

## POSSIBILIDADE JURIDICA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Julia Ferrari PILLA<sup>1</sup>  
Daniel Oliveira de BARROS<sup>2</sup>

**RESUMO:** Busca-se através desse artigo abordar os novos conceitos jurídicos civis em relação à maternidade e paternidade em face da gestação substituta. Com o passar do tempo vários valores foram sendo assimilados, desde a concepção da sociedade moderna, a evolução dos Direitos Fundamentais, até o atual conceito de Família e Filiação, na qual é muito importante e vem sendo muito discutido em relação aos direitos e garantias concedidos aos *pater*, *mater* e *filius* jurídicos. Desse modo, versaremos sobre os avanços conquistados com o advento da evolução legislativa em consonância com a constante evolução social humana, que vem cada vez mais, tornando-se necessária de uma adequação jurídica. Dentre tantos, o *Juris Dictum* que pretendemos analisar busca uma explanação sobre o tema e seus novos conceitos, sua evolução, suas ramificações, considerações históricas, pretendendo esclarecer e acrescentar o grande debate e estudo.

**Palavras-chave:** Filiação. Gestação substituta. Paternidade/maternidade. Direito comparado. Reprodução humana assistida.

### 1 INTRODUÇÃO

Consideramos o Direito como um método histórico-evolutivo, e, por suposto, sua constante necessidade de se redescobrir, reinventar, de atribuir ao dever ser Kantiano uma modernização. Esta, atrelada a conjuntura social que condiciona uma eterna necessidade do homem em conjunto com seus iguais, buscar sua evolução através da socialização (esta que não é inerte e sim constante, mutável e inquieta) qual afeta direta ou indiretamente o meio jurídico como um todo.

*A priori* é de fundamental relevância, visando um breve esclarecimento do tema, voltar a uma das auroras do direito. A evolução histórico-social supracitada teve como um de seus muitos desdobramentos, o desabrochar dos Direitos Fundamentais, encontrados hoje, no art. 5º da nossa ilustríssima Magna Carta, considerados clausulas pétreas, haja vista sua importância de pleonástica

---

<sup>1</sup> Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: juliapilla@terra.com.br.

<sup>2</sup> Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: danivinibarros@hotmail.com.

nomenclatura. De igual forma, vamos observar, que esta crescente evolução, não se faz acompanhada pelo nosso ordenamento jurídico, motivo este pelo qual observaremos, que a gestação por outrem, carece de previsão legal, tendo que se utilizar da analogia e os princípios gerais do direito para eventuais lacunas normativas.

Atualmente obtivemos 5 dimensões, sucessivamente chamadas de Liberdade, Igualdade, Fraternidade, Globalização e conseqüentemente o Bio-direito. Este terminativo, o de maior acréscimo ao tema abordado na Pesquisa Científica, e, neste tocante, o de maior aprofundamento nos tópicos a seguir, margeará e pincelará o vislumbre do final tema buscado, qual seria, a sua implicação nas análises jurídicas a respeito da filiação e gestação.

Por fim, busca-se diluir não somente a questão à cerca da coexistência biológica e sociafetiva da filiação, mas também, uma análise jurídica e bioética a respeito do útero por substituição, para efeitos de comparação, a maneira como o referido tema é estudado internacionalmente, finalizando, demonstrando a questão contratual, de finda importância ao artigo.

## **2 DA FILIAÇÃO**

A fim de uma melhor compreensão sobre o apresentado estudo, é de suma importância, uma sucinta explanação, como bem pondera nosso caríssimo professor Silvio Rodrigues, a respeito de Filiação, consoante à Maria Helena Diniz:

“Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou que a receberam como se as tivessem gerado” (RODRIGUES, 2002, p. 321).

“É o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida. Nem sempre esse liame decorre de união sexual, pois pode provir: a) de inseminação artificial homóloga (CC, art. 1.597, III) ou heteróloga (com autorização do marido (CC, art. 1.597, IV) e b) de fertilização in vitro.” (DINIZ, 2002, p. 478)

Como bem elencado acima, filiação poderia, de forma breve, ser vista como uma relação de consanguinidade entre o que gera e o que é gerado. Não mais, este conceito, mudara de acordo com as legislações vigentes.

Se formos observar o ordenamento jurídico antecedente ao do atual de 1988, como o do Código Civil de 1916, o filho havido fora do casamento, não era possuidor de direitos e deveres ante a legislação. Sobrevindo a posterior Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, observaram-se mudanças, desta forma, os filhos fora da relação matrimonial eram reconhecidos, mas tão somente, após comprovado judicialmente o divórcio. Atualmente em relação à presunção da maternidade e paternidade, o nosso Código Civil atual, possui no seu art. 1597 caput e incisos que seguem:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Observa-se que já não condiz com os dias atuais esse conceito posto, a realidade da constituição de família mudou. Os direitos e deveres atinentes a filiação estão se vendo expandidos, aliados a evolução social qual atrelada ao próprio Direito.

Advindo esta nova concepção do citado instituto, sobrevieram novas espécies no tocante ao conceito originário da Filiação. Dentre elas, Civil ou Registral; por Afinidade; e as que mais nos importam, quais seriam: a Biológica ou Natural; e a Socioafetiva, que serão devidamente diluídas e explicadas.

Diante o exposto, temos que a Filiação Biológica é aquela compreendida pelo vínculo de consanguinidade, o que pode ser comprovado através de exames médicos, ora exame de DNA, qual vai corroborar a identidade genética. Fato este que acrescentou uma grande busca ao Judiciário, tornando de fácil comprovação a Filiação Biológica, mas introduzindo a contra-senso a Filiação Socioafetiva, qual implica a maior gama de possibilidades e polêmicas que circundam essa questão.

Chegando a conclusão, Maria Berenice Dias, afirma:

“Filiação é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres.” (DIAS, 2013, P. 370)

Cumprindo ponderar, que ante a antiga denominação de Filiação, a nova estabelece o vínculo além da relação entre pai, filho e origem sanguínea, uma vez que a paternidade responsável, conceito este que abrange tanto a mãe ou o pai, não necessariamente precisa ter essa relação em linha reta, ela agora abrange o aspecto subjetivo, o relacionamento afetivo, presente entre a gestora, esta que pode ser a mãe (biológica ou apenas a que teve seu útero emprestado), e o filho, cujo cumpre seu papel de filiação.

De antemão, vemos que apesar de o nosso ordenamento jurídico não conhecer, de forma expressa, sua origem como espécie de parentesco, já houve grandes avanços jurisprudenciais nesse tocante.

Não obstante, Maria Helena Diniz consagra essa espécie como:

“O vínculo existente entre pais e filhos, vem a ser a relação de parentesco em linha de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida, podendo, ainda (CC, arts. 1593 a 1597 e 1618 e s.), ser uma relação sócio-afetiva entre pai adotivo e institucional e filho advindo de inseminação heteróloga.” (DINIZ, 2007, p. 420.)

Contudo, veremos que atualmente, este conceito já foi expandido, englobando diversas outras subespécies. O próprio significado de família vem constantemente sendo ampliado. A família do terceiro milênio pode vir a ser aquela formada através do casamento, união estável, união homoafetiva e outras tantas,

prevalecendo mais, essa relação sentimental, amorosa da família, de que, a de outrora, patrimonial, estabelecida a luz da jurisdição e legislação. Considerando, portanto, a família constitucionalmente com o caráter afetivo, um vínculo tão estável quanto o biológico. Logo, a nova referência filial, é identificada à relação de paternidade/maternidade, juntamente ao sentimento de amor, proteção ao provimento de sustento, saúde, educação, dentre outros. De tal sorte que, nada obsta, atualmente, a este novo conceito.

Ademais, como relata Lafayette Rodrigues Pereira, observamos as diferentes subespécies de filiação socioafetiva:

“ A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida “adoção à brasileira”. “  
(PEREIRA, 1956, p. 266)

Podemos perceber, com o exposto, que a socioafetividade, trouxe uma gama alta de novos conceitos, todos com suas particularidades e devida importância no tema, amplamente analisados e estudados, fato este que não só deve ficar no campo de analisar, mas servir como pretexto lógico para a concretização de mudanças no nosso Código Civil e conseqüente na legislação brasileira. Os critérios vigentes, são ultrapassados, como visto, a inserção desse conceito proporcionaria as famílias incapacitadas naturalmente de terem filhos, ou para casais homoafetivos, dentre outros, a esperada oportunidade de estabelecer esse vínculo sentimental, situação esta, que não carece de demora e sim de manifesta celeridade.

### **3 GESTAÇÃO SUBSTITUTA**

Com o grande avanço da ciência e da biogenética busca-se incessantemente pela cura da infertilidade, doença esta que atinge inúmeras pessoas em nosso país. Nesse ínterim que vem a tona a gestação por substituição, também conhecida como útero de aluguel, útero de empréstimo, sub-rogação de útero, cessão temporária do útero, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe

hospedeira, barriga de aluguel, entre outros. A denominação “barriga de aluguel”, popularmente conhecida, é considerada inadequada, pelo fato de ser uma prática que não se admite o pagamento pecuniário a mãe substituta, inclusive nos países em que é permitido a gestação por substituição, devendo, entretanto, ter caráter de empréstimo e voluntariedade.

Entende-se por gestação de substituição a técnica de reprodução humana artificial em que há uma terceira pessoa (mãe substituta) para consumir a gestação, uma vez que há uma impossibilidade absoluta da mulher engravidar e gerar a criança. De um modo geral, a gestação substituta é o ato pelo qual a mãe substituta cede o útero para que possa gerar um filho de terceiros, com a finalidade de entregá-lo ao fim da gestação.

Portugal define a gestação por substituição, conforme a Lei 32/16 nº 25/2016:

“Art. 8, 1- Entende-se por «gestação de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.”

O primeiro caso de gestação substituta ocorreu nos EUA em 1985, caso constituído pelo casal William e Elizabeth Stern, visto que estes, não podiam gerar um filho, devido ao fato de Elizabeth sofrer de esclerose múltipla e, em caso de gestação, acarretaria inúmeros riscos a sua vida. Desse modo, o casal procurou uma clínica de fertilidade que intermediava à “barriga de aluguel”, Mary Beth Whitehead aceitou ceder seu óvulo e gerar o filho para o casal através da inseminação artificial. Fizeram então, um contrato ficando acertado que: Mary Beth receberia uma inseminação artificial com o sêmen de William, geraria o bebê e posteriormente entregá-lo-ia para o casal, de modo que, Beth abriria mão de seu direito materno e por fim requereria o pagamento pecuniário prometido pela família e todas as despesas que ela teria para gerar o filho deles. Em março de 1986, desta inusitada experiência (a qual todas as partes não esperavam a grande representatividade jurídico-social que esse ato acarretaria) nasce Melissa, a filha do casal Stern. Atentando para o fato de que, Mary Beth não cumpriu o contrato e fugiu

com a criança para New Jersey. Começando, desta forma, uma luta na Justiça pela criança. Luta esta que ficaria marcada e conhecida como o caso do “Baby M”.

Diante dessa conjuntura, o casal conseguiu uma ordem judicial para que Mary Beth entregasse a criança, iniciando uma longa batalha judicial pela custódia de Melissa. O Juiz Harvey R. Sorkow de Nova Jersey decidiu que a criança ficaria com o casal Stern, uma vez que o contrato devia ser cumprido. Mary Beth, não obstante, recorreu para a Corte de New Jersey que, por voto unânime anulou a sentença do Juiz Sorkow declarando inválido o contrato de gestação de aluguel.

Destarte, ficou decidido que Melissa ficaria com o casal, pelo fato deles terem melhores condições de conceber a criança, mas restituiu a condição de mãe a Mary Beth que teria direito a visitação.

Em suma, a Suprema Corte de New Jersey reconheceu a maternidade e a paternidade aos pais genéticos, porém concedeu o direito de visita á Mary Beth.

No Brasil não há legislação a cerca do assunto, desse modo a ausência de previsão legal causa inúmeras discussões sobre a possibilidade ou não da gestação por substituição. Entretanto temos a Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina que atua no sentido de normatizar e fiscalizar a área médica, não gerando efeito vinculante fora da ceara médica.

A Resolução nº 2.121/15 do CFM estabelece alguns requisitos para que seja possível a utilização da gestação por substituição, em seu inciso VII:

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: SGAS 915 Lote 72 | CEP: 70390-150 | Brasília-DF | FONE: (61) 3445 5900 | FAX: (61) 3346 0231 | <http://www.portalmedico.org.br>

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.”

Primeiramente é preciso que haja uma impossibilidade da mulher ou que haja uma contra-indicação médica que a torne incapaz de gerar a criança.

Adriana Maluf ressalva que o método da reprodução humana artificial é último recurso na cura da infertilidade, devendo, desse modo buscar todos os tratamentos possíveis e disponíveis, para então em caso de óbice, recorrer à gestação por substituição.

Outro requisito requerido pelo Conselho Federal de Medicina é a relação de parentesco até o quarto grau, entre a gestante substituta e a família da doadora genética. Caso contrário torna-se obrigatório a autorização do Conselho Regional de Medicina.



Intrinsecamente a “norma”, em uma análise sistemática constata-se que um dos objetivos desse requisito é concernente a evitar a comercialização, uma vez que haverá solidariedade e voluntariedade da mãe substituta, não visando em uma contraprestação pecuniária.

Dessa forma, há o impedimento ao caráter lucrativo, estando em consonância com nosso ordenamento jurídico, visto que a Constituição Federal em seu Artigo 199, parágrafo 4 veda todo tipo de comercialização:

“Art. 199, § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

Nesse sentido, assim como disposto na resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, esse artigo tem por objetivo encontrar soluções e defender de forma ética e moral a possibilidade de ser utilizada a gestação por substituição, permitida e legalizada em alguns países, que veremos, por conseguinte.

### **3.0.1 Gestação por substituição homóloga e heteróloga**

A crescente evolução biológica-científica propiciou avanços em relação à reprodução humana assistida, principalmente na fertilização *in vitro* e inseminação artificial, comumente presente na gestação por sub-rogação.

A gestação por substituição pode se dar em três situações, como elenca Guilherme Calmon Nogueira Gama:

“(a) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; (b) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o

do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental; (c) A 'maternidade de substituição' que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante (GAMA, 2008, p. 374).”

Dessa forma podemos distinguir a Gestaçãõ por substituiçãõ em duas espécies.

A primeira é chamada de Gestaçãõ por substituiçãõ homóloga, ou seja, consiste na introduçãõ do embriãõ com material genético do casal na mãe substituta, supracitado na alínea “a”. Há discussões a cerca da paternidade e da maternidade neste caso. Todavia não há dificuldade de compreensãõ, uma vez que em caso de dúvida em relaçãõ à paternidade, é realizado o exame de DNA, consagrando-se a filiaçãõ decorrente do critério biológico. Dessa forma o vínculo de paternidade será estabelecido entre pai e filho.

Entretanto em relaçãõ à maternidade há algumas relativizações, uma vez que há uma presunçãõ de que a mãe é indicada pelo parto ou pela gestaçãõ. Porém essa justificativa é inadequada, uma vez observada à realidade social do país, inclusive porque a mãe que aceita a gerar a criança não tem a intençãõ de permanecer com ela, nem mesmo assumir maternidade, mas somente auxiliar a mãe que possui a vontade procriante (mãe solicitante).

Nesse caso, pelo fato da mãe solicitante ter o mesmo material genético do embriãõ, não há dúvidas que será resolvido por meio do critério biológico, sendo estabelecido através do exame de DNA.

Logo na gestaçãõ por substituiçãõ homóloga há a prevalência do critério biológico determinante da paternidade e da maternidade em questãõ.

A segunda espécie é a gestaçãõ por substituiçãõ heteróloga, ou seja, há a participaçãõ de um terceiro no material do genético, podendo ser um doador total ou parcial, isto é, a criança não possuirá o material genético de um ou de ambos os solicitantes, supracitada nas alíneas “b” e “c”. Nesse caso há uma maior dificuldade de se definir a paternidade e a maternidade, uma vez que o exame de DNA não é suficiente, observado o fato de que o material genético da criança não condiz com o dos pais solicitantes, desse modo entende-se que prevalece o vínculo paterno-filial. Logo sobrepõe à vontade procriante do casal, ou seja, à vontade e o

desejo no sentido de quererem ser pais da criança. Faz-se necessário analisar o caráter socioafetivo, que consiste no desejo de procriar consentido.

Nesse íterim destaca-se o Princípio da afetividade, entendida sob o viés de que a família consiste de um vínculo entre pais e filhos, vínculo este de afeto e de amor, uma vez que sem amor não há família. Atualmente nosso ordenamento jurídico não faz distinção entre os filhos, sejam eles biológicos ou socioafetivos.

### **3.1 Direito Comparado em Relação à Gestaçãõ Substituta**

A gestaçãõ por substituiçãõ é um procedimento novo, uma vez que veio a tona com maior amplitude a poucos anos atrás, desse modo poucos países tem regulamentado esse procedimento e permitindo-o, países que permitem, mas com inúmeras restrições e outros que simplesmente proibem categoricamente.

Assim sendo analisaremos alguns países com relação à autorizaçãõ ou não da gestaçãõ por substituiçãõ.

A Índia permite a cessãõ temporária do útero, mas não há regulamentaçãõ. Todavia admite o caráter oneroso, ou seja, permite o pagamento a mãe substituta, facilitando o uso indiscriminado, existindo clínicas que oferecem a mãõ substituta. No entanto há algumas restrições para a utilizaçãõ da gestaçãõ por substituiçãõ, sendo elas a obrigatoriedade de que o casal seja formado por homem e mulher e que eles sejam casados a mais de dois anos.

Na Tailândia é possível a cessãõ do útero, entretanto não há regulamentaçãõ legal, contudo, é proibido o caráter lucrativo, devendo ser gratuito.

Nos Estados Unidos da América em 1985 ocorreu um julgamento reconhecendo a pratica da cessãõ de útero, comumente conhecido como Caso "Baby M". Contudo há controvérsias, uma vez que alguns Estados permitem e outros proibem. A Califórnia tem uma visãõ permissiva, como também vislumbra uma noçãõ de negócio jurídico contratual, enquanto Michigan proibem e impõe sançãõ.

A Argentina é o primeiro país da América Latina que autoriza a gestaçãõ por substituiçãõ, de acordo com seu novo Código Civil de 2014 em seu artigo 562:

“ARTICULO 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”

Desse modo a filiação é estabelecida entre a criança e o casal solicitante (que utilizaram do útero alheio), desde que a gestante tenha consentido com plena capacidade e tenha excelente saúde física e psíquica, como também é proibido o caráter oneroso, sendo vedado à gestante participar de mais de duas gestações por substituição. Há a exigência de que a criança tenha o material genético de ao menos um dos solicitantes.

Portugal permite a utilização da gestação por substituição consoante a Lei nº 25/2016, impondo alguns requisitos, tal como:

“Artigo 8º, 2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.”

Ou seja, só é permitida a cessão do útero de forma excepcional, possuindo caráter gratuito, sendo necessário que seja através da técnica de reprodução medicamente assistida e que o embrião tenha o material genético de pelo menos um dos solicitantes, estando vedado que a gestante substituta ceda ovócito. Faz-se necessário a autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Não obstante há vedação quanto à relação de subordinação econômica entre o casal solicitante a gestante substituta. Caso haja violação de qualquer um desses requisitos o contrato será declarado nulo.

Canadá e Grécia adotam posicionamento semelhante, condicionam a contratação da gestante substituta á gratuidade, ou seja, é proibido a contraprestação pecuniária, é necessário o consentimento qualificado, que no Canadá se dá após vinte um anos de idade da gestante e na Grécia se dá por meio de autorização judicial.

A Alemanha veda a cessão do útero, tipificada como crime, impondo sanções, podendo ser multa ou até prisão.

A Inglaterra proibiu a gestação por substituição de forma remunerada, impondo sanções, de *contra sensu* admite implicitamente a forma gratuita. No tocante a filiação é considerada mãe para todos os efeitos a sub-rogada, dessa forma o método utilizado pelo casal solicitante é chamado de *Parental Order*, instituto semelhante à adoção.

No Brasil não há regulamentação a cerca da gestação por substituição, temos como base exclusivamente a Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece alguns critérios, anteriormente citados. Desde 1993 até hoje inúmeros projetos de lei foram propostos, contudo o Projeto de Lei nº 115/2015 proposto pelo Sr. Juscelino Rezende Filho, da Câmara dos Deputados é de fato o mais bem estruturado e condizente com a evolução social, biomédica e sociológica a cerca do assunto, uma vez que o direito deve acompanhar a sociedade, ainda que tardiamente. Assim sendo o Projeto de Lei nº 115/2015 estabelece um capítulo tratando sobre a cessão temporária de útero, permitindo de antemão a utilização da gestação substituta, desde que haja uma doença que impeça ou contra-indique a gestação pelo casal solicitante, a seguir:

“Capítulo V, 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.”

Há imposição de alguns critérios, entre eles a vedação de retribuição econômica, não permitindo o caráter oneroso; a cessionária deverá permanecer a família dos cônjuges ou companheiros em linha reta até o segundo grau, caso contrário se faz necessária a prévia autorização do Conselho Regional de Medicina; o pacto de cessão temporária do útero deverá ser homologado judicialmente, do contrário será considerado nulo e a gestante substituta será considerada para todos os efeitos legais, a mãe da criança.

É nesse sentido que se faz necessário a regulamentação desse tema, para preservamos a dignidade humana tanto da gestante quanto da criança, pois, quanto mais o tema é prorrogado, mais são as consequências causadas pela lei *in*

*absentia*. E o comparativo feito, é prova de que, a utilização da gestação substituta traria benefícios para quem o utilizasse.

### **3.2 Contrato de Gestação Substituta**

Temos, comumente que, para a existência de um contrato é preciso que este siga uma série de requisitos, sendo estes, sujeito, forma, objeto e manifestação de vontade. Já no plano de validade, leva-se em consideração a capacidade do sujeito, licitude do objeto, possível, determinado ou determinável e livre de vício.

O Contrato de gestação por outrem, por ser caracterizado como ato jurídico, depende diretamente de outros requisitos jurídicos para ser possível. Diferente da grande maioria dos contratos existentes no nosso ordenamento jurídico, aqui, o que prevalece não é necessariamente a questão material contratual e sim, a questão existencial.

Neste, não se exige como requisito de validade, a forma específica. De modo que, se faz possível até a contratação de forma verbal. Mas, como bem pacificado no meio jurídico, o contrato por escrito é mais confiável.

Ademais, para ter validade e existência é necessário que as partes, autoras do contrato de gestação substituta, sejam capazes, tenham interesse legítimo na concretização do ato pretendido e consentimento qualificado, como visto acima.

Capazes se identificam como aquelas pessoas já bem descritas no Código Civil. Mas, apesar de o mesmo Código trazer possibilidades para a realização de atos jurídicos aos incapazes, devido ao fato do contrato por outrem necessitar de consentimento qualificado e personalíssimo, aqui eles são incapacitados.

O Consentimento, ora qualificado e personalíssimo, como bem dito acima, é diretamente coadunado ao fato do preavencimento da questão existencial à patrimonial. Nesta última, basta à declaração para vincular seu destinatário, diferente da existencial, como bem explana o consentimento, Rose Melo Vencelau:

“Pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado, características nem sempre requeridas com a mesma intensidade para a validade dos contratos, nos quais se registra uma impositação prevalentemente objetiva” (MEIRELES, 2009, p. 46-52.)

Percebe-se que a vontade interna da gestante prevalece, devendo esta, deixar sua vontade expressamente exteriorizada de forma consciente e espontânea, a fim de concluir o procedimento contratual, possibilitando ainda, até o momento do implante no útero da gestante, que o mesmo contrato, seja desfeito. Não mais, uma vez realizada essa fase, não caberá mais quaisquer tipo de arrependimento, sendo o ato considerado consumado.

O interesse legítimo, por sua vez, seria o interesse livre de todo tipo de preconceito, ou ponto de vista antiquado. Aquele atual, expandido com o tempo, consagrado com o exercício da autodeterminação pessoal, a vontade de ter filho, independente de convicção biológica ou socioafetiva, por altruísmo ou não. O projeto parental propriamente dito, tendo ou não o casal, capacidade de procriar naturalmente, valendo, todavia, o intuito familiar, afetivo, o incólume desejo de ter o filho. Ora, uma mulher que apenas deseja ter filho por gestação por outrem, devido ao fato de não querer passar pelas dores da gestação, não é detentora de interesse legítimo.

É notável, que este contrato, foge o procedimento padrão, mas a sua própria concepção é de igual maneira. A gestação por sub-rogação será acionada, vale lembrar, quando não for possível a filiação socioafetiva pelos métodos tradicionais/ naturais. Ou seja, quando a gestante por alguma patologia, ou trauma psicológico, impossibilidade de gestação se encontra impedida de conceber o filho e a gestante sub-rogada, que por solidariedade, dará continuidade ao sonho familiar.

Motivo este, que desencadeou uma polêmica à cerca da gratuidade ou não do presente contrato. Há os que defendem a gratuidade, visando à dignidade da criança, uma vez que atribuir valor a uma gestação substituta reduziria a condição da gestante e principalmente a da criança a objeto, e a vedação de transações onerosas a respeito do corpo humano. D’outro lado, a corrente que busca viabilizar a onerosidade não propõe desrespeito a dignidade da pessoa humana, uma vez que não se trata de venda, apenas da capacidade reprodutiva. Ademais, a onerosidade seria uma futura faculdade, não obrigação, filtrando quem utilizaria deste método,

prevalecendo à autodeterminação da mulher gestante. Não obstante, a dignidade da criança não se faz violada, uma vez que, ao ser concebida, esta, teria um lar, uma família, alguém que lhe proveesse um sustento econômico e psicológico, desmentindo a instrumentalização da criança. Todavia, percebemos que para cada ponto vista adotado pelos defensores da gratuidade há de igual, um para aqueles que defendem a onerosidade. Prevalendo na maior parte doutrinária, a gratuidade contratual, tendo em vista a consonância legislativa e a natureza dos atos existenciais, apresentados anteriormente.

#### **4 CONCLUSÃO**

Em decorrência de avanços significativos na área médica, científica e social, resultaram na transformação do cenário mundial em relação à gestação por substituição, visto que surgiram novos conceitos de família (elevação da união homossexual elevado ao caráter de família) e filiação.

Dessa forma necessário se faz discutirmos essas mudanças, a fim de que o direito possa regulamentá-la para que haja uma maior segurança jurídica e proteção as famílias, uma vez que o direito tem por finalidade se adequar as novas realidades sociais e as evoluções biotecnológicas.

O fato de não termos previsão legal em nosso ordenamento jurídico, trouxe inúmeras discussões como exposto nesse artigo.

Desse modo defendemos a permissão da gestação por substituição, com base na Resolução nº 2.121/ 15 do Conselho Federal de Medicina e o Projeto de Lei nº 115/ 2015, visto que é um direito do casal constituir família e de terem filhos, garantindo a dignidade da pessoa humana.

Mormente se faz necessário que a cessão temporária do útero tenha caráter gratuito, ou seja, deve-se vetar toda e qualquer contraprestação de forma pecuniária e de caráter oneroso, uma vez que nossa Constituição Federal veda de forma expressa todo tipo de comercialização.

Nesse ínterim, também é essencial que a mãe solicitante, ou seja, que possui a vontade procriante, tenha sérios problemas de saúde que impeça de forma absoluta ou contra-indique a gestação, uma vez que devemos tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, ou seja,



aqueles que não podem se reproduzir de maneira natural tem o direito de escolher dentre as formas disponíveis a que mais se adéqua ao seu íntimo, sendo um critério totalmente subjetivo.

É imprescindível que exista um grau de parentesco de até quarto grau, entre a mãe solicitante e a gestante substituta, esta que por sua vez deve-se realizar a gestação por voluntariedade e solidariedade, caso não haja a relação de parentesco é necessário analisar judicialmente o caso concreto.

Não mais, é de suma importância que haja homologação judicial, para que não haja banalização dessa prática e o surgimento de comércio, haja vista que o intuito não é esse, e para que seja verificado que todos os requisitos estão devidamente preenchidos.

Ainda, urge a necessidade de que seja verificada a vontade procriante do casal, ou seja, a manifestação de vontade e o desejo consentido de serem pais da criança gerada pela gestação por substituição, sobressaindo o efeito volitivo.

Dito isso, as considerações finais, deixam claro, o manifesto desejo do desenrolar do estudo. Apontando para a sua concretização, levando em consideração a dignidade humana da gestante e seu filho, atrelado aos novos conceitos de filiação e os requisitos pretendidos à cerca da gestação por substituição e seus atos contratuais, finalizando-o de vez, e, abrindo futuras portas para o nosso ordenamento jurídico e, inclusive, a nossa sociedade, que devido a sua constante evolução, urge pela igual evolução legal das situações que possam advir.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. V. 5, 18 ed.; Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 5**. Direito de família. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a Proteção Jurídica do Embrião in vitro**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a Ótica da Proteção do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pósmodernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família: anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5. Ed.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: volume 6. 27ª edição**. Ed. Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<http://www.conjur.com.br/2014-nov-05/direito-comparado-argentina-promulga-codigo-civil-comercial-parte>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15>

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so\\_milo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&so_milo=)

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1300959.pdf>

[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)