrega do bebê após o parto assim é nítida a relação contratual entre os autores do projeto parental e a cedente temporário do útero.

(BARBAS, 2006).

Logo, como são os pais quem fornecem o material genético que posteriormente será implantado no útero da mulher cedente, o casal que cedeu o material genético para fertilização tem todos os direitos oriundos do direito de família e de sucessões.

Portanto, diante da complexidade e pelo fato de possíveis conflitos que poderiam surgir fora recomendada na própria resolução 2013/2013 do CFM a efetivação de um contrato considerando os deveres das partes envolvidas serem efetivamente cumpridos e resguardar direitos aos pais idealizadores do projeto. Nas publicações das resoluções fora advertido que a modalidade é sem fins lucrativos sendo na resolução 2013/2013 frisado expressamente a necessidade de se efetivar um contrato como negócio jurídico.

2.7 ASPECTOS ÉTICOS E MORAIS

É perceptível que diante das inúmeras transformações a família não é mais como outrora constituída apenas de pai e mãe, hoje subsiste sob a égide de novas relações afetivas e não mais baseada apenas no matrimônio, mas sim nas mais variadas configurações de família.

Sendo reconhecidos os novos modelos de família: a matrimonial aquela constituída pelo efetivo ato contratual do casamento. A monoparental aquela constituída por uma mãe ou um pai que vive sem cônjuge e com filhos dependentes. E a homoafetiva aquela proveniente da união de pessoas do mesmo sexo.

A resolução do CFM publicada em 2022, nº 2.320 estabeleceu:

Às famílias monoparentais e aos casais unidos ou não pelo matrimônio, fica garantida a igualdade de direitos para dispor das técnicas de reprodução assistida com o papel de auxiliar no processo de procriação. (RESOLUÇÃO Nº 2.230, CFM).

O Código Civil Brasileiro dispõe que é considerada de entidade familiar a união estável entre homem e mulher tendo como requisitos a convivência pública contínua e duradora e especialmente que tenha como objetivo a constituição de uma família. (BRASIL, 2002).

Posto isto, o modelo tradicional de família precisa ser urgentemente revisto, pois vê que de modo geral a sociedade brasileira ainda não se adaptou aos novos formatos, devido certo preconceito estrutural ainda enraizado.

A Constituição Federal estabelece a família como alicerce, à base da sociedade brasileira devendo assim receber especial proteção do Estado. Ademais, há preconizado o direito constitucional do planejamento familiar. E entidade familiar como a comunidade

formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988).

A própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no seu artigo 16, item 3, coloca a família como ponto básico da sociedade:

A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, 1948. ART. 16).

Diante da evolução da família que, de instituição econômica, social e religiosa, vem se afirmando como uma união entre membros, visando à afetividade e a base psicossocial. O direito passa não ser apenas filiação biológica, mas de filiação querida e vivida, transcendendo a verdade para um direito de vida, do interesse e bem-estar da criança. (LEITE, 1995).

A professora Maria Helena Diniz, 2011, infere que independe da origem seja genética ou gestacional, que mãe será a pessoa que manifestou a vontade procriacional, necessitando recorrer a um estranho para que possa se concretizar.

Assim no direito brasileiro tanto a relação socioafetiva quanto a biológica tem a mesma relevância, não podendo dizer que alguém só pode ter um pai e/ou uma mãe, mas vários, identificada pela pluriparentalidade, existência de múltiplos vínculos de filiação. (VILELA, 2005).

O Código Civil brasileiro ratifica a questão em seu artigo 1.596, independente se os filhos foram concebidos ou não durante o casamento, ou por adoção terão sim os mesmos direitos e qualificações sendo terminantemente proibidas quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação. (BRASIL, 2002).

Não há que falar em coisificação da criança, insta que nas ordens sociais escravistas, e abraçado pela moral religiosa e ética daquela época sim e a história não poderia se repetir de máximas injustiças. (LEITE FILHO; CORREIA, 2019).

Assim a gestação de substituição embasada na resolução do CFM em nada fere a ética, a moral e os bons costumes da sociedade brasileira, ao contrário contribui consideravelmente já que muitas vezes não foi opção da pessoa, mas eventos adversos a sobreveio como a infertilidade, causas físicas ou psicológicas, ausência de útero/ovários, menopausa, abortos espontâneos, risco de transmissão de doenças; exposição prolongada de anticoncepcionais, produtos químicos, drogas, enfim, situações que a gravidez geraria um risco de vida à mulher.

2.8 ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição Federal de 1988 ratifica que o planejamento familiar é livre decisão

do casal, atribuindo ao Estado dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. (BRASIL, 1988).

Tendo em vista que a Constituição proclama o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, tanto ao direito de continuar vivo e como de se ter vida digna quanto à subsistência. Nessa toada questionaria se vida digna não contemplaria o direito à procriação por ser um princípio norteador de grande abrangência de outros direitos, pela lógica estaria intimamente ligado ao direito de se reproduzir/procriar. (MORAES, 2010).

Legalmente não há vedação legal que proíba a prática, há dispositivo a possibilitando a resolução do CFM a gestação de substituição sem cunho lucrativo, o que estabelece a Constituição seu artigo 199 é vedação a comercialização de órgãos. (BRASIL, 1988).

Com relação ao procedimento legal há solicitação do registro consular, que será apresentada perante Embaixada brasileira uma certidão local de nascimento na qual os pais socioafetivos, ou genéticos constem como genitores do bebê.

Nesse documento, não há anotação referente à concepção da criança, não competindo à autoridade realizar qualquer questionamento. Sua atribuição é lavrar o registro garantindo a aquisição da nacionalidade brasileira nata consoante estabelece a Constituição Federal. Não levando em conta o método utilizado de fecundação, tampouco o fato de o registrando ter nascido por meio de gestação de substituição gratuita ou onerosa.

No que tange os tratados internacionais que o Brasil é signatário a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1.990, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, prevê, em seu artigo 3º:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (DECRETO Nº 99.710/1990. ART. 3º).

Além disso, o artigo 7º do mesmo tratado dispõe do imediato registro após seu nascimento concedendo direito a uma nacionalidade e, sendo possível a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

Enfim, o que deve ser considerado a dignidade humana, o direito à vida, o direito de liberdade, a maternidade, livre planejamento familiar pronunciados nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal. Indubitavelmente prezando pelo interesse maior que a criança tenha uma nacionalidade, apenas por essa questão não seria possível a criança ficar desamparada ou mesmo apátrida. (BRASIL, 1988).

2.9 DOCTRINA BRASILEIRA

Consoante estudo desenvolvido por Schettini (2019) o direito teria como tarefa de regulamentar a gestação de substituição onerosa por meio dos princípios do planejamento familiar e da autonomia privada considerando que atingiria um grande número de pessoas tornando-as capazes de alcançar o projeto parental assegurando iguais liberdades fundamentais a todos, acrescentando que o direito ao próprio corpo da gestante é espaço de autorrealização e autossatisfação da pessoa humana.

Para Lima; Sá (2018) a resolução do CFM é apenas norma administrativa deontológica com finalidade altruísta e intrafamiliar e que suas imposições diminuí drasticamente o número de pessoas a utilizar da gestação de substituição por limitar o parentesco, e não seria de alçada da classe médica interferir na esfera íntima da decisão e restringir o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos.

Pereira (2014) reflete que embora deva haver o livre planejamento familiar e a autonomia privada da pessoa deve-se atentar que o Estado poderá intervir caso ache necessário à livre disposição do corpo visando não incorrer na coisificação do ser humano, pois poderia utilizar da gestação onerosa para auferir fulcralmente lucros e a questão altruísta deixaria de ser foco. Além disso, a ausência de normas é suprida pela resolução do Conselho Federal de Medicina, este deve sim buscar limites por ter um compromisso com a vida e é papel do direito, como ciência, se ater aos princípios morais, filosóficos e constitucionais.

Venosa (2014) entende que há fecundação em ventre alheio assim geraria inúmeros problemas éticos, morais, jurídicos e especialmente de natureza psicológica na cedente, por isso, ela deveria ser proibida e tipificada até mesmo como crime alegando que há proibição na legislação. No entanto, o Código Penal dispõe que não pode dar parto alheio e registrar filho de outrem como se seu fosse sendo uma infração penal punível com pena de reclusão, contudo a cessão do útero é sem finalidade lucrativa disposta na resolução do CFM.

Diniz (2010) pontua que a remuneração proveniente da cessão do útero poderia incorrer na mitigação da dignidade da mulher gestante, uma vez que em situação de vulnerabilidade social ou estado de necessidade, poderia valer-se da prática para sobreviver, deflagrando a ilegalidade e imoralidade do contrato celebrado. A vedação imposta residiria na ilegalidade de estipular contraprestação remuneratória assim contrato seria nulo de pleno direito.

Por fim, Rizzardo (2011) infere que o direito de reproduzir-se faz parte do direito à vida privada e à intimidade. Apesar da carga emocional para a cedente, deverá imperar o

contrato e efetuar a entrega aos pais, esses que efetivamente deram vida ao novo ser humano.

Percebe-se que não há consenso doutrinário quanto à sua permissibilidade, possivelmente cabível no mundo jurídico sendo realizada de maneira gratuita, uma vez que técnica preenche todos os requisitos válidos de negócio jurídico, sem violar quaisquer princípios constitucionais. Portanto, indubitavelmente pode-se dizer sensível à temática porque a vida humana em regra é um direito indisponível assim não é possível comercializá-la.

2.10 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA MOROSIDADE LEGISLATIVA

Observa-se por parte da sociedade uma grande cobrança em estabelecer uma família com filhos. Caso não possa ter por meios naturais que se fizesse por meio da adoção haja vista que esta é realizada desde a antiguidade. (MONTEIRO, 1980).

Indaga-se porque as pessoas invés de aderir à adoção preferem a gestação de substituição haja vista o considerável contingente de crianças abandonadas.

Nota-se que diversas pessoas preferem a gestação de substituição à adoção especialmente porque naquela terá um filho com sua genética, nesta não terá a carga genética, mas sim uma vinculação afetiva para toda a vida.

Ratifica que é um direito fundamental da pessoa a liberdade de poder optar pela que mais lhe for conveniente. Se impusesse a adoção aos pais inférteis, outros interesses coletivos não seriam observados tais como: direito à saúde (física e mental), liberdade, intimidade e vida privada, todos consagrados na Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Constatou-se que foi em Roma que a adoção teve um significado diferente sendo mais sentimental do que anteriormente pregavam que se estruturava na hereditariedade (casos que não tinham descendentes), pois para eles não admitiam a ideia de não se ter um lar, afirmavam que a finalidade era de que a adoção pudesse imitar a natureza, *adoptio natura mimitatur*. (VENOSA, 2014).

DINIZ, 2011, p. 546 diz que:

A adoção nada mais é do que um ato jurídico com suas devidas formalidades que, obedecendo aos requisitos legais, estabelece entre duas ou mais pessoas, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo de filiação, trazendo para a família um estranho na condição de filho. (DINIZ, 2011).

Preceitua o artigo 39, § 1º do ECA:

A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa. (ECA, ART. 39, § 1º).

Destaca a importância de que todos os meios da manutenção da estabilidade da família biológica estejam esgotados para que a criança possa ter preservada sua dignidade humana, visando sempre o seu bem-estar.

A adoção deve ser uma escolha livre e fundamentada por ser irrevogável quicá mais burocrática. O Estatuto da criança e adolescente, ECA, é claro em afirmar a concessão das mesmas condições de filho ao adotado inclusive no direito sucessório, sendo a adoção também uma solução para quem está impossibilitado de gerar. A adoção não é um ato isolado de caridade transcende é uma satisfação de um desejo subjetivo ligado à maternidade. (BRASIL, 1990).

Uma vez que no processo de adoção para obter a guarda definitiva é um procedimento complexo precisando de adaptação do casal com a criança necessitando de um lapso temporal suficiente para verificação da possível adaptação.

Ressalta-se que a adoção tem que ser uma decisão extremamente pensada, e em concomitante às condições psicológicas adequadas vez que prima pelo melhor interesse da criança sabendo lidar com todas condicionantes e intempéries da adoção.

O grande problema que comumente está ocorrendo é a famosa “adoção à brasileira”, isto é, uma adoção informal não assistindo à legislação, sendo considerada como uma infração penal, já que o próprio Estado não fica ciente desta ocorrência, quando chega ao seu conhecimento anos já se passaram, o que fazer?

Preocupante porque há pessoas que agem pensando no menor, contudo outras utilizam desta para finalidade exclusivamente lucrativa as explorando até mesmo direcionando-as para o crime de tráfico.

Nas ações submetidas a julgamento tem consolidado o entendimento do STJ de prevalecer o melhor interesse da criança, considerando não ser justo desconstituir o laço familiar já firmado entre eles o quão prejudicial não seria para a criança que já possui uma referência de família.

Nos pareceres judiciais ratificam pela permanência da criança na suposta “família adotiva”, mesmo que tenha se efetivada por meios ilegais, uma vez que o objetivo do Estado é o bem-estar social, deixando o menor permanecer em seu lar como já se criou um vínculo afetivo.

Assim não deve ser desclassificada como adoção tão pouco punida, pois considera a voluntariedade do agente levando em consideração se a conduta visa exclusivamente o melhor para a criança e é aqui que paira a discussão.

Logo, a adoção à brasileira é uma adoção ilegal, possuindo uma previsão expressa no Código Penal artigo 242:

Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil, com pena cominada de 2 a 6 anos de reclusão. (CÓDIGO PENAL, ART. 242).

No entanto, não considera como crime, no sentido material, por verificar que se trata de um gesto nobre e humano, onde a pessoa resolve levar para seu convívio familiar uma criança estranha para ser tratada como se sua fosse.

O que se percebe é que os Tribunais e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificaram o assunto que independentemente da forma efetivada a adoção o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança, sendo direito fundamental e constitucional.

Não obstante deve verificar a conduta do agente qual a finalidade se no intuito de garantir uma vida digna ao menor é necessário que seja isenta sem qualquer punição, caso contrário, visando obter vantagem com a criança deve aplicar as devidas sanções legais.

Se por um lado há uma grande quantidade de menores em abrigos, estabelecimentos de recolhimento lado outro há inúmeros pais em potencial almejando ter um novo membro na família.

Infelizmente no Brasil há uma lentidão e que demanda tempo para tal procedimento e outros sem tanto tempo, paciência ou não vendo perspectiva legislativa opta por esta modalidade de adoção ilegal. Essa caracterizada quando a genitora ou a família biológica simplesmente entrega a criança a um indivíduo estranho, onde este muito provavelmente registrará a criança como filho próprio, sem sequer ter passado por um processo judicial de adoção.

Não sabe precisar desde quando vem ocorrendo a prática, mas estima que há muito tempo o que se pode afirmar é que a prática existe e provavelmente ainda existirá considerando que há pessoas boas e pessoas mal intencionadas e não há um sistema de fiscalização eficaz que conseguirá sanar a prática no Brasil.

Muitas vezes o que se percebe que estes “pais ilegais” aderem esse procedimento mais fácil por não acreditarem no sistema ofertado pela legislação, no momento realizam a prática e não pensam nas consequências ao longo prazo e se quiçá um dia será descoberto.

Não consideram como crime, pois pensam que estão ajudando a mãe, a criança, sendo um ato nobre de sua parte, e não ilegal, já que não há como se falar em adoção visto que não preenche os requisitos legais, na verdade trata de uma “simulação errônea de filiação”.

Na visão de muitos doutrinadores veem que essa “adoção à brasileira” no tocante ao legislador deve atenuar a pena ou concessão do perdão judicial, em casos que realmente há motivo nobre, há situações que a pessoa age por motivo de generosidade, altruísmo, humanidade, sentimentos que merecem ser considerados na aplicação da lei penal. (GRECO, 2014).

Há diversos exemplos como mulheres grávidas vivendo numa extrema mísera, morando em um cômodo às vezes, sem familiares que até querem abortar, todavia não sabem ou não tem qualquer instrução, que encontra uma família que quer auxiliá-la, e ela mesma se dispõe em entregar a criança para que tenha um futuro digno e melhores condições de sobrevivência. Acaba aceitando e registrando o recém-nascido como se seu filho fosse instaurando o problema que futuramente resolverá no judiciário. E a este incumbirá decidir se considera fato típico, ilícito e culpável e condena pela modalidade privilegiada ou a depender se concede o perdão judicial deixando de aplicar a pena, ao magistrado caberá pela culpabilidade ou não e deverá analisar o caso concreto para o que melhor atenda aos critérios de uma boa política criminal.

Sem dúvida o fato é ilícito, e não é apenas essa questão há outros requisitos a serem considerados e a intenção não deveria prevalecer? Muitas vezes há desconhecimento pessoas tão carentes de recursos e de informação. Considerando que não é crime doloso, pois o agente realmente estava com o motivo nobre de ajudar. (MIRABETE, 2014).

Desta forma, a gestação por substituição deveria ser legalizada, sem prejuízo do significado da maternidade, de modo que deveria ser do judiciário essa preocupação em sanar esses questionamentos e não dos pais, pois lhes são constitucionalmente garantidos o direito à vida, à liberdade.

O direito deveria nortear pelo equilíbrio e harmonização da gestação de substituição centrada no sistema jurídico democrático de direito e prevalecendo sempre o melhor interesse da criança e em concomitante fortalecer as novas realidades familiares.

2.11 DIREITO COMPARADO

A ciência do direito comparado tem por objeto realizar o progresso comum do direito a nível mundial bem como a aproximação da sistemática visando uma investigação analítica e comparativa das normativas vigentes para descobrir amparo de seus princípios fundamentais. (OVIDIO, 1984).

Observa-se que quando o país proíbe essa técnica os casais procuram solução para além das fronteiras no turismo de procriação realizado em países que permitem mediante pagamento à famosa “barriga de aluguel”.

Há quem diga que se trata do fenômeno de turismo reprodutivo, cada vez mais em ascensão entre brasileiros, uma vez que os cidadãos saem de seus países de origem com destino a locais com legislação mais permissiva, flexível que lhes permita pagar pela cessão temporária do útero realizando o sonho de constituir uma família. (TIOLI, 2020).

Verifica que permitida à maternidade de substituição, seja gratuita ou onerosa, privilegia-se a maternidade de quem manifestou a vontade de procriar e requerendo até

que outra pessoa gere seu filho, para que sua vontade seja efetivada. (SANTIAGO, 2020).

O procedimento de gestação de substituição onerosa é de alto custo, pois inclui pagamento da mãe gestacional, da fertilização *in vitro*, do parto, pós-parto, da taxa da agência e de eventual doador do espermatozóide/óvulo. Aborda alguns países a título exemplificativo envolvendo a problemática e fazendo suscitar explanação da situação da gestação por substituição bem como seu crescimento e consequência. (CARVALHO, 2010).

No Brasil conclui-se ser possível apenas pela resolução do CFM, sendo essa altruísta, com a gestante tendo vínculo de parentesco de até quarto grau com os pais intencionais não há qualquer vedação do uso da técnica segundo o estado civil ou mesmo pela orientação sexual. (BRASIL, 2022).

2.11.1 Índia

No ano de 2002, a Índia legalizou a barriga de aluguel, para atrair clientes estrangeiros, em apenas seis anos em Ananda, oeste da Índia, mais de cinquenta mulheres tiveram filhos para casais de diferentes países. Auferindo quase oito mil dólares, o que demorariam quinze anos de labor, desta forma, poderia proporcionar melhores condições de vida aos seus próprios filhos. Percebendo que como a escolha de gestar uma criança envolve fulcralmente benefícios financeiros, não somente ganância, mas a atender necessidades básicas humanas.

Verificou-se que até o ano de 2015 a Índia era um dos principais destinos a contratar o serviço devido seu baixo custo em tecnologia e a grande demanda de mulheres disposta a ceder o útero o transformou em referência mundial.

Constatou-se um faturamento de quase 1(um) bilhão de dólares ao ano por ser um serviço acessível de baixo custo, era permitida desde 2002. Apesar de não existir legislação sobre a matéria sido regulada apenas por decisão da Suprema Corte e instruções do Ministério do Interior Indiano.

Em 2012, por meio de uma Normativa Diretiva nº 25022/74 de 2011 visava endurecer as normas, estabelecendo que os interessados deveriam ao adentrar em território indiano, portar o visto médico, contemplando apenas casais heterossexuais, que a criança gerada teria direito a entrar no país como filho biológico dos pais contratantes. E necessidade de assumir os cuidados da criança nascida, ter contrato notariado com a mãe gestacional indiana. (ÍNDIA, 2011, tradução nossa).

Contudo, em outubro de 2015 o governo optou por não mais apoiar a gestação de substituição onerosa e as clínicas especializadas a não aceitar mais clientes estrangeiros, proposta de lei alcançava apenas casais indianos.

Na Índia, como abordado, era permitida, mas que por diversos conflitos éticos, jurídicos e sociais o governo decidiu por extingui-la em 2013, contudo, no ano de 2016, decidiu por flexibilizar o procedimento apenas a casais heterossexuais indianos, pois na sua religião é imprescindível que a família tenha filhos.

Deve o registro do nascimento da criança ser efetivado pelo país de domicílio/residência consoante às regras de conexão própria e de acordo a lei interna. A depender do outro país caso não reconheça corre risco da criança permanecer apátrida e quiçá filiação incerta. (SILVA, 2003).

Com o decorrer do tempo criou-se um projeto de lei denominado The Surrogacy, (regulation), objetivando acabar com a modalidade onerosa da técnica, sendo somente permitida para modalidade altruísta e a casais indianos já que para a religião é primordial que um casal tenha filhos devido à tradição da cultura indiana. (SCHETTINI, 2019).

2.11.2 Ucrânia

Verifica-se que a Ucrânia é um dos poucos países que a permitem desde 2004, tendo regulamentado a técnica da gestação de substituição onerosa e muito famosa mundialmente, conhecida como paraíso das barrigas de aluguel, sendo muito lucrativa possuindo grande retorno financeiro ao mercado local.

Consoante Ministério da Saúde Pública da Ucrânia Portaria nº 787 de 9/09/2013 regula a ordem de uso das técnicas de reprodução, deixando claro que é direito dos casais por problemas de infertilidade, sendo reguladas por contrato antes do início do processo.

A portaria aduz que:

Programas com o uso de técnicas de reprodução assistida devem ser realizados apenas nos respectivos estabelecimentos de saúde credenciados. Os pacientes têm o direito de escolher livremente estabelecimentos médicos para realizar os programas com o uso de técnicas de reprodução assistida. As técnicas de reprodução assistida podem ser usadas com base em aconselhamento médico e com consentimento por escrito e solicitação de paciente/pacientes, de acordo com os formulários de inscrição aprovados pelo Ministério da Saúde da Ucrânia. Uma mulher e/ou um homem maiores de idade têm direito de usar técnicas de reprodução assistida com base nos respectivos conselhos médicos, de acordo com o Artigo 281 do Código Civil da Ucrânia. O procedimento é sujeito ao consentimento escrito dos pacientes, garantindo o anonimato de doadores e mantendo o sigilo médico. Os doadores de gametas não podem ter direitos parentais sobre o futuro filho nascido. (UCRÂNIA, 2013, **tradução nossa**).

Com relação ao Código Civil da Ucrânia diz que:

Artigo 281: Tanto a mulher como o homem, maiores de idade tem direito utilizar as técnicas de reprodução assistida com base na orientação médica e de

acordo com as condições e na ordem determinada pela legislação. (CÓDIGO CIVIL, UCRÂNIA. ART 281).

Bem como o artigo 123 do Código Familiar da Ucrânia confirma que a criança nascida de mãe de aluguel, em resultado do uso das técnicas de reprodução assistida, pertence aos pais pretendentes.

Assim, como forma de proteção estabelece a mãe de aluguel a entregar o recém-nascido aos pais biológicos, após o parto, não adquirindo os direitos parentais com a criança e não sendo possível contestar direito mediante ação no tribunal.

A legislação assegura que os nomes dos pais sejam imediatamente registrados na certidão de nascimento do bebê sem a necessidade de aprovação das autoridades. Sendo necessária a apresentação de documentação, passaportes, certidão de casamento com autenticidade, e principalmente laudo médico que ateste o motivo do casal não poder engravidar (não ter útero, alterações incuráveis endométrio, gravidez ameaça a vida) o procedimento é realizado com uso de próprio óvulo(s), ou com uso de óvulos doados.

É fundamental visitação ao país para exames, assinatura de documentos, realização do procedimento, e após o nascimento a criança é colocada já em contato com o pai ou a mãe. Enfim, a mãe de aluguel assina expressamente uma recusa dos direitos parentais e não entrar em contato com o bebê sem que haja o consentimento dos pais biológicos.

Frisa-se que o registro do nascimento da criança deve ser efetivado pelo país de domicílio/residência consoante as regras de conexão própria e de acordo a lei interna. Caso o outro país não reconheça poderá acontecer da criança permanecer apátrida e sem documentação que possa permitir deixar o país de nascimento. Recomendável auxílio de um advogado para aquisição da nacionalidade, para que posteriormente a Embaixada conceda documentação para viagem da criança junto aos pais para embarque para seu verdadeiro lar. (SILVA, 2003).

Ademais, há de ressaltar que as pessoas sentem-se satisfeitas por poderem ajudar o próximo a constituir uma família não veem como difícil separar da criança, pois desde o início compreendem o sentimento de responsabilidade e cientes que o pai e mãe estão à espera da criança. Convém lembrar que ela é permitida apenas para casais heterossexuais, proibida aos solteiros, e aos homossexuais.

Portanto, a Ucrânia possui legislação própria e permissível à realização da gestação onerosa garantindo as pessoas esse direito já que certos casais possuem problemas de infertilidade, para elas contribuírem com a técnica é uma satisfação em ajudar o próximo, porém só é possível aos casais heterossexuais.

2.11.3 Estados Unidos da América

Pioneiro na utilização da técnica de fertilização *in vitro*, os Estados Unidos tem liberalidade que cada estado legisle a matéria, alguns estados permite a locação, mas após o nascimento, a criança deverá ser adotada pelos pais contratantes. Sendo preciso um acordo livre e consentido dos intervenientes, aptidão das partes para cumprimento do contrato e capacidade dos contratantes para satisfazer as necessidades da criança, alguns Estados podem optar por ser gratuito ou oneroso. Possui um custo elevado, todavia, é possível comprar os gametas, escolher a cor dos olhos, dentre diversos outros atributos.

Para realizar o serviço de gestação onerosa há questões cruciais a serem abordadas como: as barreiras físicas, o alto custo do procedimento tecnológico. Tendo um custo de mais de cem mil dólares mesmo assim existe a prática há mais de trinta anos. Entretanto, há Estados que são permitidas há regulamentação que confere segurança jurídica a ambos a mãe gestacional e aos pais genéticos e socioafetivos.

Deve-se mencionar o famoso “Caso do Bebê M (pseudônimo)” no âmbito internacional EUA, New Jersey, que a mãe substituta decidiu não efetuar a entrega da criança aos autores do projeto parental. Apesar de haver vínculo biológico, isso não fora suficiente, e concluiu-se pela validade do contrato e a criança teve de ser entregue ao casal contratante. Demonstrando a importância do contrato no caso em comento, da validade do negócio jurídico firmado. Que diante dos conflitos entre os pais contratantes e a cedente ocasionando grande repercussão internacional o contrato tornou-se fundamental na realização da técnica de gestação de substituição resguardando direitos e obrigações (AGUIAR, 2005).

Portanto, conclui-se que há inúmeras discussões que sempre pairam a complexidade do tema em âmbito internacional especialmente quanto a nacionalidade da criança e se o contrato configuraria exploração da parte mais fraca, visto que na maioria das vezes advém de camadas de maior vulnerabilidade social. Enfim, o que deve imperar na ordem pública internacional é o melhor interesse do menor. (SANTIAGO, 2020).

3 CONCLUSÃO

Em síntese, o problema central desta monografia consistiu no fato do direito acompanhar a evolução da sociedade para identificar o porquê de não viabilizar a gestação de substituição no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que nos dias atuais a mulher pode se permitir ter ou não filhos, seja por doença ou por opção, visando a priori sua carreira profissional, ou quando não seja mais viável a reprodução natural, podendo se valer da técnica da gestação solidária para gerar filho.

No tocante aos objetivos específicos foi possível alcançá-los, uma vez que discorreu sobre o contexto histórico da gestação de substituição, esta realizada desde a antiguidade quando as mulheres não conseguiam engravidar tinham filhos através de suas escravas. Diante desse vasto período sem respaldo legal em 1992 a classe médica editou a resolução 1.358/1992 no intuito de efetivar o procedimento da reprodução assistida.

Por conseguinte, verificou-se a inércia do legislador de não enfrentar a presente questão por ser muito complexa e de grande repercussão política. Notou-se que o legislativo brasileiro vem apenas transcrevendo os textos das resoluções. Mas, o STF tem seguido o entendimento da evolução familiar e que pelo novo formato de família deve-se atender aos anseios da sociedade e propiciar às pessoas a concretude do direito da reprodução tardia.

Abordou os fundamentos éticos, morais e jurídicos e observou-se que em nada feriria a ética, a moral e os bons costumes da sociedade se alicerçando perfeitamente as disposições da Constituição Federal brasileira 1988.

Ademais, detalhou-se o procedimento da técnica da fertilização *in vitro*, que mesmo a mulher não possuindo útero é possível obter êxito no procedimento. Ratificando a necessidade de realizar um Contrato como negócio jurídico para resguardar direitos e deveres dos pais contratantes idealizadores do projeto e da mulher cedente do útero.

E, contextualizou a gestação de substituição onerosa no direito internacional citando: a Índia que fazia da técnica uma fonte de renda, a Ucrânia com lei própria à famosa “paraíso das barrigas de aluguel” e os Estados Unidos com liberalidade aos Estados para regulamentá-la. Perceptível que propicia a precificação do ser humano como verificado em alguns países que se tornou uma indústria de procriação, vendo-se posteriormente obrigados a coibir a prática como ocorreu na Índia da mesma maneira poderia ocorrer com o Brasil que pela sua grande vulnerabilidade social se justificaria para sobrevivência de muitos e lado outro a coisificação do ser humano.

Ademais, citou-se que a morosidade do legislativo propicia um sério problema ao judiciário “adoção à brasileira”, em que o STJ vem consolidando entendimento em prevalecer o melhor interesse da criança independentemente do modo que se procedeu.

Restou claro a urgente necessidade de regulamentar o assunto por meio de uma legislação específica para que as pessoas não precisem ir além das fronteiras para efetivar esse direito de outrem gestar seu filho encontrando na norma respaldo legal para pautar essa questão que envolve uma relação jurídica contratual. Porque se de um lado a biotecnologia propicia oportunidade para que pessoas estéreis possam ter filho, lado outro, à ausência da regulamentação gera insegurança podendo até inibir a prática.

Averiguou-se que a gestação de substituição onerosa, a famosa “barriga de aluguel” no direito comparado foi colocada em pauta bem antes da primeira resolução do CFM em 1992. Por todo o estudo e as possíveis lacunas constatou ser inviável sua prática no Brasil devendo ser expressamente vedada em lei, assim, não regulamentar tais situações incorre-se em situação de instabilidade jurídica e social.

Acredita-se que essas questões de nacionalidade, de efetivação de um contrato como negócio jurídico venham maximizar as discussões surgidas porque quando se fala em contrato logo já deduz contraprestação financeira, e assim há uma parte mais vulnerável, e essa classe mais desfavorecida poderia utilizar da gestação de substituição como forma de comércio e banalizar um procedimento altruísta cuja finalidade é exclusivamente o bem-estar e o melhor interesse da criança seja em âmbito nacional como internacional.

Isso posto é fulcral a efetivação do contrato nas modalidades de gestação de substituição onerosa e solidária, tanto no Brasil como no direito internacional uma vez que esse estabelece procedimentos, deveres dos pais fornecedores do material genético e da cedente do útero, e minimização de possíveis riscos de arrependimento das partes contratantes.

Concluiu-se pelo notório avanço como citado há países que até permitem a efetivação da gestação de substituição, no entanto, muito restrita apenas a casais heterossexuais proibindo sua utilização aos solteiros e a casais homossexuais, distintamente do Brasil que há mais de dez anos a expandiu a esse grupo. Enfim, o que não se deve no Brasil é erradicar sonhos apenas por falta de norma, já que existe a resolução do CFM, essa respeita os parâmetros éticos, morais e constitucionais.

Diversos desafios foram enfrentados e superados durante a realização da pesquisa, visto que nas bases de dados pesquisadas ficou evidente a diversidade de publicações sobre a temática, mas que pelo seu conteúdo propiciou pouco embasamento jurídico. Possível encontrar inúmeros materiais bibliográficos, porém emergiram mínimas discussões efetivas sobre o tema, pontuou a onerosidade desconsiderando a vedação da Constituição e versou sobre a modalidade do contrato, se consistiria em uma prestação de serviço ou uma obrigação de entregar coisa certa, sem consenso o que é bom elucidar.

Contudo, a problemática transcende o contrato indo muito além de mero negócio

jurídico, pois é um direito de reprodução e por tudo que fora colocado, não viola a Constituição, ao contrário, pressupõe respeito a sua autonomia privada uma vez que pode ser utilizado das técnicas de reprodução que a ciência tem posto a sua disposição, garantindo a possibilidade do ser humano de se reproduzir diante das adversidades, tal qual a infertilidade.

Fica como sugestão para aqueles que quiserem utilizar dessa pesquisa como referência que busque legislações de outros países sobre o tema, em ambas as modalidades, bem como a realização de pesquisa de campo onde possam comprovar a satisfação das mulheres que participam da gestação de substituição.

Por fim, uma dica é escolher um tema que goste que sinta à vontade de escrever assim não será apenas um trabalho de conclusão de curso obrigatório para obtenção de um título acadêmico, mas um legado pessoal a ser disponibilizado e quiçá expandido.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

BERLINGUER, Giovanni. **Bioética Cotidiana**. Tradução Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

_____. **Estatuto da Criança e Adolescente. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Brasília, DF. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 15 mar. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277 e Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132. Brasília, DF. Relator: Ministro Ayres Britto. **Pesquisa de Jurisprudência** 40. Publicado em DJE de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202019>. Acesso em: 15 mai. 2023.

CAHALI, José Francisco; PEREIRA Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil: Aspectos Civil, Constitucional, Processual e Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**. 4 ed. Coimbra: Editora, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: Disponibilidade Relativa, Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COMPARATO, Fábio. **A afirmação história dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº. 1.358/1992**. Revogada pela Resolução CFM nº. 1.957/2010. Adota Normas Éticas para utilização das Normas Técnicas de Reprodução Assistida. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina.

Disponível em: <sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em: 01 nov. 2021.

DIAS, João Álvaro. **Procriação Assistida e Responsabilidade Médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FELIX, Valter Nilton. **Gravidez de Substituição: Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Fiúza, 2009.

FERNANDES, Silva da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar. p.70, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. v. 3. 11 ed. Niterói: Impetus, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Pillares, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabrini, FABBRINI RENATO Nascimento. **Manual de Direito Penal**. v. 3. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NETO, Luísa. **O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo: A Relevância da Vontade na Configuração do Seu Regime**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. *Revista de Direito / USP*. v. 79. São Paulo/SP. p. 161-180, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 5. 22 ed. Rio de Janeiro:

Forense. p. 12, 2014.

PEREIRA JR., Antônio Jorge et al. **O Limite da Autonomia em Face do Direito à Vida e a Recusa a Tratamento Médico em Caso de Doenças Crônicas.** *Revista Brasileira de Direito Civil.* v. 17, 2018.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Tudo Aquilo que Você Sempre Quis Saber Sobre Contratos de Gestação.** *Revista do Ministério Público.* jan./marc. pp. 9-51, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por Substituição:** A ordem pública internacional e o melhor interesse do menor. Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2022.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. et. al. **Biodireito:** Ciência da Vida, os Novos Desafios. São Paulo: **Revista dos Tribunais.** p. 141, 2001.

SAUWEN, Regina; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro”:** Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHETTINI, Beatriz. **Reprodução Humana e Direito:** O Contrato de Gestação de Substituição Onerosa. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. p. 319-320, 2003.

TIOLI, Luiz Gustavo; MUSTAFÁ, Rennan Herbert. **O Contrato de Gestação por Substituição e a Definição da Parentalidade.** Londrina, 2020. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/negocios-biojuridicos-existenciais-o-contratode-gestacao-por-substituicao-e-a-definicao-da-parentalidade>. Acesso em: 05 mai. 2022.

TRINDADE, Zeidi. Araújo; ENUMO, Sônia. Regina. Fiorim. **Triste e Incompleta:** Uma Visão Feminina da Mulher Infértil. *Psicol. USP, São Paulo.* v.13, p. 151-182, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010365642002000200010&lg=pt&nrm=iso. Acesso em: 24 mar. 2011.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **A Ordem Pública no Direito Internacional Privado e a Constituição.** *Revista Ética e Filosofia Política .v. 2.* Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. p.12, jul./2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.