



**Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais – FAJS
Curso de Direito**

Aline Cristina Rojas

**(IM)POSSIBILIDADE DE VALIDAÇÃO DOS CONTRATOS
ONEROSOS QUE VERSEM SOBRE GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO**

Brasília/DF
2016

ALINE CRISTINA ROJAS

**(IM)POSSIBILIDADE DE VALIDAÇÃO DOS CONTRATOS
ONEROSOS QUE VERSEM SOBRE GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.
Orientador: Prof. Dr. Luciano de Medeiros Alves.

**BRASÍLIA
2016**

ALINE CRISTINA ROJAS

**(IM)POSSIBILIDADE DE VALIDAÇÃO DOS CONTRATOS
ONEROSOS QUE VERSEM SOBRE GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para a
obtenção do bacharelado no curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais o
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientador: Prof. Ms. Luciano de Medeiros Alves.

Brasília-DF, 11 de novembro de 2016

Banca Examinadora

Prof. Orientador Ms. Luciano de Medeiros Alves

Prof(a). Examinador(a) Ms. Dulce Donaire de Mello e Oliveira

Prof(a). Examinador(a) Ms. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho primeiramente a Deus e aos meus pais, Cirilo e Vera, que acreditaram e investiram em mim, me apoiando sempre nos momentos tensos e tranquilos do curso, dando incentivos e forças para continuar a persistir mesmo quando encontrava dificuldades;

À minha irmã, Patrícia Rojas, que mesmo morando em Fortaleza/CE me ajudou a enriquecer meu trabalho ao me emprestar seus livros de Medicina e me ofereceu contatos de seus professores para me auxiliarem quando eu era tomada por dúvidas a respeito do tema;

Ao meu namorado, Diogo, que foi muito compreensivo principalmente neste final de curso, quando tive que abdicar de muitos encontros para me dedicar a esse trabalho;

Aos maravilhosos professores que eu tive durante toda a minha vida acadêmica, desde o Ensino Fundamental até então, cujo conhecimento me foi passado e nunca esquecido;

Aos meus amigos e colegas de curso, que contribuíram para inúmeras risadas durante esse longo caminho percorrido, bem como compartilharam suas dúvidas, angústias, conhecimentos e sugestões comigo;

Ao meu orientador, que teve paciência na orientação e sabedoria, indispensáveis para o desenvolvimento e conclusão desse trabalho.

A todos vocês, meu sincero obrigado!

“A verdadeira coragem está em enfrentar
o perigo quando você está com medo”.

O mágico de Oz

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar se há possibilidade no mundo jurídico de validar um contrato oneroso acerca da técnica de reprodução assistida da gestação por substituição, vez que a Resolução nº 2121/15 do Conselho Federal de Medicina, única que discorre sobre o assunto e não possui força cogente, autoriza apenas a cessão temporária do útero de forma gratuita. Para tanto, antes de se adentrar na questão propriamente dita, há a conceituação de reprodução assistida, bem como as técnicas de RA reconhecidas e aceitas, além das mudanças enfrentadas pela Resolução supra. Posteriormente, passa-se ao estudo dos requisitos de validade de um negócio jurídico, no intuito de abrir margem para uma reflexão acerca da possibilidade ou não de considerar se um contrato oneroso é apto a produzir efeitos na ordem jurídica. Nesse ponto, destaca-se a divergência doutrinária a respeito da validade e quanto à classificação jurídica que essa espécie de contrato se enquadraria. Por fim, as problemáticas em torno dessa questão são analisadas, inclusive sob o prisma internacional, buscando-se demonstrar as possíveis soluções para o operador do Direito dirimir conflitos sobre a “barriga de aluguel”.

Palavras-chave: Direito de Família. Direito Civil. Contratos. Barriga de aluguel. Reprodução assistida. Onerosidade. Útero de substituição. Insegurança jurídica. Melhor interesse.

ABSTRACT

This paperwork aims to verify if there is the possibility to validate an onerous contract about surrogacy in the legal world, as the Medicine's Federal Council's Resolution nº 2121/15, the only one that disposes about the theme and it does not have legal force, it allows only the free practice of the surrogacy. Therefore, before entering into the main issue, it is important to display the assisted reproduction's concept and all the assisted reproduction techniques which are recognized and accepted in Brazil. Subsequently, the study of the requirements for the validity of general contracts was then commenced, in order to provide a deep reflection if an onerous contract about surrogacy can produce its legal effects. At this point, it is worth highlighting the divergence in doctrine about the validity of this kind of contract and which should be its legal classification in national law. Finally, the issues around this theme are deeply analysed, including at the international level, in order to expose possible solutions to the professionals of law.

Keywords: Family Law. Civil Law. Contracts. Surrogacy. Assisted Reproduction. Regarding Cost. Uterus' subrogation. Legal uncertainty. Best Interest.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

CLT – Consolidação das leis trabalhistas

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRM – Conselho Regional de Medicina

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FIV – Fertilização *in vitro*

GIFT – Transferência intratubária de gametas

HFEA – Human Fertilisation and Embriology Act

ICSI – Injeção intracitoplasmática de espermatozoides

IUI – Inseminação intra-uterina

LINDB – Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro

PL – Projeto de Lei

SAA – Surrogacy Arrangements Act

ZIFT – Transferência intratubária de zigotos ou transferência tubária do embrião

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	13
1.1 Reprodução assistida.....	16
1.2 Espécies de reprodução humana medicamente assistida.....	19
1.2.1 Inseminação intra-uterina (IIU) ou inseminação artificial	20
1.2.2 Fertilização <i>in vitro</i> (FIV).....	21
1.3 Gestação por substituição.....	22
1.3.1 Ausência de legislação	23
1.4 Anonimato dos doadores.....	24
1.5 Resoluções nacionais relacionadas às técnicas de RA.....	26
1.5.1 Resolução nº 1358/92 do CFM.....	27
1.5.2 Resolução nº 1957/2010 do CFM.....	27
1.5.3 Resolução nº 2013/2013 do CFM.....	28
1.5.4 Resolução nº 2121/2015 do CFM.....	29
2 REQUISITOS DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO	32
2.1 Existência	32
2.2 Validade	32
2.2.1 Agente capaz.....	33
2.2.2 Objeto lícito, possível, determinado ou determinável	34
2.2.3 Forma prescrita ou não defesa em lei.....	35
2.3 Eficácia	36
2.4 Contratos onerosos e gratuitos	37
2.5 Doação.....	38
2.6 Doação de órgão humano e Constituição Federal.....	40
2.7 Diferenças entre doação, cessão, locação, comodato e prestação de serviços	42
3 (IM)POSSIBILIDADE DE VALIDAÇÃO DOS CONTRATOS ONEROSOS QUE VERSEM SOBRE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	45
3.1 Argumentos favoráveis à eficácia dos negócios jurídicos onerosos acerca da gestação de substituição.....	47
3.2 Argumentos contrários à eficácia dos negócios jurídicos onerosos acerca da gestação de substituição.....	52
3.3 Natureza jurídica atípica.....	54
3.4 Possíveis soluções para sanar as problemáticas em torno da “barriga de aluguel”	57
3.4.1 Projetos de Lei sobre reprodução humana artificial.....	58
3.4.2 As técnicas de RA no plano internacional.....	62
3.4.3 A maternidade de substituição sob o prisma do Direito Internacional Privado.....	68
3.5 Implicações jurídicas.....	72
3.5.1 O princípio do melhor interesse da criança e seus direitos fundamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	73
3.6 Pesquisa empírica	78
CONCLUSÃO	80

REFERÊNCIAS.....	82
ANEXO A – ENTREVISTA COM A GERENTE DA TAMMUZ BRASIL INTERNATIONAL SURROGACY, BRUNA ALVES.....	88
ANEXO B – ENTREVISTA COM A BIÓLOGA DA CLÍNICA FERTVIDA DRA. DARLETE LIMA MATOS, CRBio 67097/05D.....	90
ANEXO C – PROJETO DE LEI Nº 115/2015.....	92

INTRODUÇÃO

A presente monografia pretende analisar o tema da gestação de substituição no Brasil, relacionado ao Direito de Família e ao Biodireito, tendo em vista que os avanços biotecnológicos já permitem que famílias impossibilitadas ou contraindicadas para a gestação, possam perpetuar sua espécie através das múltiplas técnicas de reprodução medicamente assistida, com enfoque para a gestação de substituição. O tema é atual e pertinente de ser discutido num trabalho monográfico, pois o número de interessados nesses métodos vem crescendo gradualmente, mas ao mesmo tempo, aqueles que os desejam permanecem muito receosos com as possíveis consequências jurídicas, principalmente por conta de inexistir legislação a respeito do tema. No Brasil, o assunto é tratado apenas pela Resolução nº 2121/15 do Conselho Federal de Medicina, após ter passado por várias alterações. Entretanto, essa resolução não tem força cogente, servindo apenas como uma diretriz para o operador do Direito dirimir eventuais conflitos que possam surgir.

A monografia busca focar na discussão a respeito da possibilidade ou não de validar os contratos onerosos que versem sobre a técnica de reprodução assistida de gestação por substituição, a popularmente conhecida “barriga de aluguel”, bem como na necessidade de manifestação do Poder Legislativo para garantir a segurança jurídica tanto às novas entidades familiares, como às famílias tidas como tradicionais, que por algum problema de saúde ou genético, ficam impossibilitadas ou contraindicadas de gerarem seus filhos pela via natural.

O trabalho monográfico pretende trazer todos os problemas relativos ao útero de substituição, abrangendo desde a vontade das pessoas em executar o projeto parental, a elaboração de contratos gratuitos ou onerosos, observado o melhor interesse da criança, bem como os conflitos que podem surgir entre os titulares do projeto parental, que desejaram vigorosamente a criança antes mesmo de sua concepção, e a mãe substituta, que cedeu seu útero para a realização do sonho dessas famílias.

O capítulo um apresenta todas as técnicas de reprodução medicamente assistida existentes e a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2121/15 com as alterações sofridas no decorrer dos anos. O objetivo é inserir o leitor no contexto e na problemática abordada no capítulo três.

O capítulo dois deu enfoque nos requisitos de validade do negócio jurídico, no qual buscou-se diferenciar contratos gratuitos de onerosos, bem como discorrer sobre o plano da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, a fim de entender a possibilidade de executar um contrato. Ademais, no capítulo dois procurou-se diferenciar contratos de doação, comodato, cessão, locação e prestação de serviços com o objetivo de verificar se o útero subrogado poderia ser enquadrado como algum deles. Por fim, haja vista a proibição de comercialização de órgãos humanos e tecidos pelo art. 199, § 4 da Constituição Federal, entendeu-se ser relevante discorrer sobre a Lei da doação de órgãos humanos com a finalidade de verificar se o ventre alheio poderia ser considerado uma doação.

Enfim, o capítulo três traz a divergência doutrinária acerca da possibilidade ou não de validar os contratos onerosos sobre gestação por substituição, levando em consideração o princípio do superior interesse da criança adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda, buscou-se também trazer o alcance dessa discussão no plano internacional através do estudo do direito comparado, pois é através da comparação com as legislações e/ou entendimentos de diversos países que o operador do Direito poderá se apoiar para solucionar controvérsias sobre o caso no âmbito interno. Cabe salientar ainda que o direito comparado possui a função de aprimorar o ordenamento jurídico nacional, especialmente quando um país não tem posição definitiva acerca de uma determinada matéria.

A metodologia utilizada foi uma análise descritiva ao explicar as diversas técnicas de RA consolidadas na atual Resolução nº 2121/15 do CFM, bem como em compará-la com as alterações sofridas por essa resolução ao longo dos anos. Através de uma análise reflexiva sobre a natureza jurídica do contrato de gestação por substituição, pretende-se verificar a possibilidade ou não de validar eventuais contratos onerosos elaborados entre a mãe hospedeira e os idealizadores do projeto parental. Além disso, haja vista a relevância internacional do assunto, buscou-se analisar as consequências que a ausência de uma regulamentação específica pode acarretar no direito internacional privado.

Por fim, objetivou-se averiguar todas as possíveis soluções a serem utilizadas pelos operadores do Direito quando da inexistência de legislação específica sobre a maternidade substitutiva.

1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O desejo em ter filhos está cada vez mais atrelado à satisfação de uma realização pessoal e pode-se dizer também tratar-se de uma concretização do direito de personalidade, uma vez que a filiação é idealizada pelo casal e tutelada constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹. Esse princípio constitucional e a constante busca de autodeterminação, já são motivos suficientes para assegurar a toda e qualquer entidade familiar a possibilidade de ter filhos, incluindo buscar auxílio das técnicas de Reprodução Assistida, se necessário. O artigo XVI, item 1, da Declaração Universal de Direitos Humanos assegura de forma explícita o direito de qualquer pessoa constituir família, estando implícito o direito de procriar.

No Brasil, o direito ao planejamento familiar é constitucional e consiste na liberdade de decisão do casal em ter filhos ou não, observado sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, e o dever do Estado de fornecer recursos para evitar a concepção ou facilitá-la e isso inclui as técnicas de reprodução assistida². Diante disso, o Estado não pode interferir na vida sexual de uma pessoa, obrigando-a ou impedindo-a de exercer esse direito. Ademais, em se tratando dos direitos constitucionais, há uma controvérsia acerca da possibilidade de se considerar a perpetuação da espécie como um direito fundamental³. Segundo Héritier, por exemplo, a vontade de ter filhos é fundada no desejo de descendência e realização, natural em todo ser humano⁴.

“A demanda por filhos é mais que a expressão da afirmação de uma individualidade, é a reivindicação pela descendência planejada e

¹ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.3.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.7.

³ *Ibidem*, p.6.

⁴ HÉRITIER, 2000 apud SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.302.

racionalizada, com o intuito de manutenção de si e daquele outro ser tão vigorosamente desejado”⁵.

De outro lado, Wagner Mota entende que a procriação é uma extensão do direito fundamental de personalidade e, por isso, todos têm o direito de escolher ter filhos e, havendo infertilidade de um ou ambos os partícipes do projeto parental ou contraindicações para se levar adiante uma gravidez, o direito de recorrer às técnicas de reprodução artificial com segurança para que a família realize o desejo da filiação. Afinal, não seria uma solução adequada impedir um casal infértil ou com problemas biológicos de buscar sua satisfação pessoal.

“[...] a procriação acaba por se revelar uma própria extensão ou projeção da personalidade (direito à vida, ao nome, à imagem, à saúde, à liberdade, inclusive, sexual), estaria contido o direito à procriação (ou descendência), entendido este como uma capacidade de autodeterminação da mulher, do homem ou do casal quanto à constituição, aumento ou limitação do número de filhos que desejam ter”⁶.

De acordo com Mota Pinho, os direitos de personalidade referem-se à autonomia dos indivíduos, que deve ser harmônica ao se relacionar com os outros e com as gerações futuras⁷. Ou seja, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consiste em propiciar a adoção de um modo de vida pelos indivíduos, sem que interfira na autonomia de terceiros. Dentro disso, está inserida a liberdade para constituir uma família⁸ e, segundo Fabiane Simioni, é nesse sentido que o legislativo brasileiro deveria regulamentar o assunto, pois desse modo, o desenvolvimento das personalidades e a dignidade humana seriam respeitadas⁹.

Sendo a perpetuação da espécie considerada como um direito fundamental, não há motivos plausíveis para impedir uma pessoa, independentemente de seu

⁵ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.310-311.

⁶ SOUZA, 2009 apud OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.4.

⁷ PINHO, 1999 apud SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.304.

⁸ BARBOSA, 2004 apud SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.305.

⁹ SIMIONI, op.cit. p.305.

estado civil, de recorrer às técnicas reprodutivas¹⁰. O próprio artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal trata da liberdade que os casais possuem quanto ao planejamento familiar.

Dessa forma, havendo vontade de ter filhos, não pode haver empecilhos a isso, principalmente por haver grandes avanços biotecnológicos que permitem casais impossibilitados de gerar seus próprios descendentes, recorrer à medicina e à tecnologia para atingir seu desejo que, antes, não tinham condições de realizar senão por meio de um processo de adoção¹¹. Isso se aplica também, no mundo moderno, ao casal homoafetivo, que pode buscar auxílio do útero subrogado¹².

Os direitos fundamentais protegidos pela CF/88 são intransferíveis e irrenunciáveis, dizendo respeito a todos os cidadãos igualmente, de acordo com o princípio, também constitucional, da isonomia¹³.

Pode-se perceber que proibir a prática dessas técnicas discriminaria tanto os casais homoafetivos como os heteroafetivos, quando estes possuem algum problema que impossibilita a gestação, tendo em vista que, como essas técnicas não estão tuteladas, acaba gerando insegurança jurídica.

Por se tratar de um tema de grande relevância, especialmente em virtude dos avanços da medicina e a vigência do novo Direito de Família, é de suma importância que todas as técnicas que serão apresentadas sejam regulamentadas, pois assim ficam efetivados os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, planejamento familiar e principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

A Lei nº 9263/96 dispõe sobre o planejamento familiar tanto ao casal, como às pessoas (homem ou mulher) individualmente consideradas¹⁴. Em seu artigo 3º

¹⁰ BARBOZA, 1993 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.6.

¹¹ SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v.13, n.52, p. 141-166, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf> Acesso em: 30 ago. 2015. p.154.

¹² Ibidem, p.155.

¹³ CRUZ, Marjory de Oliveira. *Gestação de substituição por famílias homoafetivas*. 2014. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais FAJS, UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6085/1/21014511.pdf>> Acesso em 02 set 2015. p.51-52

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)>

garante assistência integral à saúde e concepção às pessoas, casadas ou não, que optaram por exercer o direito ao planejamento familiar¹⁵, desde que haja o respeito aos princípios constitucionais da dignidade humana e da paternidade responsável, além dos elementos indispensáveis para o desempenho das funções da família e à sua formação: amor, respeito, afeto e solidariedade. O artigo 9º do mesmo diploma legal garante ainda que serão oferecidos todos os meios e técnicas de concepção e contracepção, sem colocar em risco a saúde e vida das pessoas para que o planejamento familiar possa ser efetivado, abarcando, pois, implicitamente, todas as técnicas de reprodução medicamente assistida (RA), inclusive a gestação por substituição¹⁶.

1.1 Reprodução assistida

A intervenção da tecnologia no corpo humano não é um fato novo. No século XIV, por exemplo, ocorreu a primeira tentativa de inseminar os mamíferos artificialmente. Já em 1953, nos Estados Unidos, foi realizada a primeira fecundação através da inseminação artificial de um espermatozoides congelado¹⁷. A ausência de filhos acarreta numa forma diferente de homens e mulheres tentarem solucionar esse problema e a justificativa disso recai nos valores e nas posições que ambos assumem na sociedade¹⁸. Diante disso, a demanda e a vontade de ter filhos variam de acordo com o contexto social ao qual se insere. Nas classes populares, por exemplo, ambos os gêneros sofrem uma discriminação moral ao não terem filhos¹⁹.

Segundo os ginecologistas, Reprodução Assistida é o “termo utilizado para o conjunto de técnicas para tratamento da infertilidade conjugal que envolve a

familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf> Acesso em: 30 set 2015. p.7.

¹⁵ Ibidem, p.8.

¹⁶ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.9-10.

¹⁷ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.297.

¹⁸ Ibidem, p.296.

¹⁹ Ibidem, p.297.

manipulação em laboratório de pelo menos um dos gametas: espermatozóides ou óvulos”²⁰.

As técnicas de RA possibilitam que famílias possam ter seus próprios filhos, sem relação sexual, em decorrência de um de seus membros ou ambos serem portadores de algum problema de infertilidade ou esterilidade, o que contribui para sua superação. O objetivo dessas técnicas trazidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) é o de viabilizar as famílias, independentemente de sua espécie, a alcançar o sonho de gerarem seus próprios filhos, que não seria possível originariamente pela relação sexual.

Essas Resoluções do CFM foram elaboradas no sentido de apenas orientar a prática médica à possibilidade de empregar as técnicas de RA, demonstrando preocupação que a infertilidade humana, seja por motivos de saúde ou não, possa causar ao psicológico dos seres humanos²¹, que vêm na procriação o ápice da felicidade. No entanto, a Resolução também se preocupa pela falta de regulamentação sobre o tema, o que levou a definir determinados requisitos para a validação dessas técnicas, especialmente no tocante à gestação de substituição²².

A utilização da reprodução assistida pode ser vislumbrada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção às famílias, do acesso à saúde, além do dever do Estado de promover o bem estar de todos os seus cidadãos, que é um dos objetivos da República Federativa. Segundo a autora Fabiane Simioni, esses princípios são fundamentais para construir uma fundamentação jurídica capaz de propiciar a regulamentação a respeito do acesso de todas as entidades familiares às técnicas de RA²³. Não se pode ignorar que o avanço da biotecnologia chegou à reprodução humana, intervindo mais precisamente no corpo feminino, em virtude de suas características biofisiológicas²⁴.

²⁰ CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. *Técnicas de Reprodução Assistida: Bebê de Proveta*, [2001?]. Disponível em: <<https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>> Acesso em: 19 mar. 2016

²¹ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.59-60.

²² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2013/13*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 02 out 2015.

²³ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.310.

²⁴ Ibidem, p.296.

Em se tratando da utilização das técnicas de RA, a paternidade e maternidade são determinadas pela vontade intensa dos titulares de um projeto parental de terem filhos, mesmo antes do seu nascimento, independentemente de ter havido contribuição genética²⁵. Segundo Silvia da Cunha Fernandes, a verdade afetiva deve sopesar sobre a verdade biológica, pois nos dias de hoje, a filiação está caracterizada nas relações afetivas entre pais e filhos e na vontade do casal em tê-los, mesmo que não tenham essa possibilidade pela via natural²⁶. Essa determinação atual de parentalidade vem sendo considerada por muitos doutrinadores como uma desbiologização da maternidade²⁷, conforme citação do autor Guilherme Gama²⁸:

“Houve, pelo menos em parte, uma desbiologização da paternidade. [...] A fonte geradora do vínculo parental, diante dos casos envolvendo as técnicas de reprodução medicamente assistida, deixou de ser um fato natural (o ato sexual), passando a consistir na vontade e, conseqüentemente, no consenso, a abalar o arcabouço normativo no tema da paternidade, maternidade e filiação”.

Até mesmo o atual Código Civil, em seu artigo 1593, dispõe que:

“Art. 1593 CC: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

O dispositivo supratranscrito reconhece a existência de parentesco que não seja o consanguíneo e dentre estes, pode-se dizer que se incluem a adoção, o parentesco socioafetivo e as técnicas de RA heterólogas, ou seja, todas estas se baseiam no vínculo da afetividade²⁹. Portanto, diante do novo Direito de Família, pai

²⁵ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.2.

²⁶ FERNANDES, Silvia da Cunha, 2005 apud OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.2.

²⁷ MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: Implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*, 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>> Acesso em: 01 set. 2015.

²⁸ GAMA, 2000 apud CRUZ, Marjory de Oliveira. *Gestação de substituição por famílias homoafetivas*. 2014. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais FAJS, UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6085/1/21014511.pdf>> Acesso em 02 set 2015. p.56.

²⁹ SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v.13, n.52, p. 141-166, 2010. Disponível em:

e mãe não podem mais ser definidos como aqueles que possuem laços consanguíneos com seus filhos, mas sim como aqueles que externam a livre vontade de assumir as diversas responsabilidades que a filiação exige, além de oferecer amor, carinho e respeito, elementos indispensáveis para a promoção do bem estar e desenvolvimento de qualquer ser vivo.

Qualquer técnica de RA será legítima e constitucionalmente aceita sempre que houver necessidade de utilizá-las, além de verificar a vontade de o casal assumir todas as exigências da filiação para contribuir e aprimorar o desenvolvimento da criança. Assim, o mero interesse pessoal que o indivíduo pretende obter com tais métodos, como por exemplo, escolher a cor dos olhos da criança, não autoriza sua prática³⁰.

Diante da possibilidade das entidades familiares figurarem como receptoras dessas técnicas de procriação artificial, assegurada pela atual Resolução nº 2121/15 do CFM, há ainda algumas questões polêmicas que poderiam ser resolvidas com uma regulamentação jurídica adequada, relacionadas à formalização do registro do recém-nascido, à determinação da parentalidade, ao direito da criança conhecer sua origem genética, além da observância do princípio dos melhores interesses da criança³¹, que deve ser colocado prioritariamente acima de todas as demais problemáticas.

1.2 Espécies de reprodução humana medicamente assistida

Inicialmente, como já explanado, as técnicas de RA foram desenvolvidas para propiciar casais inférteis à filiação. Diante disso, se faz importante destacar o que é infertilidade para o campo da medicina. Segundo os ginecologistas:

“Define-se como casal infértil aquele que não consegue engravidar após um ano de atividade sexual sem proteção contraceptiva [...] Além do tempo de

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf> Acesso em: 30 ago. 2015. p.148.

³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.8.

³¹ MARINHO, Ângela de Souza M.T. Da adoção de técnicas reprodutivas por casais homossexuais e mulheres solteiras. In: MARINHO, Ângela de Souza M.T. *Reprodução humana assistida no Direito Brasileiro*: A polêmica instaurada após o Novo Código Civil. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010. p. 67-76. p.71.

exposição, outras variáveis devem ser consideradas: frequência de coito, idade da mulher e paridade prévia”³².

Ao submeter o casal à uma técnica de RA, é imprescindível que estes sejam esclarecidos quanto aos procedimentos a serem utilizados, além de assinar um termo de compromisso e consentimento³³. Dentre as técnicas desenvolvidas, há a inseminação intra-uterina (IIU) e a fertilização *in vitro* (FIV), sendo que esta última se subdivide em transferência intratubária de gametas femininos ou masculinos (GIFT) e transferência intratubária de zigoto ou transferência tubária do embrião (ZIFT), injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) e a FIV na forma de gestação de substituição.

De um modo geral, Marise Cunha explica as técnicas de RA da seguinte forma:

“As técnicas mais usuais são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, nas quais não há o intercuro sexual. A inseminação artificial é uma técnica intracorpórea e ocorre quando o sêmen é introduzido no aparelho genital feminino. A fertilização *in vitro* (FIV) é técnica extracorpórea, através da qual o óvulo é fecundado em um tubo de ensaio ou outra mídia de cultivo, e, posteriormente, o embrião é transferido para o útero materno ou de terceira pessoa, sendo que, no último caso, ter-se-á a fertilização *in vitro* por gestação de substituição, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel. Ambas podem ser homólogas (quando se utiliza os gametas do casal) ou heterólogas (quando se utiliza gameta de doador, um ou ambos)”³⁴.

Diante disso, percebe-se que todas as técnicas de reprodução assistida admitem as modalidades homóloga e heteróloga, a depender da origem do material genético a ser utilizado nos procedimentos, que serão descritos a seguir.

1.2.1 Inseminação intra-uterina (IIU) ou inseminação artificial

Essa técnica é a mais antiga e mais simples de ser realizada, consistindo na manipulação apenas dos espermatozoides, que são recolhidos e preparados para

³² CATELLANI, Maria Albina. Infertilidade conjugal. In: CONCEIÇÃO, José Carlos de Jesus. *Ginecologia Fundamental*. São Paulo: Editora Atheneu, 2005. p.122-126. p.122.

³³ CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. *Técnicas de Reprodução Assistida: Bebê de Proveta*, [2001?]. Disponível em: <<https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>> Acesso em: 19 mar. 2016

³⁴ SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v.13, n.52, p. 141-166, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf> Acesso em: 30 ago. 2015. p.155.

então serem introduzidos dentro do útero³⁵. Sua prioridade é induzir a ovulação na mulher ou tornar os espermatozoides mais rápidos³⁶, conforme o tipo de problema apresentado pelo casal. É recomendada em determinados casos, como por exemplo, infertilidade aparente e inadequação sexual³⁷.

A inseminação artificial apresenta probabilidade de sucesso entre 15 a 20%, a depender de certos fatores, como a condição pessoal do casal e dos procedimentos utilizados para induzir a ovulação³⁸. Recomenda-se ainda que esta técnica não se repita por mais de três vezes³⁹. Além disso, segundo os ginecologistas especializados em reprodução humana, algumas complicações podem surgir, como por exemplo, a gravidez múltipla (gêmeos, trigêmeos ou quadrigêmeos): “Em geral 75% das gravidezes advindas de ciclos de IIU são únicas; 20% são duplas (gêmeos); e até 5% são gravidezes de maior ordem (triplos, quádruplos)”⁴⁰.

Em caso de insucesso nessas tentativas, a fecundação tentará se concretizar através de um dos procedimentos da Fertilização *in vitro* (FIV).

1.2.2 Fertilização *in vitro* (FIV)

Esse método é mais complexo e consiste em realizar a fecundação fora do útero, em laboratório, para posteriormente ser introduzida no corpo feminino⁴¹. Conforme explica os ginecologistas e especialistas em técnicas de RA, os espermatozoides são preparados da mesma forma que na IIU e após um tempo são colocados numa placa de cultura juntamente com os óvulos⁴² para forçá-los à fecundação:

“Sempre que falamos em FIV estamos nos referindo a técnica em que o espermatozóide entra “por suas próprias forças” para dentro do óvulo (a

³⁵ CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. *Técnicas de Reprodução Assistida: Bebê de Proveta*, [2001?]. Disponível em: <<https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>> Acesso em: 19 mar. 2016

³⁶ Ibidem.

³⁷ CATELLANI, Maria Albina. Infertilidade conjugal. In: CONCEIÇÃO, José Carlos de Jesus. *Ginecologia Fundamental*. São Paulo: Editora Atheneu, 2005. p.122-126. p.122.

³⁸ MEDICINA REPRODUTIVA. *Inseminação intra-uterina*, 2011. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/inseminacao-intra-uterina/>> Acesso em: 05 abr 2016

³⁹ CORLETA; FRAJNDLICH, op.cit.

⁴⁰ MEDICINA REPRODUTIVA, op.cit.

⁴¹ CORLETA; FRAJNDLICH, op.cit.

⁴² Ibidem.

fecundação ocorre *in vitro* e o melhor espermatozóide penetra o óvulo, sem auxílio)⁴³.

A FIV é recomendada para ausência de útero e falência ovariana, por exemplo⁴⁴. Ademais, outras técnicas ocorrem da mesma forma que a FIV, porém com algumas peculiaridades. Dessa forma diz-se que a FIV se subdivide em: i) ICSI, no qual o modo de execução é o mesmo da FIV, porém a fecundação não ocorre de forma espontânea, mas sim através do auxílio de uma pipeta injetora a ser introduzida no óvulo. É recomendada em casos de fator masculino aparente e falha na relação sexual⁴⁵; GIFT é a técnica que consiste na coleta e preparação dos gametas feminino e masculino em laboratório para, posteriormente, serem introduzidos no interior das trompas uterinas e a fecundação ocorrer espontaneamente⁴⁶. É utilizada, por exemplo, para casos de endometriose, porém com ovários e útero saudáveis⁴⁷; ZIFT possui o mesmo procedimento da GIFT, porém a fecundação ocorre *in vitro* e, após a formação do zigoto, este é introduzido nas trompas uterinas. É uma técnica quase esquecida, excepcionalmente utilizada nos casos em que a mulher possui apenas uma trompa em condições de receber o zigoto⁴⁸.

1.3 Gestação por substituição

Antes dos inúmeros avanços tecnológicos que a sociedade atualmente presencia, vigorava o princípio “*mater semper certa est*”, isto é, a mãe será sempre certa, visto que a maternidade era determinada apenas com a gestação e o posterior parto. De outro lado, existia o princípio “*pater semper incertus est*”, que significa dizer que o pai será sempre incerto. Entretanto, no tocante ao útero solidário, houve

⁴³ CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. *Técnicas de Reprodução Assistida: Bebê de Proveta*, [2001?]. Disponível em: <<https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>> Acesso em: 19 mar. 2016

⁴⁴ CATELLANI, Maria Albina. Infertilidade conjugal. In: CONCEIÇÃO, José Carlos de Jesus. *Ginecologia Fundamental*. São Paulo: Editora Atheneu, 2005. p.122-126. p.122.

⁴⁵ CORLETA; FRAJNDLICH, op.cit.

⁴⁶ CORREA, Marilena; COSTA, Cristiano. *Reprodução assistida*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/>> Acesso em: 28 mar 2016.

⁴⁷ TERRA. *Saúde*, 2014. Disponível em: <<http://doutissima.com.br/2014/04/25/saiba-o-que-e-a-transferencia-de-gametas-intratubaria-gift-e-quais-as-chances-de-engravidar-com-este-procedimento-54185/>> Acesso em: 28 mar 2016

⁴⁸ LABFERT, Laboratório de fertilidade humana. *Caminhos em direção a fertilidade - Tratamentos*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.labfert.com.br/default.asp?siteAcao=mostraPagina&paginaId=14>> Acesso em: 28 mar 2016.

uma relativização do princípio “*mater semper certa est*”, em virtude da presença de duas mães: a biológica ou afetiva e a gestacional⁴⁹. Marcelo Truzzi Otero se refere exatamente a isso quando diz que na gestação de substituição, a gravidez e o parto não implicam mais na determinação da maternidade, tendo em vista que esta é atribuída aos participantes do projeto parental⁵⁰.

Além disso, Marise Cunha ressalta que pai e mãe não se diferenciam pelo sexo, ou seja, ser homem e mulher respectivamente, mas sim pelas funções que desempenham no ambiente familiar, quais sejam, o pai é o lado mais autoritário, ao passo que a mãe é o lado emocional e afetivo nos cuidados com o filho⁵¹.

Como já dito, muitas famílias impossibilitadas de gerarem filhos recorrem às técnicas de RA, inclusive a gestação de substituição, na esperança de realizarem essa finalidade. O Direito de Família não ignorou esse fato e, atrelado ao princípio da socioafetividade entre os seus membros, considera que não se pode mais reconhecer como pai o doador do material genético e nem como mãe a cedente do óvulo, útero ou a que simplesmente deu a luz⁵², uma vez que deve ser levada em consideração a afetividade, assegurando a proteção e sobrevivência dos filhos.

1.3.1 Ausência de legislação

O Direito demonstra não conseguir acompanhar os avanços rápidos da medicina e biotecnologia, tendo em vista inexistir legislação a respeito do tema, o que acaba gerando insegurança jurídica, além de problemas fáticos. O artigo 1597 do Código Civil, por exemplo, traz as hipóteses de presunção de paternidade e entre elas estão a inseminação artificial heteróloga e homóloga, e ainda ressalta que a filiação será atribuída a ambos os pais, independentemente da forma de inseminação. Pode-se perceber que não há nenhum outro dispositivo que trate da

⁴⁹ MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: Implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*, 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>> Acesso em: 01 set. 2015.

⁵⁰ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.3.

⁵¹ SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v.13, n.52, p. 141-166, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf> Acesso em: 30 ago. 2015. p.149.

⁵² OTERO, op.cit. p.2.

gestação de substituição e é exatamente por isso que acaba trazendo grandes confusões no âmbito do Direito de Família⁵³. Nesse contexto, a problemática mais comum é em relação ao estabelecimento da filiação da criança que será gerada pelo útero de pessoa estranha ao projeto parental.

Diante disso, mesmo havendo a elaboração de contrato gestacional, isso não afasta a possibilidade de desencadear conflitos positivos e negativos em relação à maternidade, ou seja, é verossímil que a mãe gestacional crie laços afetivos com o nascituro e não queira entregar a criança à mãe titular do projeto parental ou pode acontecer do casal titular do projeto se recusar em receber a criança por esta ter problemas físicos ou psicológicos. Além disso, na pior das hipóteses, pode acontecer também de ambas as partes não aceitarem a criança⁵⁴. A busca por possíveis soluções dessas problemáticas, através da análise acerca da validade ou não dos contratos gestacionais, é o objeto dessa pesquisa e será abordada mais adiante.

1.4 Anonimato dos doadores

O direito ao planejamento familiar é constitucional e consiste na liberdade de decisão do casal em ter filhos ou não e no dever do Estado de fornecer recursos para facilitar ou evitar a concepção⁵⁵. Em se tratando de reprodução assistida heteróloga, considerada como aquela realizada sem os gametas dos pretensos pais, algumas questões podem surgir, como a possibilidade de a criança ter dois pais ou duas mães, em razão do implemento de material genético estranho.

Em regra, a maternidade/paternidade é determinada pela socioafetividade e, portanto, é daqueles que inicialmente desejaram executar o projeto parental. Contudo, nada impede que a criança gerada por uma técnica de RA se envolva com alguém ligado biologicamente a ela, como por exemplo, o doador dos gametas ou

⁵³ MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: Implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*, 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>> Acesso em: 01 set. 2015.

⁵⁴ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.52-53.

⁵⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.7.

um irmão biológico⁵⁶. Diante desse problema, José de Oliveira Ascensão⁵⁷ diz que a vinculação biológica só é registrada para fins de impedimento ao casamento, mas não é determinante para estabelecer a parentalidade, pela razão de não haver manifestação da vontade por parte dos doadores, já que a doação de gametas e embriões afasta qualquer tipo de ônus, pessoal e patrimonial, bem como na aquisição de quaisquer responsabilidades que uma filiação exige. Essa interpretação ocorre analogicamente ao art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que rompe qualquer vínculo do menor com seus pais biológicos diante de uma adoção⁵⁸.

Ainda baseado no ECA, da mesma forma em que se preserva os dados dos pais biológicos na adoção, estes devem também ser preservados nas clínicas de reprodução assistida para configurar impedimentos com o futuro ser vivo em relação à prática de alguns atos da vida civil⁵⁹, como por exemplo, ao casamento e à impossibilidade de adotar o próprio filho biológico. De um lado, tem-se o doador de gametas ou embriões, renunciando todos os direitos e obrigações oriundas da filiação e, de outro lado, têm-se aqueles que manifestaram expressamente a vontade ao projeto parental e, portanto, já se vinculam ao nascituro⁶⁰.

No tocante ao anonimato dos doadores, esta é a regra na maioria dos países. Entretanto, a Suécia se posiciona de maneira divergente, pois considera que a divulgação dos dados do doador pode prevenir doenças genéticas e ainda permitir que a criança conheça sua origem biológica ao atingir a maioridade civil⁶¹. Na França, já existe um debate a respeito desse sigilo, se deve ser absoluto ou relativo, levando em consideração três pontos: a) se é conveniente que a criança, gerada por técnica de RA, saiba quem foram os doadores do material genético ou se deve ser

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.10.

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira, 1994 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.10.

⁵⁸ GAMA, op.cit, p.11

⁵⁹ Ibidem. p.11

⁶⁰ Ibidem. p.12

⁶¹ BERNARD, Jean, 1985 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.12.

mantido completo sigilo de sua origem, a fim de não saber que foi fruto de uma reprodução artificial; b) se houver a identificação dos pais biológicos, se criaria vínculo jurídico entre eles; c) se é possível obter os dados dos doadores excepcionalmente, como por exemplo, para evitar ou curar doenças hereditárias⁶². Diante disso e de acordo com a prevalência do melhor interesse da criança para resolver problemas nesse sentido, jamais pode haver criação de vínculo jurídico entre eles, caso haja a descoberta da identidade do seu pai biológico.

Conforme Guilherme da Gama, o anonimato do doador deve existir, mas não de forma absoluta⁶³, visto que no Brasil se admite a quebra desse sigilo para proteger interesses de maior relevância, tais como para prevenir ou curar doenças hereditárias e o direito da criança à sua origem biológica, sem haver a criação de vínculos⁶⁴.

1.5 Resoluções nacionais relacionadas às técnicas de RA

Como se sabe, o Direito não é um campo que atua sozinho, mas sim depende da interdisciplinaridade para que possa apresentar soluções e dirimir eventuais conflitos que existam. Atualmente, há apenas a atual Resolução nº 2121/15 do CFM, cujo papel é o de orientar a prática médica. Entretanto, mesmo diante do avanço e crescentes buscas por essas técnicas, não há ainda nenhuma legislação sobre o tema, o que acaba gerando insegurança jurídica entre os envolvidos, bem como na facilidade em surgir eventuais conflitos, tendo como única via de solução a busca pelo poder Judiciário para reconhecer a filiação.

No Brasil, a primeira Resolução do CFM a tratar sobre o tema da reprodução assistida foi a de nº 1358/92 e passou por diversas alterações até chegar à Resolução nº 2121/15, único ato em vigor⁶⁵, que consiste em elencar os princípios

⁶² MASSAGER, Nathalie, 1997 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.12

⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.13

⁶⁴ Ibidem. p.13

⁶⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2121 de 24 set de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 13 out 2015.

básicos, inspirados em legislações estrangeiras sobre o tema, bem como em regular o modo adequado e ético para a realização dessas técnicas pela equipe médica.

Importante ressaltar que a Resolução não tem força normativa, mas é utilizada como uma diretriz pelos operadores do Direito para dirimir eventuais conflitos acerca do tema.

1.5.1 Resolução nº 1358/92 do CFM

Essa Resolução limitava a fecundação de até quatro óvulos a serem introduzidos no corpo da mulher e já estabelecia que o casal teria que escolher o destino dos embriões excedentários, não podendo jamais ser descartados ou destruídos. Além disso, somente mulheres casadas ou em união estável devidamente comprovada poderiam ser beneficiárias das já mencionadas técnicas de RA⁶⁶.

A Resolução nº 1358/92 do CFM não mencionava a possibilidade de casais homoafetivos utilizarem as técnicas de RA sob o argumento religioso de que iria contra a natureza⁶⁷, porque violaria o direito de toda criança de ter um pai e uma mãe, essenciais para a garantia de seu desenvolvimento psicoafetivo. Portanto, por conta desse entendimento, uma criança não teria condições de ser saudável psicologicamente se lhe faltasse um dos dois membros ou se existisse dois do mesmo sexo.

Por fim, autorizava também a gestação de substituição entre parentes de até segundo grau e os demais casos estariam sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM). Ademais, estabelecia que o procedimento não poderia ter caráter lucrativo⁶⁸.

1.5.2 Resolução nº 1957/2010 do CFM

⁶⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. Secção Pareceres e resoluções. *Revista Bioética*, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/450/333> Acesso em: 28 mar 2016.

⁶⁷ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.299.

⁶⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1358/92*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 13 out 2015.

A presente Resolução estabeleceu a quantidade de embriões que podem ser usados na tentativa de fertilização de acordo com a idade da mulher⁶⁹:

- a) Até 35 anos: Limite de dois embriões.
- b) Entre 36 e 39: Três embriões.
- c) Mais de 40: Quatro óvulos.

Outra inovação foi a autorização da reprodução *post mortem*, na qual se utiliza gametas de um falecido, desde que houvesse autorização por escrito do “*de cuius*”. De forma tácita, entendia-se pela possibilidade da prática para casais homossexuais e pessoas solteiras:

“II-PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA: Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de reprodução assistida, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente”⁷⁰.

No tocante à gestação de substituição, manteve o entendimento da revogada Resolução.

1.5.3 Resolução nº 2013/2013 do CFM

Dentre as inovações abrangidas por essa Resolução foi a de permitir a realização das técnicas de RA às mulheres com até 50 anos de idade, para assegurar a segurança da criança e da própria gestante⁷¹, limitando a fecundação de até quatro óvulos.

Além disso, em razão das mudanças sociais, esta Resolução passou a admitir de forma expressa o acesso por casais homoafetivos e pessoas solteiras, possibilitando que toda entidade familiar pudesse realizar o sonho de ampliar e concretizar sua família:

“II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

⁶⁹ PROJETO ALFA. *Uso de mais de dois embriões na fertilização in vitro só aumenta os riscos*, 2010. Disponível em: <<http://www.projetoalfa.com.br/uso-de-mais-de-dois-embrioes-na-fertilizacao-in-vitro-so-aumenta-os-riscos/>> Acesso em: 06 out 2015

⁷⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1957 de 15 de dezembro de 2010*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 13 out 2015.

⁷¹ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, CREMESP. *Home/Bioética*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://cremesp.org.br/?siteAcao=Bioetica&acao=home_cremesp_texto&id=69> Acesso em: 28 mar 2016.

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico⁷².

Em relação à subrogação do útero, autoriza a prática entre parentes consanguíneos de até quarto grau, com consentimento por escrito e devendo ser realizado testes psicológicos e uma série de exames clínicos. Além disso, a Resolução passou a recomendar a elaboração de contrato escrito gratuito para não deixar dúvidas quanto ao estabelecimento da parentalidade.

1.5.4 Resolução nº 2121/2015 do CFM

A vigente Resolução manteve o limite de até 50 anos para figurar como receptora das técnicas de reprodução assistida, desde que o médico e a própria paciente assumam os riscos mediante termo de consentimento⁷³.

A presente Resolução assegura o acesso a essas técnicas aos casais homoafetivos, estabelecendo a possibilidade de gestação compartilhada pelo casal feminino fértil, a qual permite a fecundação do óvulo de uma delas e sua introdução no útero da outra parceira⁷⁴.

Em relação às pessoas solteiras, essa Resolução permite expressamente o acesso a essas técnicas, porém é silente a respeito da subrogação de útero. A doutrina acredita, porém, que devam ser impostos limites mais rígidos para aferir plenas condições econômicas e psicológicas de criar uma criança sozinha para que, assim, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais da criança sejam plenamente atendidos⁷⁵.

⁷² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2013/13*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 02 out 2015.

⁷³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SAO PAULO, CREMESP. *Home/Bioética*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://cremesp.org.br/?siteAcao=Bioetica&acao=home_cremesp_texto&id=69> Acesso em: 28 mar 2016.

⁷⁴ WANDRESEN, Gustavo. *CFM amplia idade para tratamentos de infertilidade*. Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://drgustavowandresen.com.br/infertilidade-conjugal/reproducao-humana/>> Acesso em: 11 abr 2016.

⁷⁵ MARINHO, Ângela de Souza M.T. Da adoção de técnicas reprodutivas por casais homossexuais e mulheres solteiras. In: MARINHO, Ângela de Souza M.T. *Reprodução humana assistida no Direito*

Além disso, autoriza a doação de espermatozoides por homens com até 50 anos de idade e doação de óvulos por mulheres com até 35 anos, desde que esta seja feita de forma exclusiva por mulher em tratamento para gravidez, podendo ser auxiliada financeiramente em seu tratamento, devendo sempre ser mantido o sigilo⁷⁶. A Resolução ainda prevê expressamente a proibição de comercialização dos materiais reprodutivos⁷⁷.

Em relação aos embriões criopreservados, estes podem continuar nessa situação por até 5 anos, devendo os pacientes se manifestarem a respeito do destino desses embriões decorrido esse lapso temporal. Além disso, a vigente Resolução torna clara a não obrigatoriedade de destinar esses embriões a pesquisas de células-tronco⁷⁸.

A manipulação de características fenóticas do bebê continua sendo vedada, salvo para evitar doença genética ligada ao sexo.

No que diz respeito à gestação de substituição, manteve as mesmas regras da resolução anterior, com a diferença de que deve ser firmado “termo de compromisso”⁷⁹ entre os idealizadores do projeto parental e a doadora do útero, a fim de definir a parentalidade. Portanto, a Resolução ainda recomenda a realização dessa técnica entre parentes de até o quarto grau ou, caso não seja possível, o procedimento deverá ser autorizado pelo CRM da localidade a fim de efetivar a técnica em terceiros⁸⁰.

Atualmente, há o PL 115/15 em tramitação na Câmara dos Deputados, que se propõe a regulamentar o tema da gestação de substituição e possui similaridades com a atual Resolução do CFM, bem como divergências, por exemplo, em relação ao descarte de embriões, que determina que todos os congelados sejam

Brasileiro: A polêmica instaurada após o Novo Código Civil. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010. p. 67-76. p.75.

⁷⁶ WANDRESEN, Gustavo. *CFM amplia idade para tratamentos de infertilidade*. Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://drgustavowandresen.com.br/infertilidade-conjugal/reproducao-humana/>> Acesso em: 11 abr 2016.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2121 de 24 set de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 13 out 2015.

implantados no útero. Prevê ainda a vedação expressa da vulgarmente conhecida “barriga de aluguel”, tipificando a prática como crime⁸¹.

⁸¹ MEDICOS NA MIDIA. *Projeto de lei que visa definir as normas de utilização de reprodução assistida no Brasil*, 2016 Disponível em: <<http://medicosnamidia.com.br/tag/reproducao-assistida/>> Acesso em: 11 abr 2016.

2 REQUISITOS DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico é um ato jurídico, no qual duas ou mais pessoas compõem uma relação jurídica, se sujeitando a certas obrigações estipuladas por suas vontades livres e conscientes. Portanto, trata-se do poder de regulamentar a vontade das partes⁸² de tal forma que as disposições contratuais terão a mesma força de lei e operarão entre os contratantes.

No entanto, para a formação do negócio jurídico, se faz necessária a coexistência de certos atributos previstos nos planos da existência, validade e eficácia, a serem abordados a seguir.

2.1 Existência

Ao se deparar com um negócio jurídico, antes de verificar se este possui validade e eficácia na ordem jurídica, se faz necessária a verificação de sua existência.

A existência do negócio jurídico é identificada com a correspondência do fato à norma jurídica e, conseqüentemente, entende-se como sendo relevante no mundo jurídico. Dessa forma, quando um fato possui existência legal, significa dizer que ele preencheu todos os elementos de existência, passando a ter relevância no mundo jurídico⁸³.

Comprovada a existência do negócio, deverá ser analisada a validade e, posteriormente, sua eficácia.

2.2 Validade

A validade diz respeito à sujeição ao Direito, pois caso contrário estará caracterizada uma ilicitude. Dessa forma, nem todo negócio jurídico estará apto a produzir efeitos na ordem jurídica, uma vez que sua validade depende do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 104 do Código Civil a serem

⁸² DINIZ, Maria Helena. Negócio jurídico. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 482–547 p.482.

⁸³ SANTOS, Lucas Rodrigues dos. Negócio Jurídico: Plano da existência. *Revista Âmbito Jurídico*, [1998?]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13930&revista_cader no=7> Acesso em: 11 abr 2016.

expostos a seguir: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

2.2.1 *Agente capaz*

Inicialmente, a capacidade exigida no artigo 104 do Código Civil diz respeito à condição pessoal das partes em praticar, por si só, os atos da vida civil. A manifestação da vontade é indispensável e de extrema importância, uma vez que ela é responsável por produzir os efeitos do negócio jurídico. Dessa forma, para que um agente possa declarar sua vontade, é necessário que possua capacidade.

No tocante aos absolutamente e relativamente incapazes, estes não podem figurar como contratantes, salvo se devidamente representados ou assistidos por seus representantes legais, respectivamente⁸⁴. Caso contrário, o contrato será nulo se for praticado por absolutamente incapaz e anulável por relativamente incapaz, conforme dispõe os artigos 166, I e 177, I do Código Civil. Além disso, o artigo 105 do mesmo diploma legal protege os incapazes que porventura firmaram negócio sem a devida representação ou assistência, da má-fé, impedindo que o outro contratante invoque essa incapacidade em benefício próprio:

Art. 105 CC: “A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum”⁸⁵.

Dessa forma, como a incapacidade é uma condição pessoal, só pode ser invocada pelo próprio incapaz ou por seu representante ou assistente. Contudo, havendo negócio cujo objeto firmado seja indivisível, o outro contratante capaz pode alegar a incapacidade em seu favor⁸⁶.

Cumprido destacar ainda, que a representação tem o condão de produzir efeitos. Nesse caso, os direitos e obrigações fixadas no contrato serão de responsabilidade do representado. Diante disso, conforme artigo 108 do Código Civil, o representante deve provar essa condição e a extensão de seus poderes às

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. Negócio jurídico. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 482–547. p.491.

⁸⁵ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 abr 2016.

⁸⁶ DINIZ, op.cit. p.491.

peessoas com quem firmar contrato, sob pena de responder pelos atos excedentes que praticar. Além disso, se o representante possuir conflitos de interesse com o representado e, mesmo assim, contratar com alguém, o negócio é passível de anulação, devendo ser declarado dentro de 180 dias.

Havendo substabelecimento de poderes, a responsabilidade pelas obrigações firmadas no negócio continua sendo do substabelecete, pois esse instituto implica apenas na outorga da representação⁸⁷.

Ademais, segundo Clóvis Beviláqua, deve estar presente a legitimidade⁸⁸, entendida como a capacidade específica em praticar determinados atos, dada a relação do agente com o objeto do contrato. Assim, de acordo com Marcos Bernardes de Mello, a diferença entre a capacidade e a legitimação é que aquela diz respeito à condição de praticar por conta própria os atos civis, enquanto que a legitimação diz respeito à titularidade de direitos e ao poder de dispô-los e adquiri-los. Logo, o contrato é passível de nulidade ou anulabilidade em razão da falta de legitimação⁸⁹.

Outro requisito extremamente relevante a ser observado no plano da validade em consonância com a capacidade é a manifestação de vontade do agente, uma vez que sua inobservância pode levar aos vícios do negócio jurídico e, como consequência, na sua nulidade ou anulabilidade. A vontade pode ser manifestada por escrito ou verbalmente, bem como de forma tácita, a depender das condutas praticadas pelo agente que impliquem em sua aquiescência⁹⁰.

2.2.2 Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. Negócio jurídico. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 482–547. p.493.

⁸⁸ BEVILAQUA, 1972 apud DINIZ, Maria Helena. Negócio jurídico. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 482–547. p.494

⁸⁹ MELLO, 1999 apud CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Requisitos do negócio jurídico no plano da validade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,requisitos-do-negocio-juridico-no-plano-da-validade,48647.html>> Acesso em: 09 abr 2016.

⁹⁰ CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Requisitos do negócio jurídico no plano da validade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,requisitos-do-negocio-juridico-no-plano-da-validade,48647.html>> Acesso em: 09 abr 2016.

O objeto é visto como a utilidade sobre a qual incidem os interesses das partes, devendo ser lícito, possível, determinado ou determinável. Caso contrário, implicará em nulidade nos termos do artigo 166, II do mesmo diploma legal⁹¹.

Ser lícito significa estar de acordo com a lei, os bons costumes e à moralidade. Além disso, o objeto tem que ser possível física e juridicamente, ou seja, deve existir no mundo real e ser amparado pela lei⁹². Entretanto, segundo doutrinadores como Caio Mário e Orlando Gomes, para que um negócio seja considerado nulo em razão de seu objeto, este deve ser impossível de maneira absoluta, ou seja, ninguém teria a possibilidade de realizar o conteúdo do contrato⁹³. De outro lado, caso possa ser realizado por qualquer outra pessoa, mas não pelo próprio contratante, a impossibilidade é vista como relativa e o contrato permanece válido na sua totalidade⁹⁴, em consonância com o princípio da conservação dos contratos, conforme preceitua o artigo 106 do Código Civil.

O objeto ainda terá que ser determinado, quando as partes o discriminam, ou ainda determinável, quando apenas indicam o gênero e a quantidade desse objeto. Respeitado todas as características do objeto, o contrato será válido para todos os efeitos.

2.2.3 *Forma prescrita ou não defesa em lei*

O princípio da liberdade das formas é a regra geral adotada pelo diploma civil no que diz respeito à forma de elaboração do contrato, conforme artigo 107 do Código Civil. Diante disso, os contratantes podem firmar o negócio jurídico da forma que lhes aprouverem, pela forma escrita ou verbal, sem a necessidade de observar uma formalidade. Contudo, a própria legislação civil também dispõe que certos negócios devem observar a forma determinada por lei⁹⁵ para seu aperfeiçoamento, como é o caso, por exemplo, do contrato de doação que deve ser feito por escrito.

⁹¹ CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Requisitos do negócio jurídico no plano da validade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,requisitos-do-negocio-juridico-no-plano-da-validade,48647.html>> Acesso em: 09 abr 2016.

⁹² DINIZ, Maria Helena. Negócio jurídico. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 482–547. p.495.

⁹³ PEREIRA, 1977; GOMES, 1971 apud DINIZ, Maria Helena. Negócio jurídico. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 482–547. p. 495

⁹⁴ DINIZ, op.cit. p.495.

⁹⁵ CERVO, op.cit.

Nesses casos, a inobservância da solenidade, mesmo por vontade das partes, implica em nulidade, nos termos do artigo 166, IV e V do Código Civil.

Após ser constatada a existência e a validade do negócio jurídico, procede-se à verificação da sua eficácia, ligada à possibilidade de as disposições contratuais produzirem efeitos no mundo jurídico e, por conseguinte, de serem exigíveis.

2.3 Eficácia

O plano da eficácia diz respeito à produção dos efeitos do contrato no mundo jurídico, tais como a constituição, modificação e extinção de direitos, que podem se dar imediatamente ou não. Os negócios puros e simples produzem seus efeitos *in continenti* ao aperfeiçoamento do contrato, ao passo que há contratos que só produzirão seus efeitos após a ocorrência de certa circunstância⁹⁶. As partes podem optar por adotarem elementos acidentais no negócio jurídico, condicionando-o à ocorrência deles, tais como a condição, termo e encargo⁹⁷. Portanto, pode ser entendida como uma maneira das próprias partes limitarem suas vontades, porém só podem ser utilizadas em contratos de natureza patrimonial⁹⁸.

A condição é o elemento que condiciona os efeitos do negócio a um acontecimento futuro e incerto, conforme dispõe o artigo 121 do Código Civil:

Art. 121. “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”⁹⁹.

Apesar de o dispositivo trazer que a condição deve ser expressa por ato bilateral, Zeno Veloso ensina que há condições que podem ser estabelecidas por ato unilateral, como no testamento, por exemplo¹⁰⁰.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Os negócios jurídicos. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/awscfgf/curso-de-direito-civil-1-parte-geral-fabio-ulhoa-coelho>> Acesso em: 12 abr 2016. p.630-798. p.683-684.

⁹⁷ DR. CIVILIZE-SE! *Plano da eficácia*: Elementos acidentais do negócio jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.civilize-se.com/2012/12/plano-da-eficacia-elementos-acidentais.html#.VwwikSROiT8>> Acesso em: 11 abr 2016.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 abr 2016.

¹⁰⁰ DR. CIVILIZE-SE! *op.cit.*

Outro aspecto importante acerca da condição, é que esta pode ser suspensiva ou resolutiva, na qual aquela ocorre quando suspende os efeitos do negócio jurídico até que o evento futuro ocorra, ao passo que nesta, o negócio jurídico realiza os direitos com o acontecimento do evento¹⁰¹. As partes contratantes são livres para estipular quaisquer condições contratuais, respeitada a lei, a moral e os bons costumes, pois caso contrário, a condição será reputada como inválida e, por conseguinte, tornará inválido o negócio jurídico, conforme disciplina o artigo 123, II do Código Civil¹⁰².

O termo é outro elemento accidental, caracterizado como a definição de tempo ou data para o início e término do contrato. Portanto, é dotado de certeza. Ademais, assim como na condição, só é possível definir termo em contratos patrimoniais¹⁰³.

O encargo é definido como uma obrigação imposta a uma das partes ou a terceiro, não suspendendo a aquisição e exercício dos direitos. Pode o encargo ser feito unilateralmente e não é admitido em contratos onerosos¹⁰⁴.

Ocorridos os elementos accidentais, o negócio jurídico estará apto a produzir seus efeitos na esfera jurídica.

Quanto à percepção patrimonial, os contratos podem ser classificados em onerosos ou gratuitos, cujas explicações a seguir serão relevantes para a análise da problemática futura a ser abordada, bem como para o entendimento acerca dos contratos onerosos que versam sobre a gestação de substituição.

2.4 Contratos onerosos e gratuitos

O negócio jurídico oneroso se caracteriza pela estipulação de obrigações para ambos os contratantes, em troca de sacrifício patrimonial¹⁰⁵. É o que ocorre no instituto da compra e venda, por exemplo, onde o comprador adquire algo de seu interesse, mediante pagamento em dinheiro, e o vendedor efetua a tradição,

¹⁰¹ DR. CIVILIZE-SE! *Plano da eficácia*: Elementos accidentais do negócio jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.civilize-se.com/2012/12/plano-da-eficacia-elementos-accidentais.html#.VwwikSROiT8>> Acesso em: 11 abr 2016.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. Os negócios jurídicos. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/awscfgf/curso-de-direito-civil-1-parte-geral-fabio-ulhoa-coelho>> Acesso em: 12 abr 2016. p.630-798. p.688-689.

¹⁰³ DR. CIVILIZE-SE! op.cit

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ COELHO, op.cit. p. 650.

entregando a coisa. Desse modo, ocorre diminuição patrimonial tanto para o consumidor, que despende a quantia monetária, como para a empresa, que retira algo de seu patrimônio e o transfere a outrem.

Como já exposto, a declaração da vontade é elemento imprescindível para a validação do negócio jurídico. Dessa forma, em se tratando da interpretação dos contratos onerosos, deve ser priorizada a intenção consubstanciada no negócio em detrimento ao sentido literal da linguagem, conforme dispõe o artigo 102 do Código Civil¹⁰⁶. Logo, ao se deparar com cláusulas obscuras ou ambíguas, busca-se saber a verdadeira intenção dos contratantes, a fim de preservá-las e lhes conferirem validade, atendendo ao princípio da conservação dos contratos.

Os contratos gratuitos se constituem quando ambas as partes ou uma delas obtém vantagens sem implicar em diminuição patrimonial, com a possibilidade de impor encargos¹⁰⁷.

Em razão dessa liberalidade, os negócios benéficos são interpretados de forma restrita ao que foi expressamente estipulado pelas partes¹⁰⁸. Dessa forma, por exemplo, se uma das partes se obriga a doar um carro a outra, essa doação não pode abranger o combustível. Portanto, não é possível estender a gratuidade a algo que não foi colocado pelas partes.

2.5 Doação

O Código Civil, em seu artigo 538, conceitua a doação como sendo o “contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio, bens ou vantagens para o de outra”¹⁰⁹. Diante do novo conceito, é verificado que houve a supressão do termo “mediante a aceitação do outro”, antes trazido pelo Código Civil de 1916. A doação tem como características a gratuidade, já que se exige o não sacrifício patrimonial na transmissão do bem; unilateralidade ou bilateralidade, uma vez que pode prever encargos a apenas uma das partes ou ambas; e a formalidade, visto que para ser válida e eficaz, deve atender os requisitos que a lei lhe impõe.

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 abr 2016.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Os negócios jurídicos. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/awscfgf/curso-de-direito-civil-1-parte-geral-fabio-ulhoa-coelho>> Acesso em: 12 abr 2016. p.630-798. p.650.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 665.

¹⁰⁹ BRASIL. op.cit.

Desse modo, a própria lei reconhece a natureza contratual da doação e que sua validade depende de expresso *animus donandi*, isto é, da intenção de transferir algo para alguém por livre e espontânea vontade¹¹⁰.

A despeito da aceitação da coisa doada pelo donatário, apesar de não expressa na literalidade da lei, se faz necessária e pode ser expressa, tácita ou presumida. Sua forma expressa ocorre quando o donatário expressa com clareza seu *animus* de aceitar o bem, podendo se dar por escrito, verbal ou até mesmo através de gestos. A aceitação tácita, por sua vez, ocorre quando há a prática de atos que façam deduzir a aceitação do bem doado, como por exemplo, através da vontade do donatário em conservar ou utilizar a coisa. Admite-se ainda a presunção apenas nas doações puras, sem encargos impostos, a qual o doador estipula um prazo para a manifestação do donatário¹¹¹. Dessa forma, a não manifestação dentro do lapso temporal faz presumida a aceitação.

Além disso, a aceitação pode se dar por representantes do donatário, como é o caso dos nascituros, cujos direitos restam assegurados desde sua concepção pela teoria natalista adotada pela legislação civil, que podem ser beneficiados pela doação desde que seu representante legal a aceite.

Já na doação modal, considerada como aquela que fixa incumbências ao donatário, a aceitação deve ser sempre expressa¹¹², uma vez que o donatário terá que demonstrar de forma consciente, fiel compromisso na execução dos encargos impostos.

Entretanto, o próprio Código Civil mostra preocupação em resguardar o patrimônio do próprio doador e de terceiros a ele vinculados, como o cônjuge ou seus herdeiros, ao proibir doações¹¹³ ao concubino(a), as que esgotem a subsistência do doador, que digam respeito à reserva da legítima, dentre outros.

No tocante à elaboração do contrato de doação, este é solene como regra geral, devendo ser formalizado por escritura pública ou instrumento particular, como bem autoriza o artigo 541 do Código Civil, ou ainda oralmente se versar sobre a transferência de bens móveis de pequeno valor e desde que seja destinado *in*

¹¹⁰ PACHECO, José da Silva. *Do contrato de doação consoante o novo Código Civil*, 2003. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_da_Silva_pacheco/DocontratodoacaoNCC.pdf> Acesso em 10 maio 2016. p.2

¹¹¹ Ibidem. p.2.

¹¹² Ibidem. p.3.

¹¹³ Ibidem. p.4.

continenti ao donatário¹¹⁴. Nesse caso, o contrato se aperfeiçoa com a tradição do bem.

No que concerne à legitimidade dos contratantes na doação, o doador deve comprovar capacidade ativa, ou seja, ser plenamente capaz para realizar doação. Em se tratando de absolutamente e relativamente incapazes, não possuem capacidade ativa e, dessa forma, mesmo estando devidamente representados ou assistidos respectivamente, não realizam doação¹¹⁵.

Por outro lado, o donatário deve possuir a capacidade passiva, com aptidão a receber o bem. O absolutamente incapaz é legítimo para figurar no polo passivo da doação e, para ser beneficiado, não se exige aceitação desde que se trate de doação pura¹¹⁶, sem encargos e exigências.

Ademais, o objeto a ser doado pode ser móvel ou imóvel, devendo ser sempre material e tem que ser passível de estar no mercado e de ser comercializado, podendo ser estendido até mesmo a bens futuros ou alheios¹¹⁷.

2.6 Doação de órgão humano e Constituição Federal

A doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano é regulamentada pela Lei nº 9434/97 e consiste na remoção desses elementos do doador para fins terapêuticos ou transplante¹¹⁸ a ser efetivado em cônjuge, parente até o 4º grau ou qualquer pessoa, denominada receptora. A própria Lei, logo em seu artigo 1º, prevê a possibilidade da realização desses procedimentos cirúrgicos em vida ou *post mortem*.

A supramencionada lei, atualizada pela Lei nº 10211/2001, excetua o sangue, esperma e óvulo, não os considerando, pois, como órgão, tecido ou parte do corpo humano. Segundo Antônio Chaves, a razão dessa exceção se sustenta na natureza regenerativa desses materiais, bem como na urgência de ser realizada, sendo

¹¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Contratos gratuitos. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.234-277. p.239.

¹¹⁵ *Ibidem*. p.248.

¹¹⁶ PACHECO, José da Silva. *Do contrato de doação consoante o novo Código Civil*, 2003. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_da_Silva_pacheco/DocontratodoacaoNCC.pdf> Acesso em 10 maio 2016. p.2.

¹¹⁷ COELHO, op.cit. p.239.

¹¹⁸ SA, Maria de Fátima Freire de. Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997. In: SA, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo – doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 65-83. p.68.

prescindível as formalidades que um transplante exige, além de sua intervenção ser simples e não acarretar nenhuma lesão no organismo do indivíduo. De outro lado, o transplante é medida excepcional em um tratamento, com observância de uma gama de formalismos, e tem por objeto órgãos ou tecidos não renováveis, além de produzir lesões no doador e receptor¹¹⁹.

A doação em vida tem como pressuposto órgãos duplos ou parte de órgãos, tecidos ou partes do corpo e somente pode ser realizada, de acordo com a Lei, o Código de Ética Médica e o artigo 13 do Código Civil, se não diminuir a qualidade de vida do doador ou prejudicar sua saúde física e mental, além de ser condicionada à sua expressa vontade de doar¹²⁰. A não observância caracteriza ato ilegal por parte do médico, em razão de ofensa tanto à Lei como ao Código de Ética profissional.

Da mesma forma, a Lei autoriza o menor de 18 anos e a gestante de figurarem apenas como doadores de tecido, sendo que no caso da gestante, a retirada do tecido não pode acarretar em prejuízo a sua saúde ou a do feto¹²¹.

Já a doação *post mortem* é prevista no artigo 3º da Lei nº 9434/97 e tem como base a Resolução nº 1480/97 do CFM, uma vez que, para ser efetivada, se faz necessária a constatação de morte encefálica, definida como:

“[...] cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória”¹²².

Portanto, somente após ser constatada a completa paralisação das funções vitais do corpo humano por dois médicos neurologistas, é que se poderá cogitar na retirada dos órgãos.

Dessa forma, conforme o artigo 14 do Decreto nº 2268/97, que regulamenta a doação de órgãos *post mortem*, esta só não ocorre se, em vida, o falecido manifestou expressamente ser “não doador de órgãos e tecidos”¹²³. Caso contrário,

¹¹⁹ CHAVES, 1986 apud SA, Maria de Fátima Freire de. Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997. In: SA, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo – doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 65-83. p.68

¹²⁰ SA, Maria de Fátima Freire de. Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997. In: SA, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo – doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 65-83. p.76.

¹²¹ BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 02 jun 2016.

¹²² SA, op.cit. p.70.

¹²³ Ibidem. p.73.

presume-se o falecido ser doador apto, uma vez que o diagnóstico de morte encefálica é suficiente para se proceder à cirurgia de retirada dos órgãos por ser de consenso na literatura médica¹²⁴.

No entanto, o artigo 4º da Lei nº 9434/97 estabelece que, mesmo se o falecido não tiver expressado, em vida, vontade em ser doador, sua família pode se manifestar contrariamente à remoção de seus órgãos a fim de evitar o procedimento¹²⁵.

A incapacidade do *de cujus* não afasta a possibilidade da efetivação da doação *post mortem*, porém esta depende do consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais¹²⁶.

De acordo com a doutrina majoritária, o corpo é considerado como espécie de direito de personalidade, onde se visa proteger os interesses morais, materiais e intelectuais sobre ele. Dessa forma, são “coisas” não comercializáveis, segundo artigo 199, § 4º da Constituição Federal e, portanto, não podem ser cedidas a título oneroso.

Por fim, acerca dessas considerações, é possível compreender o caráter altruísta da doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano a outrem, o que contribui para o entendimento em torno das questões relacionadas aos contratos de útero solidário.

2.7 Diferenças entre doação, cessão, locação, comodato e prestação de serviços

Há uma grande divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica dos contratos acerca da gestão de substituição, razão pela qual se faz necessária, inicialmente, a diferenciação entre as espécies de contrato para fins de iniciar uma análise jurídica sobre o tipo de contrato no qual a subrogação do útero, seja gratuita ou onerosa, se enquadraria: doação, cessão, locação, comodato ou prestação de serviços.

¹²⁴ SA, Maria de Fátima Freire de. Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997. In: SA, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo – doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 65-83. p.71.

¹²⁵ BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 02 jun 2016.

¹²⁶ SA, op.cit. p.74.

Inicialmente, como já dito anteriormente, a doação consiste na retirada de um bem ou vantagem, inicialmente pertencente a alguém para ser incorporada no patrimônio de outra pessoa.

A cessão de direitos, segundo Silvio Rodrigues, consiste:

“[...] na transferência da inteira posição ativa e passiva do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de um contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída”¹²⁷.

Portanto, é conceituada como a transmissão de bens ou de posse de algo, na qual o cessionário assume todos os direitos e obrigações antes incumbidos ao cedente, podendo se dar de forma gratuita ou onerosa.

O contrato de locação é classificado como consensual, oneroso, temporário e infungível, no qual o locador, proprietário ou titular da posse do bem, o cede de forma temporária ao locatário. O objeto de uma locação é o uso e/ou gozo de bem infungível, no qual o uso consiste no direito de exercer todos os benefícios que integram a coisa, ao passo que o gozo consiste no direito de explorar o caráter econômico da coisa, limitado ao contrato¹²⁸.

De outro lado, o comodato é o empréstimo gratuito e temporário de coisas infungíveis, no qual o comodante, titular da posse da coisa, a transfere por mera liberalidade ao comodatário para que este cuide da coisa como se fosse sua por um período de tempo¹²⁹. Essa modalidade contratual é classificada como gratuita, temporária, real e unilateral.

Por ser um contrato real, o comodato somente se aperfeiçoa com a entrega da coisa ao comodatário, conforme dispõe o artigo 579 do Código Civil, momento em que gera obrigações ao comodatário. Dessa forma, nenhuma das obrigações teria quaisquer obrigações antes da entrega da coisa, se constituindo apenas uma promessa¹³⁰.

No que se refere ao contrato de prestação de serviços, este é conceituado pela realização de algo lícito por uma pessoa física, mediante remuneração, e que

¹²⁷ RODRIGUES, 2002 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Da transmissão das obrigações. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado: Parte geral, obrigações, contratos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. p. 543-563. p. 558.

¹²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Contrato de locação. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.3. p. 183-231. p.183.

¹²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Contratos gratuitos. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.234-277. p.254.

¹³⁰ *Ibidem*. p.256.

ao mesmo tempo, não caracterize vínculo empregatício, devendo ser uma prestação eventual e não subordinada¹³¹. Portanto, o contrato de prestação de serviços regulado pelo Código Civil não se confunde com o contrato de trabalho regido pela CLT e nem por legislação especial, que é o caso de prestação gratuita realizada por entidades beneficentes sem fins lucrativos. Trata-se, pois, de um contrato essencialmente oneroso, bilateral e não solene.

Ambos os contratantes possuem obrigações, em que o prestador deve fazer o que foi acordado e o tomador deve remunerá-lo no valor e nas condições de pagamento predispostas. Em caso de omissão a respeito, o valor será arbitrado com base nos costumes do local, tempo e qualidade do serviço e, no tocante às condições de pagamento, este só poderá então ser cobrado ao final do serviço, conforme prevê os artigos 596 e 597 do Código Civil¹³².

Todas essas considerações acerca dessas modalidades de contrato são de extrema relevância para poder identificar qual seria a natureza jurídica dos contratos que versam sobre a gestão de substituição, a ser tratada no próximo capítulo.

¹³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Contratos de serviços. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.293-353. p.347.

¹³² *Ibidem*. p.349.

3 (IM)POSSIBILIDADE DE VALIDAÇÃO DOS CONTRATOS ONEROSOS QUE VERSEM SOBRE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A infertilidade ainda é um problema que assombra o mundo moderno, tanto para casais heterossexuais, como para os casais homossexuais, que são impossibilitados biologicamente. Em Gêneses, na Bíblia Sagrada, há relatos de que era muito comum resolver esse problema através do adultério consentido, da caridade ou do útero escravo¹³³. Com o avanço da biotecnologia e da medicina, tornou-se possível a gestação para esses casais, mediante a prática das técnicas de RA, já abordadas no primeiro capítulo desse trabalho monográfico.

Como todo negócio jurídico, o contrato de gestação de substituição deve atender determinados requisitos para que possa ser assegurada sua validade. A única diferença é que esse tipo de contrato está vinculado a uma questão existencial e não patrimonial, como se está acostumado. No tocante à sua forma, não há previsão na lei, o que significa que até mesmo a forma verbal garantirá a validade desse negócio jurídico¹³⁴. Entretanto, o CFM aconselha que se observe a forma escrita a fim de facilitar a prova inequívoca do contrato e de suas cláusulas com a mãe gestacional, bem como o preenchimento dos requisitos para sua validade: capacidade das partes, consentimento qualificado e interesse legítimo dos contratantes.

O contrato exige a capacidade plena dos contratantes e, portanto, os incapazes não podem ser parte dele nem mesmo com autorização judicial, tendo em vista que o consentimento necessariamente tem que ser personalíssimo e qualificado¹³⁵. Nos contratos existenciais não basta a mera declaração de vontade e sim que o consentimento seja “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado”, conforme a autora Rose Melo Vencelau Meireles¹³⁶. Diante

¹³³ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112. p.103.

¹³⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.10.

¹³⁵ Ibidem. p.11.

¹³⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau apud OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.11.

disso, o que deve ser levado em conta é a vontade interna da gestante e sua exteriorização de forma consciente e livre no momento da execução da técnica reprodutiva após ter recebido todas as informações sobre questões éticas, médicas e jurídicas em torno da gestação de substituição. Consumada a implantação do óvulo, não há mais possibilidade de arrependimento e nem para discutir conflitos acerca da maternidade, vez que esta já está atribuída ao casal que instituiu esse projeto parental, exercendo seu direito de autodeterminação¹³⁷.

Juntamente com a capacidade das partes e seu consentimento qualificado, há o interesse legítimo, que consiste na demonstração de motivos justos, razoáveis e proporcionais para a utilização dessa técnica de RA.

A técnica da gestação de substituição é geralmente acompanhada de um “contrato de gestação”, no qual serão estabelecidas as condições de entrega e recebimento do bebê, como se pode verificar no exemplo citado por Guilherme F. Falcão de Oliveira¹³⁸:

“Antonio e Benilde, casados, sem filhos, acordam com Teresa e com seu marido Teófilo que Teresa há de gerar um filho com a colaboração de Antonio e há de entregar esse filho aos primeiros outorgantes – o pai biológico e a sua mulher, para que Antonio adote sua paternidade e Benilde adote a criança, sem que Teófilo e Teresa se arroguem direitos sobre ela.

Cientes destes objetivos, as partes concordam no seguinte:

Até a inseminação:

Teresa será inseminada artificialmente com o sêmen de Antonio; Benilde está de acordo com este procedimento e Teófilo também;

[...]

Da inseminação até o nascimento: [...]

Depois do parto:

A criança será entregue a Antonio dentro dos cinco dias posteriores ao parto;

Teresa e Teófilo tomarão todas as providências convenientes para facilitar o estabelecimento da paternidade por parte do progenitor, designadamente promovendo a cessação da presunção da paternidade presumida de Teófilo;

[...]

Antonio compromete-se aceitar a criança mesmo que esta não corresponda às suas expectativas, designadamente por nascer com alguma deficiência;

¹³⁷ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.11-12.

¹³⁸ OLIVEIRA, apud HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112. p.104 (grifo no original).

Antonio pagará todas as despesas emergentes do acordo, desde o período anterior à inseminação até seis meses depois do parto;

Antonio pagará a Teresa dois milhões de escudos, no momento da entrega da criança;

Se a criança morrer à nascença, Teresa apenas terá direito a receber a quantia de trezentos mil escudos;

Antonio fará um seguro de vida em favor da criança, que terá eficácia se ele morrer antes do nascimento; [...]

Algumas questões certamente surgem ao depararmos com esse contrato: É válido no âmbito do Direito Civil? Havendo pagamento, o contrato pode ser considerado ilícito sob o ponto de vista penal? As discussões sobre o assunto permanecem latentes, principalmente por não existir legislação acerca do tema.

Dessa forma, é pertinente a exposição das divergências doutrinárias acerca da possibilidade de validar contratos onerosos que versem sobre gestação de substituição, a serem demonstradas a seguir.

3.1 Argumentos favoráveis à eficácia dos negócios jurídicos onerosos acerca da gestação de substituição

A sociedade ainda considera que a técnica da gestação de substituição para promover a filiação é contrária à moral e aos bons costumes porque viola as leis naturais e coisificam a mulher e a própria criança, entretanto, aceitam a contratação da gestação por outrem excepcionalmente quando esta não é possível de ser executada pela via ordinária, ou seja, por meio da relação sexual¹³⁹. Ora, então a elaboração desse contrato pode ser feita tanto por casais heterossexuais inférteis ou que não possam levar a gravidez adiante pelo modo natural, como também por casais homoafetivos, observando, portanto, a finalidade da técnica. É vedada a prática para obter qualquer tipo de vantagem, como por exemplo, a de selecionar características físicas da criança, pois isso desvirtua o fim para o qual a técnica se destina¹⁴⁰.

¹³⁹ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.12-14.

¹⁴⁰ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.62.

A parte mais favorável da sociedade considera que todos os cidadãos têm o direito e a vontade de colocar seus próprios descendentes no mundo¹⁴¹. Com base nisso, todo e qualquer método que não coloque em risco a saúde e vida do casal e que possibilite a fecundação, deve ser aceito e amparado por nosso ordenamento jurídico.

A motivação dos envolvidos tem extrema importância para validar e tornar eficaz esses contratos gestacionais. O interesse legítimo do casal está na impossibilidade ou contra-indicação para executar o projeto parental pelo ato sexual. Sob o aspecto da gestante existem controvérsias acerca da legitimidade do seu interesse em ceder seu útero, ou seja, altruísta ou econômica.

Inicialmente, para a doutrina contrária à “barriga de aluguel”, o objeto do contrato de gestação de substituição é a futura criança e, portanto, seria ilícito, pois além de coisificar a criança, não é possível um contrato ter por objeto, pessoas. No entanto, em verdade, o objeto desse contrato é a capacidade reprodutiva de uma mulher, já que esta é a própria técnica. A criança seria a finalidade que se almeja com a elaboração do negócio. Além disso, se a criança fosse considerada o próprio objeto, então até mesmo o útero solidário seria ilícito.

Doutrinadores como Laura Dutra de Abreu e Christine Keler de Lima Mendes, consideram que a atribuição de caráter oneroso não seria capaz de invalidar o contrato¹⁴² e que, caso ocorresse, seria prejudicial ao casal do projeto parental. Os defensores da onerosidade acreditam que essa característica não afeta a dignidade da gestante, pois se trata da venda da capacidade reprodutiva para aqueles que não a possuem e não da venda de uma criança propriamente dita¹⁴³. Do mesmo modo, não afetaria a dignidade da criança, pois esta terá uma família em condições de promover seu desenvolvimento pessoal. Para eles, a invalidade do contrato só poderia ser arguida se houvesse prejuízos à saúde da gestante que tenham sido oriundos dessa exploração econômica.

Autores como Mônica Scarparo colocam a questão de que se estaria exigindo demais de uma mulher que não pretende ser mãe, haja vista que estaria

¹⁴¹ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.14.

¹⁴² Ibidem. p.14-15.

¹⁴³ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112. p.107-108.

despendendo seu tempo, dedicação e cuidados durante o período gestacional para gerar uma criança a terceiros¹⁴⁴.

Em relação ao vício no consentimento da gestante, este não pode ser generalizado, já que existem aquelas que são movidas por interesses diversos do patrimonial, expressando sua autodeterminação¹⁴⁵.

Além disso, em relação ao argumento de que a onerosidade estimularia o enriquecimento de mulheres pobres, os defensores rebatem sob a afirmação de que as explorações da pobreza e da ignorância humana ocorrem em todos os tipos de atividades¹⁴⁶. Da mesma forma, eventuais faltas de cuidado por parte da mãe hospedeira, como por exemplo, ingestão de entorpecentes e bebidas alcoólicas durante o período gestacional, em razão de ter interesse meramente lucrativo, não se sustentaria, sob o argumento de que isso também é possível para as mães que geram seu próprio filho¹⁴⁷.

Ademais, o caráter altruísta da gestação de substituição é difícil de ser comprovado, tendo em vista que a mulher gestante faz jus a alimentos gravídicos, assegurado pela Lei nº 11.804/2008, bem como a possibilidade de ser auxiliada financeiramente pelo casal beneficiário durante o período gestacional.

A doutrina que se mostra favorável à possibilidade de validar os contratos onerosos sobre o tema argumenta ainda que a onerosidade eventualmente atribuída ao contrato contribuiria para solucionar litígios acerca da aceitação da criança gerada física e/ou mentalmente mal-formada, cuja expectativa dos pais não fosse atendida, pois estariam obrigados a aceitá-la sob qualquer condição, exatamente em razão do sacrifício patrimonial despendido pelo casal e por estar previsto no contrato¹⁴⁸.

Embora alguns juristas sustentem que a gestação, assim como a doação de órgãos, jamais pode ser comercializada, os defensores argumentam que se trata de

¹⁴⁴ SCARPARO, 1991, p.21 apud D'IPPOLITO, Clarice. Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Jusbrasil*, 2013. Disponível em: <<http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 01 set 2016.

¹⁴⁵ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.19.

¹⁴⁶ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito "in vitro" da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112. p.108.

¹⁴⁷ Ibidem. p.108-109.

¹⁴⁸ Ibidem. p.109.

situação diferente, tendo em vista que a “mãe de aluguel” seria uma profissional¹⁴⁹. Segundo Severo Hryniewicz e Regina Sauwen:

[...] Tal como ocorre em qualquer outra profissão, a “locadora do útero” seria uma profissional, com direito à recompensa. O fato de a remuneração ser feita no ato de entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas especificidades¹⁵⁰.

Sob o ponto de vista do Direito Penal de que a “barriga de aluguel” supostamente incorreria no tipo do artigo 238 do ECA e artigo 15 da Lei nº 9434/97, Guilherme Falcão afirma que há neutralidade no campo em se tratando do tema da gestação de substituição pelo fato de que as partes envolvidas no contrato não são movidas por intenções criminosas, mas sim em buscar algum tipo de satisfação pessoal sem ferir direitos alheios¹⁵¹.

Assim prescrevem os mencionados dispositivos:

“Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”.

“Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação”.

Portanto, entende-se que não há tipo penal que atribua a antijuridicidade à prática onerosa da gestação de substituição e eventual punição sustentada nos artigos supracitados, violaria o princípio da legalidade e anterioridade, previsto no artigo primeiro do Código Penal e artigo 5º, XXXIX da Carta Magna. O artigo do ECA pune aquele que entrega filho próprio mediante remuneração a outrem, o que pode ocorrer em casos de adoção à brasileira, não podendo enquadrar a “barriga de aluguel”, uma vez que a criança a ser entregue não é da gestante/parturiente, mas sim dos pretensos pais, situação em que há a relativização do princípio “*mater semper certa est*”. Da mesma forma, não poderia se aplicar analogicamente ao

¹⁴⁹ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112. p.109.

¹⁵⁰ Ibidem. p.108.

¹⁵¹ Ibidem. p.110.

artigo 15 da Lei de Transplantes, uma vez que o objeto do contrato de gestação de substituição é a capacidade reprodutiva de outrem.

Ademais, há ainda aqueles que sustentam que, a despeito da inexistência de legislação sobre a gestação de substituição, a sua onerosidade seria perfeitamente possível pelo ordenamento jurídico sob o brocardo de que “tudo aquilo que não é expressamente proibido, é permitido”.

Como bem lembra Otero, não se pode ignorar o fato de que uma eventual atribuição econômica no contrato teria também que preservar a boa fé e proibir o *venire contra factum proprium*, tendo em vista que se esse contrato for considerado nulo pela mera onerosidade, dará oportunidade para a mãe hospedeira levantar conflitos sobre a maternidade, que poderia ser beneficiada em detrimento do casal que recorreu à técnica de RA, facilitando fraudes, já que bastaria demonstrar o caráter oneroso do contrato para suprimir seus efeitos e, conseqüentemente, tirar a paternidade do casal¹⁵². Portanto, a modalidade onerosa deve ser considerada para todos os efeitos, pois isso evitaria fraudes, bem como a má-fé.

Não há dúvidas de que a execução desses métodos de RA é muito complexa e, diante disso, a confiança entre os envolvidos se torna um fator de extrema importância, tendo em vista que um dos possíveis problemas é a quebra do acordo pré-estabelecido, como por exemplo, a gestante se recusar em entregar a criança após seu nascimento ao casal titular ou este recusar receber a criança em virtude de algum problema físico ou psicológico desta¹⁵³.

Apesar de os contratos de “útero de aluguel” serem bastante utilizados, o Brasil não possui legislação específica sobre o assunto, o que acaba por facilitar e tornar recorrentes situações como essas, culminando em insegurança jurídica, situação que o Direito sempre busca evitar.

A solução apresentada seria relevar os melhores interesses para a criança, de acordo com o princípio constitucional da sua proteção integral,

¹⁵² OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.20-21.

¹⁵³ CRUZ, Marjory de Oliveira. *Reprodução assistida entre pares homoafetivos*. In: CRUZ, Marjory de Oliveira. *Gestação de substituição por famílias homoafetivas*. 2014. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais FAJS, UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6085/1/21014511.pdf>> Acesso em 02 set 2015. p. 50-59. p.52-53.

independentemente do contrato ser válido ou não, ser gratuito ou oneroso para atribuir a parentalidade¹⁵⁴.

3.2 Argumentos contrários à eficácia dos negócios jurídicos onerosos acerca da gestação de substituição

A doutrina majoritária, tais como Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, dentre outros¹⁵⁵, considera que o contrato só é válido na modalidade gratuita, vez que acreditam que a atribuição de caráter lucrativo no contrato para a gestante, viola a dignidade da criança e, como o direito de procriação está atrelado à personalidade, não é possível existir comércio destas, pois isso estaria objetificando a gestante e a criança, o que feriria os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

Outro argumento está no artigo 199, parágrafo 4º da CF/88, que proíbe expressamente qualquer tipo de comercialização de tecidos ou substâncias humanas para transplante. Entretanto, o aspecto gratuito do contrato não afasta a possibilidade dos titulares do projeto parental de arcar com as despesas decorrentes de uma gravidez, como por exemplo, despesas médicas, exames e medicamentos, tendo em vista que a gestante possui o direito de receber alimentos gravídicos, de acordo com a Lei nº 11804/98¹⁵⁶.

Entretanto, o fato de existir a mencionada legislação também se torna importante para que não incorra na tipificação penal do artigo 238 do ECA, que consiste na entrega de filho a outrem mediante remuneração, ainda que simulada. Essa simulação se caracteriza quando há a percepção de vantagens para a gestante, como por exemplo, alimentos, despesas com hospitais, entre outros¹⁵⁷.

¹⁵⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.21-23.

¹⁵⁵ ALENCAR, Isadora Caldas Nunes de. A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Unifacs*, n.151, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2452/1798>> Acesso em: 29 jun 2016. p.4

¹⁵⁶ OTERO, op.cit. p.17.

¹⁵⁷ CRUZ, Marjory de Oliveira. *Reprodução assistida entre pares homoafetivos*. In: CRUZ, Marjory de Oliveira. *Gestação de substituição por famílias homoafetivas*. 2014. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais FAJS, UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6085/1/21014511.pdf>> Acesso em 02 set 2015. p. 50-59. p.57-58.

Os opositores entendem que a exploração de mulheres pobres contraria essa espécie de contrato, uma vez que, necessitadas de dinheiro, se submetem ao dever de gerir a criança sem se preocupar com os riscos e responsabilidades que lhe serão incumbidas¹⁵⁸, sendo possível inclusive que a mãe hospedeira não tome os devidos cuidados durante seu estado gravídico, como por exemplo, em relação à ingestão de drogas e bebidas alcoólicas.

Outra justificativa desfavorável é a do abandono por parte do casal idealizador do projeto parental em caso de defeitos físico-psíquicos na criança, mesmo que o contrato preveja expressamente a obrigatoriedade de aceitá-la.

Para a doutrina majoritária, a onerosidade vicia o consentimento da gestante, que tem que ser livre e consciente, o que acabaria levando à invalidade desse contrato¹⁵⁹. Além disso, juristas norte-americanos citam que a gestação, assim como na doação de órgãos, não pode ser remunerada para se evitar que “barrigas de aluguel” se tornem um mercado rentável.

Nos contratos patrimoniais, o inadimplemento total ou parcial pode levar a exceção de contrato não cumprido ou mesmo a resolução contratual, o que não existe nos contratos existenciais.

Os contratos de gestação de substituição benéficos são vistos com mais simpatia na sociedade e no mundo jurídico. Alguns estados estadunidenses, tais como a Califórnia, e Inglaterra já possuem legislação acerca dos contratos gratuitos. Tanto a Lei inglesa de 1990 (*Human Fertilisation and Embriology Act*) quanto a Lei americana (*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*) são favoráveis aos contratos gratuitos, dispondo a necessidade de as partes envolvidas ingressarem com uma petição a fim de obter autorização do Judiciário para proceder à subrogação.

“*The Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*” é uma lei americana cuja finalidade é uniformizar os direitos da criança gerada pela cessão temporária do útero em todos os estados estadunidenses que regulamentaram a

¹⁵⁸ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito “in vitro” da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112. p.108.

¹⁵⁹ OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015. p.15-17.

prática dessa técnica, tendo em vista que servem de auxílio para as decisões judiciais acerca do tema¹⁶⁰.

3.3 Natureza jurídica atípica

A Resolução nº 2121/15 do CFM recomenda a formalização de um contrato gratuito com a mãe gestora, necessariamente parente de até quarto grau, para estabelecer claramente a questão do vínculo parental¹⁶¹. Acredita-se que a prática da técnica da subrogação do útero entre parentes reduz os conflitos que possam vir a surgir¹⁶².

Inúmeras divergências doutrinárias surgem a respeito da natureza jurídica dos contratos benéficos e onerosos de gestação de substituição, se poderiam ser considerados como um contrato de doação, locação, cessão de direitos, prestação de serviços ou comodato. No que diz respeito aos contratos cuja onerosidade seja atribuída, surge a dúvida da (im)possibilidade de aplicar as disposições de um contrato comercial, que envolvem a prestação de um serviço, em conjunto a um contrato de locação, que envolve o aluguel de um útero com entrega posterior¹⁶³. A solução disso se dá mediante a determinação do objeto principal do contrato para aplicação dos dispositivos corretos: se seria o aluguel do útero ou a gestação com entrega do bebê ao final¹⁶⁴.

De início, os contratos acerca da gestação de substituição são existenciais e não patrimoniais, como a maioria dos contratos. Os contratos existenciais são conceituados como aqueles que possuem interesse extrapatrimonial, relacionados à dignidade e personalidade, apesar de ter o objeto imbuído de patrimonialidade¹⁶⁵.

¹⁶⁰ HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito "in vitro" da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112. p.111.

¹⁶¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2013/13*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 02 out 2015.

¹⁶² REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.62.

¹⁶³ LEITE, 1995 apud REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.55.

¹⁶⁴ REINERT, op.cit. p.55.

¹⁶⁵ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: Contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v.6, p. 69-94, out/dez 2015. Disponível em:

Dessa forma, de acordo com André Gustavo Corrêa de Andrade, é perfeitamente possível um contrato ter objeto de caráter patrimonial, porém o interesse que o reveste é extrapatrimonial/existencial, conforme o caso, pois a finalidade pode estar ligada à saúde do contratante ou de pessoas de sua família, por exemplo¹⁶⁶. Logo, os contratos tidos como existenciais possuem o interesse extrapatrimonial como o motivo preponderante da elaboração do contrato.

O fato de apenas uma das partes ter interesse extrapatrimonial já caracteriza o contrato existencial, o que significa dizer que o juiz, ao se deparar com conflitos em torno desse tipo de contrato, deve levar em consideração a “primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais”, ou seja, deverá primar pelo adimplemento da prestação ora pactuada em favor da parte que tenha o interesse existencial, pois este deve prevalecer sobre o lucro¹⁶⁷. Desse modo, “verifica-se, portanto, que para a parte vulnerável, a extrapatrimonialidade do objeto é mais importante do que sua patrimonialidade, haja vista não ter em conta o lucro, mas sim um bem existencial, relacionado ao mínimo existencial”¹⁶⁸.

Diante disso, para que se possa classificar contratualmente a subrogação do útero, se faz necessário inicialmente, identificar o objeto desse contrato. Como já exposto anteriormente, o objeto do contrato de gestação de substituição é a capacidade reprodutiva para aqueles que não a possuem ou apresentam alguma contraindicação, sendo que a futura criança a ser gerada no ventre de terceiro seria a finalidade contratual, demonstrando então o interesse extrapatrimonial do casal parental, qual seja, o direito à procriação. Com base no objeto e nas características dos contratos de doação, locação, comodato, prestação de serviços e cessão, é possível trazer a análise jurídica dos contratos acerca da subrogação do útero.

O contrato de locação é caracterizado por sua onerosidade, temporalidade e infungibilidade, na qual o locador, proprietário ou titular da posse do bem, cede seu

<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_000.pdf>
Acesso em 29 jun 2016. p.86.

¹⁶⁶ ANDRADE, 2005 apud BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: Contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v.6, p. 69-94, out/dez 2015. Disponível em:

<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_000.pdf>
Acesso em 29 jun 2016. p.87.

¹⁶⁷ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: Contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v.6, p. 69-94, out/dez 2015. Disponível em:

<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_000.pdf>
Acesso em 29 jun 2016. p.89-90

¹⁶⁸ Ibidem. p.90.

uso e gozo¹⁶⁹. Posto isso, há dúvidas se o contrato oneroso, popularmente conhecido como “barriga de aluguel”, poderia ser enquadrado como locação, já que, a princípio, possui todas as características. No entanto, no que concerne ao bem infungível e ao objeto, ele se difere, vez que o objeto da “barriga de aluguel”, assim como o do útero solidário, não é a criança em si, mas sim a utilização do ventre alheio para gerar uma criança¹⁷⁰, pois este é o próprio procedimento da técnica.

Além disso, para que se efetive uma locação, o locador deve ser o proprietário do bem em questão, o que remete ao direito de propriedade. Haja vista que o objeto é a utilização de parte de corpo alheio, o direito ao corpo é uma extensão do direito de personalidade, não podendo ser considerado como propriedade do ser humano, pois caso contrário, o ordenamento jurídico brasileiro admitiria o suicídio. Logo, a ausência de caráter de propriedade impede que a “barriga de aluguel” seja classificada como um contrato de locação.

O comodato é contrato gratuito, temporário, real e unilateral. Nesse sentido, por ser contrato real, as partes não possuem obrigações antes da entrega da coisa e, por isso, não se pode dizer que o contrato de útero solidário tem natureza de comodato, pois a mãe hospedeira se compromete antes de gerar a criança, a fornecer sua capacidade reprodutiva e a entregar o futuro filho do casal contratante ao final, após o parto.

Ademais, é da essência do comodato ser unilateral, pois prevê que apenas o comodatário possui obrigações numa relação jurídica. Ao levar essa característica ao útero solidário, percebe-se que o responsável pelo adimplemento da prestação é o comodante, ou seja, a mãe gestora, pois esta tem a responsabilidade de “emprestar” a fertilidade de seu útero ao casal idealizador da parentalidade.

Da mesma maneira, é indubitável que a onerosidade eventualmente atribuída descaracteriza o comodato, pois este pressupõe sua gratuidade. Outro ponto é que a onerosidade gera bilateralidade, uma vez que ambos os contratantes terão obrigações: de um lado a remuneração e, de outro, a entrega do filho oriundo da gestação de substituição.

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Contrato de locação. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.3. p.183-231. p.184-185.

¹⁷⁰ D'IPPOLITO, Clarice. Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Jusbrasil*, 2013. Disponível em: <<http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 01 set 2016

No que se refere ao contrato de prestação de serviços, não é possível enquadrar os contratos de sub-rogação do útero, tendo em vista que aqueles pressupõem a realização de um serviço prestado por um profissional. Ocorre que, mesmo que se considerasse a mulher que fornece seu ventre como uma profissional, por já ter cedido várias vezes, como é defendido pelos favoráveis à validade dos contratos onerosos de gestação de substituição, isso só propagaria a busca cada vez mais frequente da “barriga de aluguel”, inclusive por mulheres que não querem sofrer os incômodos de uma gravidez, o que não é autorizado, pois desvirtua a finalidade para a qual a técnica fora criada.

3.4 Possíveis soluções para sanar as problemáticas em torno da “barriga de aluguel”

Quando o assunto é a gestação de substituição, alguns problemas podem surgir, principalmente por conta de ausência de legislação sobre o tema, tendo como única alternativa para resolver a lide, a busca pelo Poder Judiciário¹⁷¹. A ausência de lei e o aparente descaso dos legisladores a respeito do tema acabam injustificando aqueles cuja única possibilidade de gerar filhos biológicos é através de uma das técnicas de reprodução assistida.

Apesar de poder enxergar no instituto da adoção a possibilidade da concretização do sonho de completar a família com a chegada de um filho, o Direito não pode ignorar as outras possibilidades de se alcançar esse mesmo sonho, através das técnicas de RA, levando em consideração a capacidade de autodeterminação dos casais e o crescente número de clínicas especializadas.

Haja vista que o útero solidário é a única forma admitida pelo CFM, muitas problemáticas surgem em torno da realização da técnica de gestação de substituição pela forma onerosa, buscada por muitos casais ainda, inclusive no exterior. Diante disso, é de extrema importância entender os projetos de Lei acerca do tema que tramitam no Congresso Nacional, bem como trazer o estudo do direito comparado do tratamento dado à “barriga de aluguel” no plano internacional.

¹⁷¹ SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v.13, n.52, p. 141-166, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf> Acesso em: 30 ago. 2015. p.157.

3.4.1 Projetos de Lei sobre reprodução humana artificial

Diante dos vários problemas em torno da procriação artificial que assombram o mundo moderno, foram propostos alguns projetos de Lei acerca do assunto numa tentativa de regulamentar os procedimentos das técnicas de RA.

O primeiro projeto de Lei a tratar sobre a reprodução artificial foi o PL nº 90/99 que autorizava a realização dessas técnicas apenas aos cônjuges ou ao homem e a mulher em união estável, excluindo, portanto, os casais homoafetivos. Além disso, impunha que o procedimento só poderia ser efetivado por determinação médica, tendo em vista ser a única via clínica disponível para o casal. No tocante à gestação de substituição, o projeto de lei a autorizava somente na modalidade gratuita e desde que houvesse diagnóstico que impedisse ou contraindicasse a gestação na mulher beneficiária da técnica, vedando-se expressamente o “útero de aluguel”. Ademais, a técnica só poderia ser realizada entre parentes de até o segundo grau.

“Art. 3º Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não-remunerada, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada a modalidade conhecida como útero ou barriga de aluguel”.

Dessa forma, por proibir de forma expressa a modalidade onerosa da gestação de substituição, os operadores do Direito não teriam mais dúvidas a respeito de sua legalidade no mundo jurídico.

Entretanto, devido à mudança social, o PL nº 90/2001 substituiu o de nº 90/99 e trouxe a possibilidade de acesso às técnicas de RA aos casais homoafetivos de forma implícita ao dispor como beneficiários das técnicas as mulheres ou os casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida. Já em relação à subrogação do útero, vedou expressamente tanto a modalidade gratuita como a onerosa. Esse entendimento foi mantido pelo Projeto de Lei Substitutivo nº 1184/03¹⁷², que incorporou regras semelhantes à Lei sobre reprodução assistida promulgada na Itália no mesmo ano, que proíbe a doação de materiais reprodutivos,

¹⁷² ALCÂNTARA, Lúcio. *Projeto de Lei nº 1184 de 03 de junho de 2003*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003> Acesso em: 15 ago 2016.

a subrogação do útero e limita a inseminação artificial apenas para casais heterossexuais¹⁷³.

O PL tipifica ainda como crime a prática da gestação de substituição com pena de 1 a 3 anos e multa, e torna válida a prática das técnicas de RA desde que o casal ou a mulher solteira manifestassem expressamente o desinteresse num processo de adoção. Ademais, exige também o consentimento do cônjuge/companheiro da receptora da técnica, bem como dos eventuais doadores. No que diz respeito ao doador, a fim de que seja garantido a fertilização em apenas uma única receptora, os embriões permanecem em estado de criopreservação até que haja êxito na fecundação, após serão descartados.

O PL nº 4892/2012 foi o primeiro a trazer o conceito de reprodução humana assistida como “aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez”, além de trazer um rol exemplificativo das técnicas de RA que podem ser realizadas pelas clínicas especializadas. Além da infertilidade, o mencionado projeto de Lei autoriza a busca por essas técnicas a fim de se evitar que eventual doença hereditária dos pais se transmita ao futuro filho.

“Art. 5º: As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade.

Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave”.

“Art. 6º: Os médicos não podem fazer uso das técnicas reprodutivas para os seguintes objetivos: [...]

§ 1º A escolha de qualquer característica biológica do futuro filho será excepcionalmente permitida para evitar doenças ligadas ao sexo daquele que virá a nascer”.

Além disso, proíbe a prática de “confusão na inseminação ou fertilização artificiais”, entendida como a mistura do material genético de doador com o de um dos genitores, tipificada como crime com pena cominada de detenção de 2 a 5 anos e multa. Prevê ainda o sigilo de informações acerca do doador e dos receptores de

¹⁷³ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.49

quaisquer das técnicas utilizadas, respeitado o direito à origem genética da criança fruto da técnica, mediante autorização judicial, demonstrado motivo justo e relevante. Esse mesmo direito é assegurado ao próprio doador. Além disso, o PL nº 4892/12 se preocupa com a atribuição da filiação, no qual define o casal beneficiário da técnica como os pais da criança gerada, mesmo se houver a revelação quanto à identidade do doador.

O PL nº 4892/12 estabelece ainda que o especialista a realizar uma das técnicas de RA é o responsável pela escolha do doador, tendo que levar em consideração compatibilidades entre ele e o receptor, entendimento já adotado pelo PL nº 1184/03.

No tocante à gestação de substituição, esta é permitida somente na modalidade gratuita e desde que a cessionária do útero seja parente de até o segundo grau de um dos requerentes da técnica. Sua modalidade onerosa caracteriza infração criminal pelo projeto de Lei, cuja pena seria de detenção de 2 a 5 anos e multa. No entanto, autoriza a prática por outra pessoa desde que haja parecer favorável pelo Conselho Regional de Medicina. A fim de garantir a segurança jurídica entre a cessionária e o casal, o projeto de Lei dispõe como um requisito a formalização de um pacto de gestação de substituição, que deverá ser homologado judicialmente antes de se iniciar o procedimento técnico, sob pena de nulidade.

No caso de embriões criopreservados, o projeto de Lei exige a manifestação expressa do casal em torno do destino a ser dado a eles, seja a implantação, entrega para a adoção ou pesquisa científica, não podendo ser jamais descartados.

O atual PL nº 115/2015¹⁷⁴ que tramita no Congresso Nacional vai em desconformidade com o que a atual Resolução nº 2121/15 do CFM determina, ao estabelecer que somente parentes de até o segundo grau podem figurar como cedentes do útero ao casal. O supra projeto condiciona os demais casos à aprovação do Conselho Regional de Medicina.

Uma inovação trazida pelo mencionado PL é a respeito da criação de um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões, no qual há possibilidade de um casal ou pessoa individualmente considerada adotar embriões destinados à adoção de

¹⁷⁴ FILHO, Juscelino Rezende. *Projeto de Lei nº 115 de 03 de fevereiro de 2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015> Acesso em: 15 ago 2016.

acordo com as regras previstas no ECA, tendo em vista que jamais poderão ser descartados.

No que concerne à remuneração, o PL nº 115/15 veda qualquer tipo de retribuição econômica à mãe por substituição, mesmo com a vigência da Lei nº 11804/08, que garante o direito a alimentos à toda mulher gestante. Em interpretação ao PL, não seria possível a mulher cedente do ventre receber alimentos do casal receptor, tendo em vista que veda qualquer tipo de compensação econômica, o que afronta o princípio da isonomia.

Assim como o PL nº 4892/12, o PL nº 115/15 manteve a necessidade de homologação judicial do pacto de gestação por substituição para que seja válido e, conseqüentemente, atribua a identidade de pais ao casal idealizador do projeto parental, vedando expressamente o caráter lucrativo do útero de substituição.

Portanto, por se tratar de um tema de grande relevância, especialmente em virtude dos grandes avanços biotecnológicos e a vigência do novo Direito de família, é de suma importância que todas as técnicas já apresentadas nesse fichamento sejam regulamentadas, pois assim estarão efetivados os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, planejamento familiar e principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

A ausência de legislação a respeito faz com que a solução para eventuais conflitos seja buscada nos princípios constitucionais, tendo em vista que eles são a base para a elaboração das leis ordinárias¹⁷⁵. Apesar disso, não podemos ignorar que é necessária a manifestação do Poder Legislativo sobre o tema, a fim de evitar a ocorrência de certos infortúnios e riscos. Conforme dispõe o artigo 226 da CF/88 e seus respectivos parágrafos, a família é protegida de uma maneira especial e merece a total atenção do Estado¹⁷⁶, tendo em vista ser a base para a formação da sociedade. Dessa forma, os indivíduos projetam uma família com o objetivo de alcançar sua realização pessoal.

Por conta disso, os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional não podem restringir o acesso desses sujeitos às tecnologias reprodutivas e, portanto,

¹⁷⁵ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.316.

¹⁷⁶ Ibidem. p.310.

de exercer sua cidadania¹⁷⁷. Tendo como pressuposto que o ordenamento jurídico brasileiro garante a igualdade de todos, então uma pessoa tem condições de reivindicar o seu bem, desde que este seja convergente aos princípios da Justiça¹⁷⁸. Diante disso, é imprescindível que haja respeito às diferenças de todos os indivíduos a fim de que a dignidade pessoal não seja violada¹⁷⁹.

3.4.2 As técnicas de RA no plano internacional

Diante de um tema com amplas divergências e polêmicas e, no intuito de transformar um estudo jurídico em estudo científico, o direito comparado se mostra extremamente relevante para auxiliar e aprimorar o sistema jurídico brasileiro, no qual não há nenhuma legislação a respeito das diversas técnicas de reprodução medicamente assistida, já desenvolvidas em nosso país. Conforme Konrad Zweigert e Hein Kotz, “estudos jurídicos somente se tornam científicos quando são realizados acima das regras de qualquer sistema nacional”¹⁸⁰.

Contudo, analisar uma lei estrangeira “*ipsis literis*” não significa realizar o direito comparado, pois para isso se faz necessário conhecer o sistema em que ela está inserida e como ela é interpretada, incluindo também as normas não escritas¹⁸¹. Somente baseado nisso é que será possível comparar o ordenamento jurídico nacional com o estrangeiro.

O estudo comparado é importante, pois ajuda a compreender como o tema da reprodução medicamente assistida, que é polêmico e vem sendo gradativamente procurado no Brasil, é tratado em outros países, bem como as formas de solução adotadas em caso de conflitos. Diante da amplitude dos fatos sociais que existem em todos os lugares do mundo, bem como do sistema jurídico de cada país tentar trazer soluções, é necessário o estudo do direito comparado, que vai buscar analisar

¹⁷⁷ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.311.

¹⁷⁸ Ibidem. p.311-312.

¹⁷⁹ Ibidem. p.312.

¹⁸⁰ ZWEIGERT; KOTZ, 1998 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.1

¹⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.1

o Direito no âmbito interno, para então tentar atribuir uma universalidade¹⁸², mesmo em face das “inúmeras culturas, religiões, economias, políticas, enfim, de sociedades e dos grupos que as integram”¹⁸³.

Para alcançar esse objetivo, é de extrema relevância o estudo entre os diferentes ordenamentos jurídicos, pois de acordo com René David, isso amplia o conhecimento e desenvolve o direito nacional de um país¹⁸⁴, o que acaba contribuindo inclusive para os juristas interpretarem extensivamente uma norma ou quando houver necessidade de integrar as lacunas.

Portanto, o direito comparado pode servir como fundamentação jurídica auxiliando um operador do Direito a solucionar eventuais conflitos envolvendo determinada matéria, bem como para elaborar novas normas, levando em consideração a cultura, história e outros aspectos individuais do país. Entretanto, de acordo com Zweigert e Kotz, para que a aplicação dos estudos do direito comparado possa obter êxito, é de suma importância verificar se a solução adotada por determinado país funciona internamente e se essa mesma solução poderia funcionar no país que pretende adotá-la¹⁸⁵.

A gestação substitutiva é praticada desde 1985 numa tentativa de reestabelecer a reprodução em mulheres diagnosticadas com histerectomia (esterilidade) em razão de câncer¹⁸⁶. O primeiro caso que veio à tona na mídia foi o da Baby M, em 1988, realizado nos EUA, no qual a mãe hospedeira se recusou a

¹⁸² PEREIRA, Caio apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.2

¹⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.2

¹⁸⁴ DAVID, René, 1971 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.2

¹⁸⁵ ZWEIGERT; KOTZ, 1998 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.2

¹⁸⁶ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Relatório sobre procriação medicamente assistida (PMA) e gravidez de substituição*. Lisboa, 2012. Disponível em: <<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>> Acesso em 24 ago 2016. p.25

entregar a criança ao casal com quem tinha firmado contrato. Inicialmente, o tribunal de New Jersey considerou a cedente do útero como a mãe da criança, porém, ao levar em consideração o melhor interesse da criança, acabou-se por atribuir a parentalidade ao casal¹⁸⁷. No entanto, nem sempre essa é a decisão aplicada, tendo em vista a interpretação única que cada país possui acerca do tema.

Entre os Estados estadunidenses que amparam a técnica da maternidade substitutiva, a maioria não possui nenhuma normatização a respeito da gestação de substituição, o que expõe os casais desses estados que desejam recorrer ao procedimento a uma situação de vulnerabilidade, pois se sujeitam ao risco de não ter o contrato validado pelo juiz em caso de conflitos, sob o argumento de violação à ordem pública.

Na Índia, por exemplo, a gestação de substituição é legalizada desde 2002 e é disposta em um contrato, no qual apenas mulheres casadas que já sejam mães, com idade entre 21 e 45 anos de idade, podem figurar como mãe gestacional. O contrato estabelece que a mãe de aluguel concorda em abdicar seus direitos e deveres sobre a filiação, atribuindo ao casal idealizador do projeto familiar¹⁸⁸. O país é muito procurado por pessoas e casais no mundo todo em razão de seu baixo custo, que gera em torno de US\$ 25.000 dólares, incluindo o procedimento médico, a remuneração à mãe hospedeira, hospedagem e passagens aéreas.

Ademais, a doadora dos gametas deve ser necessariamente outra mulher que não seja a mãe hospedeira, pois acredita-se que, a probabilidade de a mãe de aluguel se apegar à criança é menor se não for vinculada geneticamente a ela. Desde o ano de 2012, o país proibiu o acesso de casais homoafetivos e pessoas solteiras à técnica e determinou que a entrada de casais na Índia, cujo propósito é o de submeter à “barriga de aluguel” é condicionada a um visto médico e não mais ao visto de turismo.

No entanto, o Parlamento Indiano, a pedido da Comissão Nacional das Mulheres da Índia, tem promovido estudos a fim de alterar a legislação indiana sobre

¹⁸⁷ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Relatório sobre procriação medicamente assistida (PMA) e gravidez de substituição*. Lisboa, 2012. Disponível em: <<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>> Acesso em 24 ago 2016. p.26

¹⁸⁸ MANIR, Mônica. Livro traz experiência com barriga de aluguel. *O Estadão*, 2016. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,livro-traz-experiencia-com-barriga-de-aluguel,10000057953>> Acesso em: 24 ago 2016.

o assunto, para impedir a busca da técnica pelos estrangeiros, vislumbrando evitar o “turismo reprodutivo”¹⁸⁹.

Da mesma forma, o México e a Tailândia, que também legalizaram a prática, buscam o mesmo objetivo. O México busca restringir a prática apenas aos seus cidadãos com indicação médica, excluindo os casais homoafetivos e pessoas solteiras, além de abolir o caráter oneroso da gestação de substituição para turistas¹⁹⁰.

Atualmente, só podem figurar como mães hospedeiras no México, mulheres que já possuem filhos e não estejam em situação de extrema pobreza, com idade entre 25 e 35 anos, e não terem engravidado nos 365 dias que antecederem à nova gravidez. Além disso, a entrega da criança deve ser feita necessariamente aos pais que possuam nacionalidade mexicana e caso o procedimento seja realizado fora desses padrões, todos os envolvidos na maternidade de substituição (partes e a clínica) podem cumprir pena de 6 a 17 anos de prisão¹⁹¹.

De outro lado, o Parlamento Tailandês aprovou em 2015 nova lei acerca da maternidade de substituição, vedando a prestação desse serviço a estrangeiros e estabelecendo que as mães hospedeiras devem ser tailandesas acima de 25 anos de idade. A reforma legislativa foi motivada devido a um caso polêmico, em que um casal australiano, após se submeter ao procedimento na Tailândia, abandonou uma das gêmeas geradas com síndrome de *down* com a mãe de substituição, levando consigo apenas a outra¹⁹².

Ao contrário das nações supracitadas, a Alemanha considera nula toda forma de contrato sobre subrogação de útero por considerar a prática contrária à moral e os bons costumes. No entanto, em relação às demais técnicas de RA, o direito alemão, através da Associação Médica e do relatório Benda, documento alemão que trata sobre reprodução assistida, limitou as demais técnicas de RA apenas a

¹⁸⁹ MELLO, Patrícia Campos. Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiro. *Folha de S.Paulo*, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml>> Acesso em: 25 ago 2016.

¹⁹⁰ MÉXICO estabelece reformas para evitar ser próximo país líder em “barrigas de aluguel”. *O Estadão*, 2016. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,mexico-estabelece-reformas-para-evitar-ser-proximo-pais-lider-em-barrigas-de-aluguel,1854448>> Acesso em: 25 ago 2016.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² PODERES REVISTA. Parlamento tailandês proíbe barrigas de aluguel. *Jusbrasil*, 2014. Disponível em: <http://poderesemrevista.jusbrasil.com.br/noticias/153932530/parlamento-tailandes-proibe-barrigas-de-aluguel?ref=topic_feed> Acesso em 25 ago 2016.

casados e, excepcionalmente, aos casais em união estável¹⁹³.

A Espanha e França também se posicionam contrariamente à técnica, vez que os legisladores e aplicadores do Direito priorizam o princípio “*mater semper certa est*”, ou seja, mãe é sempre certa, pois é vista como aquela que gerou uma criança e se sujeitou ao parto. Já o Vaticano, em seu documento “Instrução sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação” do ano de 1987, abomina qualquer forma de RA¹⁹⁴, seja utilizando o próprio material genético ou não.

No que diz respeito às penalidades, Espanha e França preveem sanções civis e penais a todos os envolvidos na gestação de substituição, enquanto que a Alemanha, que também proíbe a prática da técnica, prevê sanções criminais apenas aos intermediários e aos médicos¹⁹⁵.

Já a Holanda autoriza a prática da gestação de substituição, porém a parentalidade é atribuída ao casal idealizador do projeto familiar somente através de decisão judicial determinando a transferência dos direitos da mãe portadora à mãe pretendente. A invocação do Poder Judiciário se faz necessária pois, de acordo com o artigo 198 do Código Civil dos Países Baixos, mãe é definida como aquela que dá à luz, independentemente de esta ter doado seu material genético ou não¹⁹⁶.

No entanto, assim como no Brasil, a Lei Holandesa é cerceada de discussões a respeito da validade de contratos pactuados, cujo objetivo é o de tornar clara a situação de cada um dos envolvidos. Alguns especialistas entendem que esses contratos são nulos por não serem compulsórios, enquanto que outros consideram a possibilidade destes contratos serem aplicados para beneficiar a criança¹⁹⁷.

¹⁹³ LEITE, 1997 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.14

¹⁹⁴ CASABONA, 1994 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.16.

¹⁹⁵ MONÉGER, Françoise. Gestation pour autri: Surrogate motherhood. *Société de législation comparée*, v.14, 2011. Disponível em: <http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/Colloques_vol_14_sommaire_et_rapport_de_synthese.pdf> Acesso em: 29 ago 2016. p.18

¹⁹⁶ Ibidem. p.13-14

¹⁹⁷ Ibidem. p.13

A subrogação do útero é regida no Reino Unido pela “*Surrogacy Arrangements Act*” (SAA), de 1985, e pela “*Human Fertilisation and Embriology Act*” (HFEA), de 2008, cujo objeto é a maternidade substitutiva e a fertilização *in vitro*¹⁹⁸.

De acordo com o artigo 1 da SAA, nenhum contrato que verse sobre a gestação de substituição pode sofrer execução compulsória em caso de ocorrência de conflitos entre as partes. Dessa forma, a mãe de substituição não pode ser forçada a entregar a criança ao casal pretendente, caso aquela não queira¹⁹⁹.

Françoise Monéger cita um caso inglês no qual, em decorrência de negligência médica, uma mulher se tornou estéril, razão pela qual ajuizou uma ação na Corte Inglesa pleiteando uma indenização a fim de cobrir os gastos de uma “barriga de aluguel”. O resultado foi o indeferimento pela Suprema Corte Inglesa, sob o argumento de que o dano sofrido e seu desejo de ser mãe, não podem servir como justificativa para permitir a execução de um contrato que não é permitido por lei.

O artigo 2 da SAA prevê ainda uma punição em caso de remuneração a intermediários no procedimento da gestação de substituição. No entanto, com a reforma de 2008 na Lei HFEA, as organizações sem fins lucrativos passaram a ser autorizadas a oferecer o serviço de mãe de substitutiva a potenciais candidatos para esse contrato²⁰⁰.

Ademais, em caso de consentimento da mãe substitutiva, há a possibilidade de o casal patrocinador pedir em juízo “uma ordem de paternidade”, no prazo de 6 meses, com objetivo de desconstituir a maternidade que seria atribuída a mãe que gerou a criança e a constituição da parentalidade ao casal²⁰¹.

Israel possui uma legislação sobre a maternidade de substituição datada de 1996, a qual condiciona a prática em duas etapas: uma contratual e a outra jurisdicional. A Lei Israelense estabelece que a mãe hospedeira não pode ter quaisquer ligações genéticas com o casal e nem ser casada, além de exigir que tenha a mesma religião que a mãe social. O país autoriza inclusive uma indenização

¹⁹⁸ MONÉGER, Françoise. Gestation pour autri: Surrogate motherhood. *Société de législation comparée*, v.14, 2011. Disponível em: <http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/Colloques_vol_14_sommaire_et_rapport_de_synthese.pdf> Acesso em: 29 ago 2016. p.14

¹⁹⁹ Ibidem. p.14

²⁰⁰ Ibidem. p.14

²⁰¹ Ibidem. p.15

à mãe hospedeira em troca da subrogação do útero, desde que previsto no contrato²⁰².

A etapa jurisdicional consiste na determinação da filiação e na situação da “mãe de aluguel”, cujo julgamento corresponde ao de um processo de adoção para os pretendentes pais.

Em que pese a omissão legislativa a respeito da maternidade de substituição na maioria dos países, a jurisprudência é diferente em cada região do mundo. O Poder Judiciário de países como a Holanda e a Alemanha, aplica as regras da adoção para tentar solucionar os conflitos envolvendo a técnica de RA, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança²⁰³. Dessa forma, a entrega da criança em favor aos pais pretendentes pela mãe de substituição só seria possível se esta tiver manifestado sua vontade de fazê-lo. Já a jurisprudência francesa é mais rígida nesse sentido, segundo o entendimento de que a gestação de substituição desvia as regras de adoção, sendo, portanto, uma prática ilícita²⁰⁴.

Por fim, no que diz respeito ao Direito de Família, é impossível que haja uniformidade do tema a nível internacional, tendo em vista a influência de diferentes culturas e, principalmente da religião²⁰⁵, mas isso não significa que o Direito comparado deixa de ter significância, uma vez que sua principal finalidade é de aprimorar um sistema.

É indubitável que o Direito de Família sofreu várias alterações para poder se adequar às transformações da sociedade e isso é verificado com a introdução dos novos valores acolhidos pela contemporaneidade. Uma delas foi que o casamento deixou de ser a única forma de legitimar uma família e esta deixou de ter um objetivo meramente patrimonial, bem como deixou de ser patriarcal.

3.4.3 A maternidade de substituição sob o prisma do Direito Internacional Privado

²⁰² MONÉGER, Françoise. Gestation pour autri: Surrogate motherhood. *Société de législation comparée*, v.14, 2011. Disponível em: <http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/Colloques_vol_14_sommaire_et_rapport_de_synthese.pdf> Acesso em: 29 ago 2016. p.13

²⁰³ Ibidem. p.18

²⁰⁴ Ibidem. p.19

²⁰⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.2

O artigo 7º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro dispõe sobre as regras de competência *in loci*, a fim de se definir a lei a ser aplicada no caso concreto, em caso de uma lide envolvendo dois ou mais países. É o que ocorre, por exemplo, nas questões que envolvem o casamento, cuja legislação a ser aplicada é a do local do domicílio do casal. No entanto, a LINDB é omissa no que tange a questões de família, como a filiação e a fixação de alimentos, despontando na insegurança jurídica²⁰⁶.

Haja vista o direito ao planejamento familiar e o dever de não intervenção do Estado na escolha de vida eleita pelo casal, o Direito não pode impedir que um casal busque meios de concretizar a reprodução fora do Brasil. A adoção internacional, por muitos anos, ficou impossibilitada no Brasil até ser regulamentada pela Conferência de Haia por meio da Convenção de Adoção Internacional, o que contribuiu para mitigar eventuais abusos que eram cometidos e inseguranças quando da ausência de regulamentação²⁰⁷.

Ocorre que a omissão legislativa a respeito da norma eleita para solucionar problemas acerca das técnicas de RA, pode gerar consequências gravosas. Um casal que opte pela utilização da “barriga de aluguel” em países cuja prática é autorizada, estará sujeito à legislação local. Todavia, se faz necessário o registro da criança perante o Consulado Brasileiro para que esta obtenha a nacionalidade brasileira e, o modo como foi gerada pode se tornar um empecilho, pois as chances de se alegar violação à ordem pública são grandes²⁰⁸.

Atualmente, os países têm se baseado nas regras previstas na Convenção de Adoção Internacional como analogia à gestação de substituição numa tentativa de solucionar os conflitos existentes. O tema é tratado nos países de acordo com os costumes e cultura local, o que resulta em conflitos de nacionalidade da criança concebida por essa forma de procriação, bem como na própria atribuição da parentalidade que, conseqüentemente, pode levar à violação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. É o que ocorre na Espanha, por exemplo, cujo entendimento aplicado é que a maternidade é atribuída a quem deu à

²⁰⁶ ARAÚJO, Nádia de et al. *Gestação de substituição: Regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*, 2015. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>> Acesso em: 01 set 2016. p.13

²⁰⁷ Ibidem. p.13

²⁰⁸ Ibidem. p.15

luz, sendo irrelevante o modo como se deu a concepção. Portugal possui o mesmo entendimento ao proibir a prática altruísta ou onerosa da maternidade de substituição, pois de acordo com o artigo 8 da Lei sobre procriação medicamente assistida de 2006, a determinação da maternidade se dá à mulher que gerou a criança²⁰⁹.

Art. 8: "São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição".

"A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer".

A França é outro país que proíbe totalmente a prática da maternidade por substituição em seu território, tendo sido inclusive condenada pela violação de direitos humanos pelo Tribunal de Estrasburgo, ao ter negado transcrever o registro de nascimento de uma criança gerada pela técnica na modalidade onerosa no estado da Califórnia²¹⁰.

A preocupação em torno da gestação de substituição atingiu a esfera internacional a partir do momento que os membros da Conferência da Haia se depararam com inúmeras buscas na Internet sobre a "barriga de aluguel" por casais, em decorrência da dificuldade em se encontrar alguém disposto a ceder o útero de forma solidária, bem como de serviços de "locação do ventre" e, logo, coube à Conferência de Haia tentar dirimir violações aos direitos do casal idealizador do projeto parental e da criança a ser gerada pelo procedimento.

"[...] a brief internet search of "surrogacy" and in today's world one is a click away from hundreds of websites promising to solve the problems of infertility through in-vitro fertilisation techniques and surrogacy. It is now a simple fact that surrogacy is a booming, global business. This has created a number of challenges, above all when surrogacy arrangements involve parties in different countries. In particular, international surrogacy arrangements can often result in the difficulties described above concerning the establishment or recognition of the legal parentage of the children born as a result of the arrangement. This can have far-reaching legal consequences for all involved [...]"²¹¹.

²⁰⁹ MONÉGER, Françoise. Gestation pour autri: Surrogate motherhood. *Société de législation comparée*, v.14, 2011. Disponível em: <http://www.legiscomparare.fr/web/IMG/pdf/Colloques_vol_14_sommaire_et_rapport_de_synthese.pdf> Acesso em: 29 ago 2016. p.17

²¹⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. Corte Europeia é ativista ao julgar caso de gestação de substituição. *Conjur*, 13 dez 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-13/observatorio-constitucional-corte-europeia-ativista-julgar-gestacao-substituicao>> Acesso em: 02 set 2016.

²¹¹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH). *Projects: Legislative Projects*, 2016. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> Acesso em: 02 set 2016.

A grande procura por essa técnica de reprodução assistida em todo o mundo enseja série de violações de direitos e desamparo aos envolvidos nesse tipo de procedimento, deixando-os cada vez mais vulneráveis, uma vez que não há normatização a respeito. Diante disso, tendo em vista a inadequação da aplicabilidade da Convenção de Adoção Internacional à gestação substitutiva, passou-se a despender esforços para promover uma regulamentação multilateral sobre a subrogação do útero²¹².

A Conferência da Haia é uma organização entre os governos dos mais de setenta Estados-membros que a compõem e tem como objetivo primordial unificar as regras de Direito Internacional Privado, mediante a regência de diversos temas, principalmente no campo do Direito de Família²¹³. A subrogação de útero é considerada pela Conferência como uma das matérias cuja regulamentação se faz necessária e, por esse motivo, o Conselho de Assuntos Gerais da Conferência de Haia requisitou a presença de aplicadores do Direito e profissionais da saúde no início de 2016 como forma de se aprofundar no tema, a fim de ser possível instituir regulamento mais específico e próprio da mencionada técnica de reprodução assistida²¹⁴. Os estudos envolvem análise do ordenamento jurídico dos países, a fim de se verificar o tratamento dado no âmbito interno ao procedimento para se fazer um estudo do direito comparado.

O projeto de lei apresentado na reunião prioriza os direitos de todos os envolvidos na maternidade substitutiva, com enfoque protetivo às crianças, levando-se em consideração os princípios abarcados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto de Direitos Cívicos e Políticos. A maioria dos países se mostrou favorável ao projeto apresentado na Conferência de Haia, entendendo ser um tema com muitas dificuldades, com a ressalva para não haver interferência nas regras dos

²¹² ARAÚJO, Nádya de et al. *Gestação de substituição: Regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*, 2015. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>> Acesso em: 01 set 2016. p.17

²¹³ *Ibidem*. p.17

²¹⁴ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH). *Projects: Legislative Projects*, 2016. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> Acesso em: 02 set 2016.

países na atribuição da nacionalidade, pois isso afrontaria o princípio internacional da soberania dos Estados²¹⁵.

3.5 Implicações jurídicas

Em relação aos direitos do nascituro já fecundado na barriga de aluguel, o Código Civil de 2002 adota a teoria natalista para fins de atribuição da personalidade ao ser humano, isto é, a personalidade só é adquirida após o nascimento com vida, porém o art. 2 da Lei resguarda todos os direitos do nascituro²¹⁶. Diante desse entendimento, um embrião já concebido por meio da técnica de gestação de substituição, já possui dignidade e, portanto, deve ser protegido pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com José Roque Junges “o embrião pertence à espécie humana e tem todas as potencialidades para tornar-se pessoa”²¹⁷. Cabe ressaltar ainda que os direitos do nascituro não são meras expectativas e já estão garantidos desde a concepção pela CF/88²¹⁸. Diante desse cenário, a sub-rogação do útero passa a influenciar o campo de família, sucessões e das obrigações.

No tocante ao campo das sucessões, é importante analisar as múltiplas possibilidades ao sucessor que foi gerado por meio de reprodução artificial, principalmente pelo útero sub-rogado²¹⁹. Os sucessores legítimos, conforme o art. 1798 do Código Civil de 2002 são aqueles que nasceram ou foram concebidos no momento da abertura da sucessão²²⁰. Ao unir esse dispositivo ao art. 1596 CC/02 e 227, parágrafo 6º CF/88, que estabelecem a não discriminação em relação à filiação de qualquer origem, não podem ser excluídos da sucessão os filhos oriundos da

²¹⁵ ARAÚJO, Nádia de et al. *Gestação de substituição: Regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*, 2015. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>> Acesso em: 01 set 2016. p.18

²¹⁶ BRASIL. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 abr 2016.

²¹⁷ JUNGES, 1999 apud REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.45

²¹⁸ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.46.

²¹⁹ Ibidem. p.52

²²⁰ BRASIL. op.cit.

gestação de substituição²²¹. Entretanto, caso algo de errado aconteça no estabelecimento de vínculo entre a mãe substituta e o filho, devem ser analisadas caso a caso, sempre devendo prevalecer os interesses do menor.

Ao atentar no conflito positivo, é indubitável a existência de direitos fundamentais contrapostos, pois de um lado teríamos a mãe titular que deseja fervorosamente seu filho e o esperou esperançosamente e, de outro lado, a mãe hospedeira, que enfrentou todos os riscos e atribuições que uma gravidez exige²²². Nesse sentido, diante de inexistir lei, a forma para solucionar esses litígios tem sido através da aplicação do atual Código Civil em consonância com a Constituição Federal, observado sempre a prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana²²³, importante inclusive para fins sucessórios.

3.5.1 O princípio do melhor interesse da criança e seus direitos fundamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente

Conforme estabelece o artigo 227 da CF/88, toda criança e adolescente tem o direito à convivência familiar e comunitária. Além disso, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente reforça a importância que essa convivência reflete no desenvolvimento de uma pessoa em formação de sua personalidade²²⁴. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, incorporada no Estatuto da Criança e do Adolescente pelo decreto nº 99710/90, reuniu e definiu os direitos humanos de todas as crianças do mundo, de forma a abranger as múltiplas culturas dos diversos países.

Essa Convenção reconhece como família todo ambiente passível de promover o bem-estar, o crescimento e a proteção dos seus membros, especialmente das crianças. Além disso, seu artigo 7º garante o direito ao nome, à nacionalidade, ao registro de nascimento e o direito de conhecer seus pais e de ser

²²¹ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.52.

²²² MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: Implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*, 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>> Acesso em: 01 set. 2015.

²²³ REINERT, op.cit. p.53.

²²⁴ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.312.

criada por eles²²⁵. Portanto, entende-se que a dignidade do nascituro já estaria preservada desde que tenha sido concebido num ambiente propício para seu desenvolvimento pleno.

Vale ressaltar ainda que as crianças e adolescentes devem ter prioridades absolutas, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 e o artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente e é dever da família, sociedade e do próprio Estado garantir sua integridade física, moral e psíquica para que possam ter um desenvolvimento pessoal saudável. O poder público deve sempre primar pela dignidade da criança e do adolescente, tendo em vista que também são sujeitos de direitos e, por estarem em um processo de formação de suas personalidades, merecem atenção especial.

O que se pode perceber é que as técnicas de reprodução assistida precisam ser vistas com mais atenção por nossos legisladores, pois em virtude da inexistência de legislação específica e adequada sobre o tema, estamos diante de um retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que isso gera insegurança jurídica aos casais que buscam alternativas de terem seus próprios descendentes, deixando-os temerosos. Além disso, como o Judiciário deve obedecer ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, isto é, não pode deixar de prestar sua jurisdição quando é provocado, acaba forçando os juízes a buscarem meios justos de resolverem os conflitos envolvendo a gestação de substituição, sempre observando o melhor interesse da criança.

Maria Helena Diniz preceitua que o direito à integridade mental também está incluído nos direitos da personalidade e, portanto, todas as pessoas devem respeitar o psicológico de um ser humano, seja por meio de tratamentos psicológicos, seja por meio de atos repressivos²²⁶. Os mesmos direitos que uma pessoa adulta possui se aplicam também ao bebê gerado por sub-rogação de útero, com a diferença de que estes terão maior proteção e atenção²²⁷, tendo em vista que se trata de uma pessoa

²²⁵ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318. p.312-313

²²⁶ DINIZ, 2002 apud REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.56

²²⁷ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.56

fragilizada, sem condições de se defender e, por isso, o Estado e a família devem tutelá-lo de forma especial.

Logo, os direitos e o bem estar do infante que será gerado devem ser preservados. Somado a isso, a Lei nº 8069/90 (ECA) reforça ainda mais a proteção especial e total das crianças e adolescentes ao garantir a não violação dos seus direitos para que possam ter um desenvolvimento completo. O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente²²⁸ assegura que todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal também são aplicados a todas as crianças e adolescentes. Portanto, analogicamente, esse dispositivo é aplicado também àqueles oriundos de gestação de substituição, uma vez que o ECA, em seu art. 20, da mesma maneira que o Código Civil, condena qualquer tipo de discriminação no que concerne à filiação.

Tânia da Silva Pereira considera que a proteção integral da criança é a base que direciona e sustenta o ECA. Segundo ela, essa proteção é formada pela trilogia dignidade, respeito e liberdade²²⁹, todos elencados no art. 15 do mesmo diploma legal. A dignidade está ligada à proibição de qualquer tratamento “desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”²³⁰ utilizado contra as crianças e adolescentes como forma de repressão ou educação. O respeito está vinculado à “integridade moral, identidade, imagem, honra, personalidade e legitimidade do menor”²³¹. Por último, a liberdade está relacionada com o desejo do infante e sua possibilidade de escolha.

Diante disso, caso a gestação de substituição contrarie um desses direitos, mesmo que para beneficiar a relação dos contratantes, não poderá ser levada a efeito²³², tendo em vista que o ponto principal a ser destacado e, portanto, priorizado, é o bem estar e a proteção de todos os direitos do bebê e do nascituro,

²²⁸ BRASIL. *Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 02 out 2015.

²²⁹ PEREIRA, 1996 apud REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.58.

²³⁰ BRASIL. *op.cit.*

²³¹ PEREIRA, 1996 apud REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.58.

²³² REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.58.

conforme dispõe a CF/88 e o ECA. Em outras palavras, havendo conflito entre os direitos da criança, mesmo que nascituro, e os dos envolvidos na sub-rogação de útero, deve ser prevalecido os interesses do menor²³³, afirmado pelo art. 6º da Lei nº 8069/90. Portanto, se o melhor para a criança é permanecer com aqueles que, desde antes de seu nascimento, manifestaram a vontade de tê-lo em seu ambiente familiar, bem como de assumir todas as dificuldades que uma filiação exige, então esta será a solução amparada pelo ECA.

O princípio do superior interesse da criança é de extrema relevância na solução de conflitos acerca do útero subrogado, tanto é que, a respeito do registro de nascimento das crianças oriundas dessa técnica, este foi regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, em seu provimento nº 52/2016²³⁴. O que antes só podia ser realizado mediante decisão judicial, hodiernamente é assegurado que o casal idealizador do projeto parental, seja hetero ou homoafetivo, possa registrar em seu nome o filho gerado por ventre alheio, mesmo que o nome da parturiente conste na Declaração de Nascido Vivo, emitida pelo hospital, sendo imprescindível a apresentação frente ao Cartório de termo de consentimento prévio da parturiente, termo de aprovação prévia e termo de consentimento do casal receptor.

De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, o registro condicionado à decisão judicial retirava o direito mais básico de todo cidadão, a certidão de nascimento. Dessa forma, os cartórios não podem mais se recusar a averbar certidão de nascimento de uma criança gerada pela técnica da gestação por substituição.

As novas entidades familiares são importantes tanto para o Estado como para formar a base da sociedade, tendo extrema importância e influência na evolução do ser humano, haja vista sua condição peculiar em desenvolvimento. Hoje, família é aquela capaz de propiciar um ambiente de amor, respeito, afeto e solidariedade, onde todos os seus membros poderão desenvolver suas personalidades e fortalecer suas potencialidades, deixando de ter funções religiosa, econômica e política. Como bem diz João Baptista Villela:

"As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem

²³³ REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015. p.58

²³⁴ CORREGEDORIA regulamenta registro de criança gerada por reprodução assistida. *CNJ*, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>> Acesso em: 19 ago 2016.

como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor."²³⁵

Em regra, a maternidade/paternidade é determinada pela socioafetividade e, portanto, é daqueles que inicialmente desejaram executar o projeto parental. Contudo, nada impede que a criança gerada por uma técnica de reprodução assistida se envolva com alguém ligado biologicamente a ela, como por exemplo, o doador dos gametas ou um irmão biológico²³⁶. Diante desse problema, da mesma forma em que se preserva os dados dos pais biológicos na adoção, estes devem também ser preservados nas clínicas de reprodução assistida para configurar impedimentos com os menores em relação à prática de alguns atos da vida civil²³⁷, como por exemplo, ao casamento e à impossibilidade de adotar o próprio filho biológico.

José de Oliveira Ascensão²³⁸ diz que a vinculação biológica só seria registrada para fins de impedimento ao casamento, mas não seria determinante para estabelecer a parentalidade, pela razão de não haver manifestação da vontade por parte deles, já que a doação de gametas e embriões afasta qualquer tipo de ônus, pessoal e patrimonial, bem como na aquisição de quaisquer responsabilidades que uma filiação exige. Essa interpretação ocorre analogicamente ao art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que rompe qualquer vínculo do menor com seus pais biológicos diante de uma adoção²³⁹. De um lado, tem-se o doador de gametas ou embriões, renunciando todos os direitos e obrigações oriundas da filiação e, de outro

²³⁵ VILLELA, 1994 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.4.

²³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.10

²³⁷ Ibidem. p.11

²³⁸ ASCENSÃO, 1994 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.10.

²³⁹ GAMA, op.cit. p.11

lado, têm-se aqueles que manifestaram expressamente a vontade ao projeto parental e, portanto, já se vinculam ao nascituro²⁴⁰.

3.6 Pesquisa empírica

No intuito de enriquecer o presente trabalho monográfico, especialmente com dados estatísticos, buscou-se realizar uma entrevista com profissionais militantes na área das técnicas de reprodução medicamente assistida. Na oportunidade, a Clínica Fertvida, de Fortaleza/CE, e a empresa Tammuz International Surrogacy, de São Paulo/SP se dispuseram a conceder uma breve entrevista a ser utilizada nessa monografia.

A Dra. Darlete da Clínica Fertvida²⁴¹, uma das responsáveis pelo emprego das técnicas de RA informa que, motivados pela infertilidade conjugal, o número de casais heterossexuais que utilizam a técnica do útero por substituição cresce gradualmente, sendo hoje a média anual de trezentos casos. Em seguida, os casais homoafetivos representam 1% e as pessoas solteiras 2% como beneficiários da maternidade substitutiva.

A clínica, ainda, não realiza o procedimento aos casais que não possuem parentes de até o quarto grau, visto que este é um dos requisitos necessários para que uma mulher possa figurar como cedente do útero, juntamente com a atitude altruísta e boas condições de saúde. Ademais, a bióloga especialista afirma que é irrelevante a existência de um contrato entre os idealizadores do projeto familiar e a cedente do útero, uma vez que eventual contrato cria um liame jurídico apenas entre os pactuantes.

No que diz respeito ao acompanhamento gestacional e psicológico dos envolvidos na gestação por substituição, a Clínica disponibiliza atendimentos psicológicos sempre que houver interesse dos pacientes e o acompanhamento da gravidez é realizado até a visualização do saco gestacional e batimento cardíaco.

De outro lado, a empresa Tammuz, uma das principais agências de “barriga de aluguel”, oferece planos profissionais em clínicas parceiras de países cuja a

²⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015. p.12

²⁴¹ MATOS, Darlete Lima. *Entrevista com a bióloga da Clínica Fertvida responsável pela aplicação das técnicas de RA*, 2016. Entrevista concedida à autora dessa monografia através de e-mail.

onerosidade do útero subrogado é legalmente autorizada, tais como os estados de Connecticut e Califórnia, e Ucrânia.

A gerente Bruna Alves²⁴² informou que os casais heterossexuais são maioria na busca dos serviços da empresa, seguidos pelos casais homoafetivos e pessoas solteiras, todos movidos pela impossibilidade ou contra indicação de engravidar. A empresa, por ser intermediária em todo o processo, apenas apresenta os planos existentes, americano ou ucraniano, disponíveis aos casais que, após a adesão, passam pelo procedimento clínico no país eleito.

Há ainda contrato elaborado entre os beneficiários da técnica com a “mãe de aluguel” cadastrada no banco de dados, contrato elaborado segundo as formalidades e a legislação do país onde ocorrerá o emprego da técnica, determinando o foro de Tel Aviv, país de origem da Tammuz, em caso de eventuais conflitos a serem solucionados.

A empresa ressalta que a mulher só pode se candidatar para ser mãe de aluguel desde que seja solteira ou casada, entre 20 a 35 anos de idade e que já tenham pelo menos um filho. Além disso, essas mulheres passam por uma série de exames médicos a fim de se candidatarem aos programas e, uma vez eleitas, levam uma vida normal em suas casas e passam por acompanhamento médico e psicológico da clínica onde o procedimento foi realizado. A criança é registrada no país onde nasceu e no nome dos pais, não havendo mais nenhuma dificuldade em registrá-la perante a Embaixada ou Consulado Brasileiro, tendo em vista o Provimento nº 52 do CNJ, já descrito nos tópicos anteriores dessa monografia.

As “*surrogates*”, como são chamadas, recebem após o parto cerca de 35 a 45% do valor total do plano aderido pelo casal. O plano americano é destinado a todos os casais e pessoas solteiras e o custo estimado é de \$ 110.000, ao passo que o plano ucraniano varia de \$ 63.000 a 73.000, a depender dos gametas utilizados, e se destina apenas a casais heterossexuais casados.

²⁴² ALVES, Bruna. *Entrevista com a gerente da empresa Tammuz Brasil International Surrogacy*, 2016. Entrevista concedida à autora dessa monografia através de e-mail.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 incumbe ao Estado o dever de proteger a família, independentemente de sua espécie, pois é nela que a dignidade da pessoa humana é criada e desenvolvida. O direito ao planejamento familiar é constitucional e consiste na liberdade de decisão do casal em ter filhos ou não, observado sempre os princípios da dignidade da pessoa humana e o dever do Estado de fornecer recursos para facilitar ou evitar a concepção. Diante disso, o Estado não pode interferir na vida sexual de uma pessoa, obrigando-a ao planejamento familiar e, do mesmo modo, não pode impedir o direito de alguém que queira exercê-lo.

Haja vista o avanço da medicina e da tecnologia, bem como o reconhecimento das novas entidades familiares mediante a socioafetividade entre os membros, foi possível a concretização dos sonhos de famílias de terem seus próprios filhos, tanto que até mesmo o princípio "*mater semper certa est*", de que a mãe é sempre certa, foi relativizado diante da atual possibilidade da gestação de substituição, na qual a mãe portadora (gestante) não será a mãe definitiva da criança. Diante de todas essas situações, o Legislativo não pode se abster e ignorar essa nova realidade, já que houve uma desbiologização da paternidade, tendo em vista que esta não se forma mais pela consanguinidade e sim pela vontade dos titulares do projeto parental.

Conforme exposto no desenvolvimento desta monografia, inúmeros conflitos podem ocorrer ao se submeter à técnica do útero por substituição ante a elaboração de um contrato oneroso, principalmente no que diz respeito a validade desse contrato, vez que desencadeará consequências irreparáveis, tais como a determinação da parentalidade.

Tal situação ganhou extrema relevância no plano internacional, cabendo à Corte da Haia tentar uniformizar as múltiplas decisões tomadas pelos Estados a respeito da "barriga de aluguel", vez que a diversidade de decisões pode trazer prejuízos para a dignidade da criança gerada através dessa técnica.

Alguns Estados, como os Estados Unidos, onde há precedentes, decidiram pelo princípio do superior interesse da criança no momento de se determinar a parentalidade, favorecendo o casal idealizador do projeto parental, vez que estes desejavam o futuro filho desde antes do nascimento, sendo irrelevante o pacto estabelecido entre eles e a mulher cedente do útero.

Nesse sentido, pode-se entender que, ao se deparar com um caso de “barriga de aluguel”, mesmo que eventual contrato elaborado seja considerado inválido, os seus efeitos devem permanecer como forma de assegurar a dignidade da criança, que tem o direito de se desenvolver num ambiente familiar propício a lhe oferecer amor, carinho e afeto. Em que pese haver um embate no ordenamento jurídico brasileiro no sentido de combater a comercialização do corpo, deve-se sopesar a proteção da família e da dignidade da pessoa humana e, primordialmente, o superior interesse da criança gerada através da reprodução artificial.

Apesar das inúmeras divergências a respeito da validade dos contratos onerosos, entende-se que, em nome de uma maior segurança jurídica, aqueles podem ser considerados sob o prisma jurídico, uma vez que o objeto do contrato é a capacidade reprodutiva de terceira e não a própria criança, pois caso se entendesse dessa forma, problemas afetariam a infante e os pretensos pais, já que quaisquer modalidades de contrato de maternidade substitutiva seriam consideradas nulas, sejam gratuitas ou onerosas.

Ademais, a nulidade do contrato oneroso sobre a técnica da gestação por substituição facilitaria fraudes e, conseqüentemente a má-fé, tendo em vista que a arguição de nulidade levaria ao “*status quo ante*”, de modo que tanto a mãe gestora, quanto o casal idealizador poderiam se pautar na nulidade do contrato para se auto beneficiar, seja para permanecer com a criança, seja para não remunerar a “mãe de aluguel”.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Lúcio. *Projeto de Lei nº 90, de 1999*. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm> Acesso em: 15 ago 2016.

_____. *Projeto de Lei nº 90 (substitutivo), de 2001*. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm> Acesso em: 15 ago 2016.

_____. *Projeto de Lei nº 1184 de 03 de junho de 2003*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&file=PL+1184/2003> Acesso em: 15 ago 2016.

ALENCAR, Isadora Caldas Nunes de. A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Unifacs*, n.151, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2452/1798>> Acesso em: 29 jun 2016.

ALVES, Bruna. *Entrevista com a gerente da empresa Tammuz Brasil, 2016*. Entrevista concedida à autora dessa monografia através de e-mail.

ARAÚJO, Nádia de et al. *Gestação de substituição: Regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado, 2015*. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>> Acesso em: 01 set 2016.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: Contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v.6, p. 69-94, out/dez 2015. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume6/ibdcivil_volume_6_doutrina_004_000.pdf> Acesso em 29 jun 2016.

BRASIL. *Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 02 out 2015.

_____. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm> Acesso em: 02 jun 2016.

_____. *Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 abr 2016.

CATELLANI, Maria Albina. Infertilidade conjugal. In: CONCEIÇÃO, José Carlos de Jesus. *Ginecologia Fundamental*. São Paulo: Editora Atheneu, 2005. p.122-126.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Requisitos do negócio jurídico no plano da validade. *Conteúdo Jurídico*. Brasília, 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,requisitos-do-negocio-juridico-no-plano-da-validade,48647.html>> Acesso em: 09 abr 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Os negócios jurídicos. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/awscfgf/curso-de-direito-civil-1-parte-geral-fabio-ulhoa-coelho>> Acesso em: 12 abr 2016. p.630-798.

_____. Contratos gratuitos. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.3. p.234-277.

_____. Contrato de locação. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Contratos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v.3. p. 183-231.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1358/92*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 13 out 2015.

_____. *Resolução nº 1957 de 06 jan de 2011*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 13 out 2015.

_____. *Resolução nº 2013/13*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 02 out 2015.

_____. *Resolução nº 2121 de 24 set de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 13 out 2015.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SAO PAULO, CREMESP. *Home/Bioética*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://cremesp.org.br/?siteAcao=Bioetica&acao=home_cremesp_texto&id=69> Acesso em: 28 mar 2016.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Relatório sobre procriação medicamente assistida (PMA) e gravidez de substituição*. Lisboa, 2012. Disponível em: <<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf>> Acesso em 24 ago 2016.

CORLETA, Helena von Eye; FRAJNDLICH, Renato. *Técnicas de Reprodução Assistida: Bebê de Proveta*, [2001?]. Disponível em: <<https://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/tecnicas-de-reproducao>> Acesso em: 19 mar. 2016

CORREA, Marilena; COSTA, Cristiano. *Reprodução assistida*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/>> Acesso em: 28 mar 2016.

CORREGEDORIA regulamenta registro de criança gerada por reprodução assistida. CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria>>

regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida> Acesso em: 19 ago 2016.

CRUZ, Marjory de Oliveira. *Gestação de substituição por famílias homoafetivas*. 2014. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais FAJS, UniCEUB, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6085/1/21014511.pdf>> Acesso em 02 set 2015. p.51-52

DINIZ, Maria Helena. Negócio jurídico. In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 482–547

D'IPPOLITO, Clarice. Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Jusbrasil*, 2013. Disponível em: <<http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 01 set 2016.

DR. CIVILIZE-SE! *Plano da eficácia*: Elementos acidentais do negócio jurídico, 2012. Disponível em: <<http://www.civilize-se.com/2012/12/plano-da-eficacia-elementos-acidentais.html#.VwwikSROiT8>> Acesso em: 11 abr 2016.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Corte Europeia é ativista ao julgar caso de gestação de substituição. *Conjur*, 13 dez 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-13/observatorio-constitucional-corte-europeia-ativista-julgar-gestacao-substituicao>> Acesso em: 02 set 2016.

FILHO, Juscelino Rezende. *Projeto de Lei nº 115 de 03 de fevereiro de 2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015> Acesso em: 15 ago 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado, 2000. Disponível em: <[http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Acesso em: 30 set 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Da transmissão das obrigações. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado: Parte geral, obrigações, contratos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. p. 543-563.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH). *Projects: Legislative Projects*, 2016. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> Acesso em: 02 set 2016.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. Útero de Aluguel: Prestação de Serviço ou Comércio? In: HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O Direito*

“*in vitro*” da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p.103-112.

LABFERT, Laboratório de fertilidade humana. *Caminhos em direção a fertilidade - Tratamentos*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.labfert.com.br/default.asp?siteAcao=mostraPagina&paginaId=14>> Acesso em: 28 mar 2016.

MANIR, Mônica. Livro traz experiência com barriga de aluguel. *O Estadão*, 2016. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,livro-traz-experiencia-com-barriga-de-aluguel,10000057953>> Acesso em: 24 ago 2016.

MARINHO, Ângela de Souza M.T. Da adoção de técnicas reprodutivas por casais homossexuais e mulheres solteiras. In: MARINHO, Ângela de Souza M.T. *Reprodução humana assistida no Direito Brasileiro: A polêmica instaurada após o Novo Código Civil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010. p. 67-76.

MATOS, Darlete Lima. *Entrevista com a bióloga da Clínica Fertvida responsável pela aplicação das técnicas de RA*, 2016. Entrevista concedida à autora dessa monografia através de e-mail.

MEDICINA REPRODUTIVA. *Inseminação intra-uterina*, 2011. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/inseminacao-intra-uterina/>> Acesso em: 05 abr 2016

MEDICOS NA MIDIA. *Projeto de lei que visa definir as normas de utilização de reprodução assistida no Brasil*, 2016 Disponível em: <<http://medicosnamidia.com.br/tag/reproducao-assistida/>> Acesso em: 11 abr 2016.

MELLO, Patrícia Campos. Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiro. *Folha de S.Paulo*, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml>> Acesso em: 25 ago 2016.

MENDES, Christine Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade: Implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga*, 2006. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>> Acesso em: 01 set. 2015.

MÉXICO estabelece reformas para evitar ser próximo país líder em “barrigas de aluguel”. *O Estadão*, 2016. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,mexico-estabelece-reformas-para-evitar-ser-proximo-pais-lider-em-barrigas-de-aluguel,1854448>> Acesso em: 25 ago 2016.

MONÉGER, Françoise. *Gestation pour autri: Surrogate motherhood. Société de législation comparée*, v.14, 2011. Disponível em: <http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/Colloques_vol_14_sommaire_et_rapport_d_e_synthese.pdf> Acesso em: 29 ago 2016.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança*, 2011. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130422212234.pdf> Acesso em: 09 set 2015.

PACHECO, José da Silva. *Do contrato de doação consoante o novo Código Civil*, 2003. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_da_Silva_pacheco/DocontratodoacaoNCC.pdf> Acesso em 10 maio 2016.

PAIVA, Eleuses. Projeto de Lei nº 4892, de 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012> Acesso em: 15 ago 2016

PODERES REVISTA. Parlamento tailandês proíbe barrigas de aluguel. *Jusbrasil*, 2014. Disponível em: <http://poderesemrevista.jusbrasil.com.br/noticias/153932530/parlamento-tailandes-proibe-barrigas-de-aluguel?ref=topic_feed> Acesso em 25 ago 2016.

REINERT, Jesie. *Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero*. 2006. Monografia (Graduação) – Centro de ciências jurídicas, políticas e sociais, curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Itajaí, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Jesie%20Reinert.pdf>>. Acesso em: 02 out 2015.

SA, Maria de Fátima Freire de. Lei nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997. In: SA, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo – doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 65-83.

SANTOS, Lucas Rodrigues dos. Negócio Jurídico: Plano da existência. *Revista Âmbito Jurídico*, [1998?]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13930&revista_caderno=7> Acesso em: 11 abr 2016.

SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha (org.); VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: Uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.295-318.

SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da Emerj*, v.13, n.52, p. 141-166, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_141.pdf> Acesso em: 30 ago. 2015.

TERRA. *Saúde*, 2014. Disponível em: <<http://doutissima.com.br/2014/04/25/saiba-o-que-e-a-transferencia-de-gametas-intratubaria-gift-e-quais-as-chances-de-engravidar-com-este-procedimento-54185/>> Acesso em: 28 mar 2016

WANDRESEN, Gustavo. *CFM amplia idade para tratamentos de infertilidade*. Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://drgustavowandresen.com.br/infertilidade-conjugal/reproducao-humana/>> Acesso em: 11 abr 2016.

ANEXO A – ENTREVISTA COM A GERENTE DA TAMMUZ BRASIL INTERNATIONAL SURROGACY, BRUNA ALVES

1) Hoje, quantos casais heterossexuais, homoafetivos e quantas pessoas solteiras buscam o procedimento? No caso dos casais heterossexuais, qual o motivo de buscarem?

Nós não divulgamos números exatos, mas no Brasil, a maioria hoje são casais heterossexuais seguidos pelos casais homoafetivos e então, pessoas solteiras. Casais heterossexuais, que não podem ter filhos de forma natural por razões médicas.

2) A empresa funciona apenas como uma intermediária nesse processo? Isso mesmo. A Tammuz existe há 8 anos e durante todo esse tempo estamos atuando em todas as áreas a fim de realizar os sonhos desses futuros pais.

3) Existem dois planos de acordo com o site da empresa que o casal pode escolher, o americano e o ucraniano. Como o contrato será elaborado? Como se dará a parte jurídica? Em caso de litígio, qual o foro eleito para saná-lo? O contrato é elaborado seguindo as leis e normas do processo de cada país que o processo é legalizado. O foro responsável está localizado em Tel Aviv, Israel (país de origem da Tammuz).

4) Como é feita a certidão de nascimento? O casal deve registrar o bebê no país em que o procedimento foi realizado ou poderá registrá-lo também no Brasil sem problemas? Encontra-se dificuldades em registrar a criança oriunda da “barriga de aluguel” no Brasil?

A certidão de nascimento é emitida no país onde a criança nasce e no nome dos futuros pais (o nome da *surrogate* não aparece na certidão de nascimento do bebê). Não, a nossa legislação não cria essa dificuldade (<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>)

5) A empresa Tammuz possui um banco de mães de aluguel ou isso cabe aos países com quem tem vínculo?

Nós possuímos agências parceiras que atuam dentro do time da Tammuz, mas não é um banco de surrogates, pois é preciso que elas passem por uma série de exames físicos e psicológicos para serem aceitas no programa como candidatas.

6) A retirada do passaporte brasileiro para o bebê é fácil? Há necessidade de ingressar com alguma ação na justiça brasileira ou internacional? Até o presente momento, não há essa necessidade. Pede-se um prazo de 3 a 4 semanas para a emissão do passaporte do bebê na embaixada brasileira.

7) A empresa possui conhecimento de algum caso em que houve algum problema para o casal ou ao bebê? Ex: a mãe de aluguel não quis entregar a criança, o bebê se tornou apátrida (sem nacionalidade), os pais não conseguiram registrar o bebê no Brasil/Consulado brasileiro etc? Como o caso foi resolvido e em qual fórum? Não.

8) Os gametas utilizados são o do casal?

Sim, mas também podem ser de um banco de doadores (os óvulos nunca serão da gestante [*surrogate*]).

9) Onde é feita a coleta dos gametas (no Brasil ou no país onde será realizado o procedimento)? Se a coleta puder ser feita no Brasil, como ocorre a transferência dos gametas fecundados para que haja implantação no útero da mãe de aluguel? Nenhuma etapa do processo é realizada no Brasil.

10) Qual o perfil das mães de aluguel?

As *surrogates* são mulheres casadas ou solteiras, entre 20 - 35 anos e que já tenham pelo menos um filho(a).

11) Qual é o investimento para se submeter ao procedimento? As mães de aluguel ficam com alguma porcentagem sobre o valor?

O investimento dependerá do tipo de plano que o casal escolher, mas você poderá encontrar no nosso site: www.tammuz.com/por. Claro, a *surrogate* recebe cerca de 35/45% do valor total do plano.

**ANEXO B – ENTREVISTA COM A BIÓLOGA DA CLÍNICA FERTVIDA DRA.
DARLETE LIMA MATOS, CRBio 67097/05D**

1) Hoje, quantos casais heterossexuais, quantos casais homoafetivos e quantas pessoas solteiras buscam o procedimento? (uma estimativa). No caso dos casais heterossexuais, qual o motivo da procura?

Heterossexuais média anual de 300 casos; Homoafetivos média anual de 1%;
Pessoas solteiras 2%

Motivo da procura: infertilidade conjugal a mais de 1 ano de tentativas sem método contraceptivo.

2) A clínica se baseia em alguma resolução?

Existem várias resoluções que nos orientam da montagem do laboratório, funcionamento, regras para funcionamento, número, condutas e etc.

3) Se o casal não tiver parentes dispostos a se submeter ao procedimento de cessão do útero, como é feito?

Não é realizado.

4) Os gametas são colhidos do próprio casal?

Sim

5) Como é o procedimento da gestação por substituição?

A fertilização é realizada com os gametas do casal e a transferência do embrião será feito para o útero da pessoa indicada pelo casal.

6) O casal e a cedente do útero elaboram algum tipo de contrato antes de realizar o procedimento? Se sim, os médicos avaliam esse contrato antes de realizar a técnica?

A clínica não tem conhecimento se existe contrato entre as partes envolvidas.

7) Já tiveram conhecimento de algum problema entre os envolvidos na gestação por substituição? (ex: a mãe hospedeira não quis entregar o bebê).

Não

8) Se o contrato elaborado prever o pagamento de uma certa quantia à cedente do útero, a clínica realiza da mesma maneira o procedimento?

Não

9) Até que momento a clínica acompanha o casal e a mulher gestante?

Acompanhamos até a visualização do saco gestacional e batimento cardíaco, tempo igual aos demais pacientes em tratamento.

10) Há algum tipo de acompanhamento psicológico antes, durante e depois do procedimento? Se sim, a própria clínica oferece?

A clínica oferece apoio psicológico para todas as pacientes que tenham interesse.

11) Quantas vezes uma mesma pessoa pode ser cedente de útero?

Não acontece.

12) Quais os requisitos para que uma mulher possa figurar como cedente do útero?
Boas condições de saúde, parentesco com um dos cônjuges e não deve ter fins lucrativos.

ANEXO C – PROJETO DE LEI Nº 115/2015**PROJETO DE LEI No , DE 2015****(do Sr. Juscelino Rezende Filho)**

Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

O Congresso Nacional decreta:

Título I Disposições Gerais**Capítulo I – Do Objeto**

Art. 1º - Esta Lei institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

Art. 2º - Reprodução Humana Assistida é aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez.

Art. 3º As técnicas de Reprodução Humana Assistida que apresentam a acreditação científica relacionada no artigo anterior são:

I – Inseminação Artificial;

II – Fertilização in vitro;

III – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide;

IV – Transferência de embriões, gametas ou zigotos;

§ 1º As técnicas acima elencadas não excluem outras que objetivem a facilitação da reprodução humana, desde que não contrariem normas éticas e diretrizes do Conselho Federal de Medicina.

§ 2º Dá-se o nome de homóloga à técnica que emprega material genético dos próprios genitores para a concepção. Tem a nomenclatura de heteróloga a técnica que utiliza o material genético de pelo menos um terceiro, seja óvulo ou espermatozoide.

Art. 4º O Diagnóstico pré-implantacional de embriões tem como objetivo avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias graves a fim de tratá-las ou impedir sua transmissão.

§ 1º O Diagnóstico pré-implantacional e toda e qualquer intervenção sobre embriões in vitro somente serão realizados com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório

o consentimento informado do casal ou pessoa que se submete às técnicas reprodutivas.

§ 2o Os procedimentos diagnósticos dirigidos a avaliar a capacidade reprodutiva e a viabilidade da fertilização e/ou implantação que envolvam manipulação de gametas ou embriões são submetidos às disposições deste Estatuto.

§ 3o O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de 14 (quatorze) dias.

Art. 5o As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade.

Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave.

Capítulo II – Das Práticas Vedadas

Art. 6o Os médicos não podem fazer uso das técnicas reprodutivas para os seguintes objetivos:

I – Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a da procriação humana;

II - Criar seres humanos geneticamente modificados;

III – Criar embriões para investigação de qualquer natureza;

IV – Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras;

V – Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

§ 1o A escolha de qualquer característica biológica do futuro filho será excepcionalmente permitida para evitar doenças ligadas ao sexo daquele que virá a nascer.

§ 2o Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

§ 3o É vedada a prática de “Confusão na Inseminação ou Fertilização Artificiais” na qual são misturados o material genético de um dos pretendidos genitores e o material genético de doador para suscitar dúvida quanto à origem biológica do ser concebido.

Capítulo III – Da Proteção Principiológica

Art. 7o A aplicação e utilização das técnicas médicas de reprodução humana obedecerão aos seguintes princípios: I – Respeito à vida humana; II - Serenidade Familiar; III – Igualdade; IV – Dignidade da pessoa humana; V - Superior interesse do menor; VI – Paternidade responsável; VII – Liberdade de planejamento familiar; VIII – Proteção integral da família; IX – Autonomia da vontade; X – Boa-fé objetiva; XI – Transparência; XII – Subsidiariedade.

Art. 8o O tratamento será indicado quando houver possibilidade razoável de êxito, não representar risco grave para a saúde física ou psíquica dos envolvidos, incluindo a descendência, e desde que haja prévia aceitação livre e consciente de sua aplicação por parte dos envolvidos que deverão ser anterior e devidamente informados de sua possibilidade de êxito, assim como seus riscos e condições de aplicação.

Capítulo IV – Da Doação de Gametas

Art. 9o É lícita a doação de sêmen ou gametas sem fins lucrativos ou comerciais.

Art. 10. O doador deve ser maior de 18 anos, capaz e concordar expressamente com a doação, após ser informado sobre o destino de seu material e as implicações de seu ato.

Art. 11. O doador deverá concordar em se submeter a uma avaliação médico-laboratorial incluindo testes para doenças infectocontagiosas e repeti-los, num prazo nunca inferior a seis meses, após a última coleta, para a liberação do material doado.

Parágrafo único. Em caso de resultado positivo para alguma doença infectocontagiosa, o material será descartado e o Banco de Células e Tecidos Germinativos deverá comunicar imediatamente o fato ao doador e encaminhá-lo a um serviço de assistência especializada.

Art. 12. O sêmen ou oócito doado somente será liberado para a utilização após a repetição dos exames com resultados negativos para quaisquer doenças. Art. 13.

Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação civil do doador ou receptor.

Art. 14. É assegurado às autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros

médicos para fins de inspeção e investigação, incumbindo-lhes observar rigorosamente o dever de sigilo.

Art. 15. Caberá à Agência Nacional de Vigilância Sanitária dispor sobre os exames que deverão ser realizados pelos eventuais doadores, bem como sobre quais são as características que impedirão a doação.

Art. 16. A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico responsável pelo tratamento e deverá garantir, sempre que possível, que o doador tenha semelhança fenotípica, imunológica e a máxima compatibilidade com os receptores.

Art. 17. Cada doador poderá ter seu material utilizado em uma única gestação de criança no Estado da localização da unidade.

§ 1o O registro do nascimento de criança com material genético doado será enviado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões para que disponibilize a informação a todos os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, a fim de impedir nova fertilização ou inseminação com o mesmo material no Estado em que já foi utilizado.

§ 2o Para garantir que duas gestações não aconteçam simultaneamente com o material de um mesmo doador, a unidade médica, antes de realizar o procedimento de reprodução assistida, consultará o SisEmbryo e comunicará a escolha do gameta selecionado, a fim de obter a autorização para o uso do material genético doado em procedimento médico indicado.

Art. 18. O SisEmbryo manterá arquivo atualizado, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida com utilização de material de doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais em razão de verificação de impedimentos em processo de habilitação para casamento.

Parágrafo único. O arquivo das informações acima descritas é perene.

Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

Art. 20. Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou

serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham, participar como doador nos programas de doação para reprodução assistida.

Capítulo V – Da Cessão Temporária de Útero

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.

Art. 22. A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação.

Art. 23. A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2o. Grau.

Parágrafo único. Excepcionalmente e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina. Art. 24. Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação.

Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer.

Art. 25. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Art. 26. Para que seja lavrado o assento de nascimento da criança nascida em gestação de substituição, será levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais o pacto de substituição homologado, juntamente com a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, declaração do médico responsável pelo tratamento descrevendo a técnica empregada e o termo de consentimento médico informado.

Capítulo VI – Da Criopreservação de Gametas ou Embriões

Art. 27. É permitido o congelamento de óvulos e espermatozoides pelas Clínicas, centros médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida, cadastrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Art. 28. É vedada a produção de embriões supranumerários, entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher.

Art. 29. O número de embriões a serem transferidos para a receptora será de:

I – até dois embriões, em mulheres com até 35 anos;

II – até três embriões, em mulheres entre 36 e 39 anos;

III – até quatro embriões, em mulheres com 40 anos ou mais.

Art. 30. Em caráter excepcional, caso haja a indicação médica de não se transferir imediatamente os embriões para a receptora, eles poderão ser criopreservados.

Art. 31. No momento da criopreservação, a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva, juntamente com seu cônjuge ou companheiro, deve expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de rompimento da sociedade conjugal, união estável, doença grave ou falecimento de um deles ou ambos ou em virtude de desistência, por qualquer motivo, do tratamento proposto.

Art. 32. Os destinos possíveis a serem dados aos embriões criopreservados são a implantação pelo(s) beneficiário(s), entrega para a adoção ou envio para pesquisa científica.

§ 1º Caso a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva seja casada ou viva em união estável, obrigatoriamente a escolha do destino do embrião deverá ser tomada em conjunto pelo casal.

§ 2º As pessoas que tem embriões criopreservados na data de entrada em vigor deste Estatuto terão o prazo de 1 (um) ano, contado a partir da vigência desta Lei, para cumprirem integralmente o disposto no artigo 31, se já não o fizeram. Art. 33. Os embriões não serão, em qualquer hipótese, descartados.

Art. 34. A adoção de embriões seguirá as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que couberem e não contrariarem o presente Estatuto. Parágrafo único. Para atender os fins propostos neste artigo, será criado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da entrada em vigor desta lei, pelo Conselho Nacional de Reprodução Assistida, um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões.

Capítulo VII – Reprodução Assistida Post Mortem

Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário.

Capítulo VIII - Consentimento Informado e Manifestação Conjugal

Art. 37. Para todo e qualquer procedimento de reprodução assistida é necessária assinatura de todos os envolvidos no termo de consentimento informado que será apresentado pelo médico responsável pelo tratamento.

Art. 38. A assinatura do termo será precedida de todas as informações necessárias para propiciar o esclarecimento necessário para garantir a liberdade de escolha de adesão ou não ao tratamento e quanto à opção por qualquer das técnicas médicas indicadas.

Parágrafo único. As informações quanto aos riscos conhecidos do procedimento de reprodução assistida escolhido serão fornecidas por escrito, juntamente com suas implicações éticas, sociais e jurídicas, em documento aprovado pelo Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 39. No termo de consentimento médico informado, se os pacientes forem casados ou viverem em união estável, será necessária a manifestação do cônjuge ou companheiro, concordando expressamente com o procedimento médico indicado, com uso ou não de material doado, e, em especial, definindo o destino a ser dado ao material genético eventualmente criopreservado.

TÍTULO II

Da Tutela Civil Capítulo I – Das Partes

Art. 40. Pode se submeter ao tratamento de reprodução humana assistida qualquer pessoa maior de 18 anos, capaz que, mediante manifestação inequívoca de sua vontade e por indicação médica, deseje ter um filho.

Art. 41. A aplicação das técnicas de reprodução assistida somente pode ser realizada por médico registrado no Conselho Regional de Medicina com área de atuação em reprodução humana e devidamente cadastrado para a atividade junto ao Cadastro Nacional de Bancos e Células e Tecidos Germinativos, vinculado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões.

Capítulo II – Direitos e Deveres

Art. 42. A relação médico-paciente na reprodução assistida tem como objetivo a assistência médica terapêutica com a finalidade de facilitar e viabilizar a reprodução humana para gerar uma vida.

Art. 43. Para garantir a transparência e conhecimento do tratamento em todas as suas fases, são direitos dos pacientes:

I – direito à informação e à liberdade de escolha das técnicas reprodutivas, após conhecimento de seus riscos e implicações;

II – direito de acesso a todas as informações quanto à habilitação do médico e da clínica ou hospital que lhe presta esse serviço de saúde;

III – direito à informação quanto a todas as implicações jurídicas do tratamento ao qual pretende se submeter, incluindo a possibilidade de haver embriões excedentários e a necessidade de determinar seu destino, após ter ocorrido o sucesso ou não com o procedimento escolhido;

IV – direito à informação sobre as etapas do tratamento, com acompanhamento claro e preciso de todas as suas fases;

V – direito ao acompanhamento psicológico, prestado por profissional habilitado, disponibilizado pelo médico, clínica ou hospital, antes, durante e após o tratamento.

Art. 44. A fim de assegurar a correta indicação e utilização do tratamento, são deveres do paciente:

I – dever de fornecer todas as informações sobre sua saúde, não omitindo qualquer uma, por mais irrelevante que possa parecer, sob pena de trazer complicações ao tratamento;

II – dever de cumprir estritamente todas as recomendações médicas, necessárias para o resultado satisfatório da técnica empregada;

III – dever de prestar seu consentimento, por escrito, em que será confirmada a concordância quanto à aplicação do procedimento reprodutivo;

IV – dever de indicar o destino a ser dado aos possíveis embriões excedentários, em caso de morte, rompimento conjugal ou de união estável ou de desinteresse em prosseguir com a implantação do embrião.

Art. 45. O médico habilitado para aplicar as técnicas reprodutivas terá:

I - o dever de agir com lealdade e respeito, tanto em relação ao paciente, quanto com relação às vidas em concepção;

II - o dever de empregar todo o conhecimento técnico necessário para a boa consecução dos fins almejados na reprodução;

III - o dever de prestar todas as informações necessárias com relação ao procedimento empregado, em especial, quanto aos riscos dele derivados;

IV - o dever de manter os registros médicos atualizados e adequadamente arquivados nos órgãos competentes;

V - o dever de manter a confidencialidade das informações e da identidade dos envolvidos no procedimento de assistência a reprodução.

Art. 46. São direitos do médico que aplicar as técnicas reprodutivas:

I - o de ser informados sobre toda as questões relacionadas à saúde de seus pacientes;

II - o de acompanhar o desenvolvimento da gestação;

III - o de ser informado sobre qualquer intercorrência que possa ocorrer durante o tratamento.

Capítulo III – Da Presunção de Filiação

Art. 47. O filho nascido da utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida é presumidamente filho dos cônjuges ou companheiros que a ela se submeteram.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, o assento de nascimento junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais conterá dados dos quais se possam inferir o caráter da geração.

Art. 48. Nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste Estatuto.

Art. 49. Em caso de filiação post mortem, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos oriundos de uma relação paterno-filial, observados os limites e exigências impostos por esta Lei.

Capítulo IV – Das Ações de Investigação de Vínculo Biológico e Negatória de Paternidade

Art. 50. A ação de investigação de origem biológica é permitida nos limites previstos no artigo 19 deste Estatuto.

Parágrafo único. Do conhecimento judicial do liame biológico entre o doador de gametas e o nascido com seu material genético não será estabelecido o vínculo de filiação e não decorrerá qualquer direito pessoal ou patrimonial ou dever oriundo do vínculo paterno-filial.

Art. 51. A ação negatória de paternidade será permitida nas hipóteses de erro de consentimento quanto à utilização da inseminação ou fertilização heteróloga ou em caso de fraude em razão de infidelidade do outro genitor, tanto na modalidade homóloga quanto na heteróloga.

Parágrafo único. Nos casos acima previstos, caberá à mulher igual direito. Art. 52. A ação negatória também será permitida se houver fundada suspeita de que não foi aplicada pelo médico a técnica escolhida no termo de consentimento informado.

Parágrafo único. Nesta hipótese, a sentença que reconhecer o erro médico não desconstituirá o vínculo paterno-filial existente.

Capítulo V – Do Sistema de Responsabilização

Art. 53. A relação médico-paciente na reprodução assistida tem como objeto a assistência médica terapêutica com a finalidade de facilitar e viabilizar a reprodução humana para gerar uma vida.

Parágrafo único. Nenhuma finalidade, senão a acima descrita, poderá ser perseguida por qualquer uma das partes, nos moldes dos artigos 5o e 6o da presente Lei.

Art. 54. O médico que conduzir o tratamento de reprodução humana assistida utilizando uma de suas técnicas responderá, civil e criminalmente, por ato que viole os deveres contratuais estabelecidos entre as partes ou que, de qualquer outra forma, desrespeite os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva ou da autonomia da vontade.

Art. 55. O médico responderá pelas faltas legais ou morais cometidas no exercício de sua atividade.

Parágrafo único. Em casos excepcionais, a critério do juiz, diante da vulnerabilidade e hipossuficiência dos pacientes envolvidos no tratamento reprodutivo, poder-se-á inverter o ônus da prova.

Art. 56. As clínicas, centros médicos, hospitais ou qualquer outro estabelecimento que disponibilize serviços médicos de reprodução assistida responderão objetivamente pelo serviço viciado ou defeituoso prestados aos pacientes.

§ 1o Considera-se defeito na prestação de serviços prática que coloque em risco a vida ou cause prejuízos à saúde dos pacientes e não ofereça a estes a segurança que deles se espera.

§ 2o Considera-se vício na prestação de serviços aquele que é prestado de forma imprópria, inadequada ou que não apresente informações suficientes sobre seus procedimentos e riscos.

Art. 57. As clínicas, hospitais, centros ou unidades médicas que aplicam técnicas de reprodução assistida são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para pacientes submetidos às técnicas reprodutivas, obrigando-se a manter:

I - um registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de reprodução assistida aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

II - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de reprodução assistida, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças. Parágrafo único. Em cada unidade de médica, haverá um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

Capítulo VI – Dos Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida

Art. 58. Todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente, nos termos do artigo 227, § 6.o da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação. Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1o As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2o Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão

provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

TÍTULO III – DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

Capítulo I – Do Sistema Nacional de Reprodução Assistida

Art. 60. O Sistema Nacional de Reprodução Assistida, vinculado ao Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária compreende o BCTG – Banco de Células e Tecidos Germinativos, o SisEmbrião – Sistema Nacional de Produção de Embriões e o Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 61. Compete aos BCTGs a seleção de doadores de gametas, coleta, transporte, registro, processamento, armazenagem e liberação do referido material para uso terapêutico do próprio doador ou terceiros.

Parágrafo único. É de competência, ainda, dos BCTGs a garantia da qualidade do processo de conservação dos tecidos e células que estejam sob a sua responsabilidade e o fornecimento ao médico do paciente de todas as informações necessárias a respeito da amostra a ser utilizada.

Art. 62. É condição de funcionamento do Banco de Células e Tecidos Germinativos ser vinculado, formalmente, a um estabelecimento de saúde especializado em reprodução humana e legalmente estabelecido.

Art. 63. Para funcionar os BCTGs dependerão de licença emitida pelo Órgão de Vigilância Sanitária e de Sistema de Garantia de Qualidade aprovado por Instituição de Acreditação.

Art. 64. Compete ao SisEmbrião - Sistema Nacional de Produção de Embriões:
I - a reunião e consolidação de todas as informações, em âmbito nacional, fornecidas pelos Bancos de Células e Tecidos Germinativos, relativas à produção de Embriões Humanos.

II - a manutenção de arquivo perene do registro de nascimento de criança com material genético doado, disponibilizando a informação aos BCTGs, para impedir fertilização ou inseminação com material genético de doador que já foi utilizado no Estado da unidade médica.

III – receber a comunicação de escolha de gameta de doador (a) em procedimento de reprodução assistida e autorizar seu uso.

IV - manter arquivo atualizado e perene, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida com utilização de material de doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Art. 65. Competirá à Agência Nacional de Vigilância Sanitária a regulamentação dos procedimentos e das normas técnicas para o funcionamento dos BCTGs e do SisEmbrio.

Art. 66. É criado o Conselho Nacional de Reprodução Assistida – CNRA, vinculado ao Ministério da Saúde, ao qual compete pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais decorrentes da Reprodução Assistida.

Art. 67. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida é um órgão colegiado, de caráter permanente e consultivo, dirigido a assessorar e orientar sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, a contribuir com a difusão dos conhecimentos científicos e técnicos nesta matéria, assim como com a elaboração de critérios funcionais e estruturais dos centros onde as técnicas se realizam.

Art. 68. São atribuições do CNRA – Conselho Nacional de Reprodução Assistida, dentre outras:

I – Contribuir para a divulgação das técnicas de reprodução humana disponíveis e para o debate acerca das suas aplicabilidades;

II - Atualizar a informação científica sobre a procriação medicamente assistida e sobre as técnicas reguladas pela presente legislação;

III - Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização;

IV - Dar parecer sobre a constituição de bancos de células germinativas, bem como sobre o destino do material biológico resultante dos referidos bancos;

V – Viabilizar a criação do Cadastro Nacional de Adoção de Embriões, acompanhando o seu funcionamento;

VI - Acompanhar a atividade dos centros onde são aplicadas as técnicas de reprodução assistida e/ou criopreservação de embriões ou gametas, fiscalizando o cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes;

VII - Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de Reprodução Assistida prestam o seu consentimento;

VIII – Dar parecer sobre as condições necessárias à disponibilização das técnicas de Reprodução Assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde.

IX – Receber e avaliar os relatórios anuais das unidades médicas de reprodução assistida.

Art. 69. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida será composto por treze personalidades de reconhecido mérito que garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e legais da Reprodução Assistida.

Art. 70. Os membros do Conselho Nacional de Reprodução são designados da seguinte forma: I - Quatro profissionais da área da Saúde, indicados pelo Ministério da Saúde; II - Cinco médicos que atuem com Reprodução Humana, indicados pelo Conselho Federal de Medicina; III - Quatro advogados com comprovada especialidade em reprodução assistida, indicados pelo Conselho Federal da OAB.

Parágrafo único. O mandato dos membros do Conselho é de três anos, sendo permitido cumprir um ou mais mandatos.

Art. 71. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida apresentará ao Ministério da Saúde um Relatório Anual sobre as suas atividades, formulando as recomendações para o aperfeiçoamento da aplicação e utilização das técnicas médicas reprodutivas.

Parágrafo único. O Conselho funcionará no âmbito do Ministério da Saúde que assegurará o apoio técnico e administrativo necessários ao seu funcionamento.

Art. 72. O Conselho estabelecerá em Regulamento Interno a disciplina do seu funcionamento.

Art. 73. Todas as entidades públicas, sociais e privadas, têm o dever de prestar a colaboração solicitada pelo Conselho de Reprodução Assistida.

Capítulo II – Das Sanções Administrativas

Art. 74. O não cadastramento do Banco de Células e Tecidos Germinativos junto ao Sistema Nacional de Produção de Embriões ou o desrespeito a qualquer um dos procedimentos técnicos previstos nas resoluções emanadas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária configurará infração sanitária, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977.

Parágrafo único. As penalidades por infração sanitária não excluem as sanções de natureza civil, penal e as definidas em normas específicas.

Art. 75. A fiscalização, no âmbito administrativo, é de responsabilidade do

Ministério da Saúde, através de Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

TÍTULO IV – DAS INFRAÇÕES CRIMINAIS

Art. 76. Constituem crimes contra as relações de assistência médica à reprodução humana e seus beneficiários, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Art. 77. Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não o da procriação humana.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 78. Criar embriões para investigação de qualquer natureza.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 79. Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 80. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação sem finalidade de terapia gênica da descendência.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 81. Misturar o material genético de duas ou mais pessoas causando a confusão na origem biológica do ser concebido por técnica de reprodução assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 82. Criar seres humanos geneticamente modificados ou clones.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 83. Praticar a redução embrionária.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 84. Praticar ato que resulte na destruição de embriões humanos, excetuados os casos permitidos em lei.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 85. Descartar embriões humanos.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 86. Cobrar qualquer espécie de remuneração para a cessão temporária de útero.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem viabiliza ou facilita, com fins lucrativos, o contato entre quem concedeu o útero e a pessoa que busca a descendência.

Art. 87. Comprar ou vender gametas ou quaisquer outras células germinativas. Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Art. 88. Aplicar as técnicas terapêuticas de reprodução assistida fora dos casos de terapia contra a infertilidade e/ou esterilidade ou para evitar a transmissão de doença genética grave dos pais à sua descendência.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 89. Aplicar as técnicas de reprodução assistida sem habilitação profissional ou autorização legal.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 90. Produzir embriões que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher, nos termos do artigo 29 desta lei.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 91. Destinar embrião criopreservado à finalidade não prevista no artigo 32 deste Estatuto.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 92. Proceder à aplicação de qualquer técnica de reprodução assistida sem a concordância manifestada expressamente por todos os envolvidos e beneficiários no termo de consentimento informado.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 93. Utilizar, de forma fraudulenta ou enganosa, material genético de pessoa que não concordou expressamente com a doação.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 94. Utilizar material genético de doador (a) sem a autorização manifestada expressamente em documento de consentimento livre e esclarecido dos beneficiários que se submetem às técnicas médicas reprodutivas.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 95. Utilizar material genético de pessoa falecida sem que exista documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 96. Aplicar técnicas de reprodução assistida em estabelecimento assistencial de saúde não credenciado ao Sistema Nacional de Reprodução Assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 97. Utilizar material genético de doador (a) em mais de uma gestação no Estado de localização da unidade.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Art. 98. Liberar o uso ou utilizar material genético doado sem avaliação médico-laboratorial negativa para doenças infecto-contagiosas.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas aquele que liberar para utilização sêmen ou oócito doado antes da repetição dos exames com resultados negativos para quaisquer doenças infecto-contagiosas, nos termos dos artigos 11 e 12 do presente Estatuto.

Art. 99. Violar o sigilo quanto ao procedimento utilizado ou identidade dos envolvidos, sejam doadores ou beneficiários, no tratamento de reprodução assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem divulgar ou facilitar a divulgação de informação que desrespeite o sigilo garantido a doadores e receptores de material genético, permitindo suas identificações.

Art. 100. Participar como doador nos programas de doação para reprodução assistida sendo pessoa responsável pela unidade médica ou integrante da equipe multidisciplinar a ela vinculada.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

TÍTULO V – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 101. Serão atribuídos aos genitores que utilizam qualquer uma das técnicas de reprodução assistida os mesmos benefícios previdenciários ou trabalhistas garantidos aos genitores que concebem naturalmente ou por adoção.

Art. 102. O recurso às técnicas de Reprodução Assistida no âmbito da rede do Sistema Único de Saúde é suportado nas condições que vierem a ser definidas em diploma próprio, tendo em conta o parecer do Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 103. Qualquer atividade de publicidade ou promoção por parte das unidades médicas autorizadas que incentive a doação de células ou tecidos germinativos deverá respeitar o caráter altruísta daquela, não podendo, em caso algum, estimular a doação mediante oferta de compensações ou benefícios econômicos.

Parágrafo único. A mesma regra se aplica ao pacto de gestação de substituição.

Art. 104. O embrião pode ser fideicomissário em substituição testamentária, figurando como exceção à regra da concepção prevista no art. 1.952 do Código Civil de 2002.

Art. 105. Nos casos em que houver dúvidas do magistrado quanto a eventuais questões não reguladas pelo presente Estatuto, o Respeito à Vida Humana e o Superior Interesse do Menor constituirão princípios guias de regulação da matéria.

Art. 106. Este Estatuto entra em vigor noventa dias após sua publicação.