

# GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO DE FILIAÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Elisângela das Dores da Silva<sup>1</sup>

Estudante do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade

Integrada de Pernambuco

## RESUMO

O Trabalho de Conclusão de Curso apresenta um estudo sobre a gestação por substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o objetivo geral da pesquisa é o de colaborar com o debate sobre quais os entraves jurídicos a aplicabilidade do direito de filiação nas situações que envolvem a gestação por substituição e demais questões que abrangem o tema, para tanto o estudo traçou três objetivos específicos: verificar o que o Conselho Federal de Medicina fala sobre as técnicas de RMA (Reprodução Medicamente Assistida) no uso da gestação por substituição; abordar os conceitos doutrinários da gestação por substituição bem como as razões pela qual vem sendo procurado o uso deste método e o que a legislação brasileira fala sobre o direito de filiação; bem como analisar os principais problemas envolvendo o direito de filiação nos casos de gestações por substituição. Com o presente trabalho tem-se por objetivo a partir de pesquisas exploratórias analisar juridicamente, os critérios que devem envolver a definição da filiação da criança gerada pela gestação por substituição, sem perder de vista, ainda, a observância de todos os problemas relacionados à prática das técnicas reprodutivas, quando realizada conforme às disposições éticas pertinentes, sombreadas, ainda, pela ausência de qualquer regulamentação legal a respeito da matéria.

**Palavras-chave:** Gestão por substituição. Direito de filiação. Regulamentação.

## 1 INTRODUÇÃO

Devido aos problemas de infertilidade humana e as novas famílias constituídas por relações homoafetivas, é que vem crescendo a procura da fertilização *in vitro*, e com os avanços na biotecnologia e da engenharia genética, foi

---

<sup>1</sup> Aluna do 9º período (Noite) do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco. E-Mail: Elisa\_eds@hotmail.com.

surgindo novos métodos de concepção, e com isso o interesse pela utilização dessas novas técnicas de reprodução assistida e a busca pela maternidade é que surge a gestação por substituição, onde no Brasil é socialmente conhecida como “Barriga de Aluguel” e que sem a qual muitas mulheres não lograrão êxito no desejo de exercer sua maternidade<sup>2</sup>.

A Resolução de nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM) vem tratando esse assunto, abordando como são os procedimentos utilizados nas técnicas de Reprodução Medicamente Assistida (RMA).

De acordo com a resolução de nº 2.013/13 do CFM a infertilidade humana é considerada um problema de saúde pública, ela retrata a importância do avanço científico com a utilização das técnicas de Reprodução medicamente Assistida, desde que amparadas pela ética médica. A resolução dispõe sobre quem pode ser usuário dessa técnica, quais os procedimentos que devem ser adotados pelos Centros e Clínicas de Reprodução Assistida, como serão realizadas as doações dos gametas ou pré-embriões, e aborda o tema principal desse estudo que é a gestação por substituição<sup>3</sup>.

Este assunto traz vários questionamentos no que diz respeito às relações parentais devido às presunções de paternidade e maternidade, pois envolve a problemática da atribuição da maternidade sendo esta atribuída a mais de uma mulher a que deseja ser mãe, mas não pode engravidar e a que de fato irá gestar a criança<sup>4</sup>.

Ainda partindo dessas premissas surgem mais questionamentos sobre a licitude da cessão de útero para a prática da gestação por substituição ao usar erroneamente a expressão “barriga de aluguel”, pois, esta prática de doação temporária de útero pode ser entendida como uma forma de comercialização de

---

<sup>2</sup> SÁ JÚNIOR, Geraldo Zimar de. Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13892&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13892&revista_caderno=14)>. Acesso em 10 Nov. 2014.

<sup>3</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução como dispositivo deontológico a ser seguidos pelos médicos. RESOLUÇÃO CFM Nº 2013/2013 que revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publicada no D.O.U. 09/05/2013. Seção I, p.119. disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)> acesso em: 10 Out 2014.

<sup>4</sup> DA DECADÊNCIA DA PRESUNÇÃO “MATER SEMPER CERTA EST” THE DECLINE OF “MATER SEMPER CERTA EST” PRESUMPTION. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=56f9f88906aebf4a>>. Acesso em: 10 Nov. 2014

bebes, e no Brasil tal prática é considerada um crime<sup>5</sup>. No entanto, a Resolução do CFM diz “A doação temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”<sup>6</sup>.

A gestação por substituição foi analisada á luz da Constituição Federal de 1988 e principalmente com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse da criança, o princípio da afetividade, e o princípio da paternidade responsável<sup>7</sup>. Com o aprofundamento dos aspectos doutrinários e jurídicos, acerca da gestação no direito de filiação pelo Código Civil de 2002, com a explanação dos capítulos que fala sobre a Filiação, Planejamento Familiar, Proteção da Pessoa dos Filhos, e os Contratos a abordagem da gestação como sendo um acordo firmado entre as partes, e no que acarretará se houver descumprimento deste referido contrato<sup>8</sup>.

Até então, não existe uma definição jurídica acerca de quem é de fato a mãe nos casos que envolvem gestação por substituição no Brasil, uma vez que não há legislação que pontue esse assunto. A gestação por substituição traz muitas polêmicas no diz respeito ao parentesco que a criança terá ao nascer, quem seria na verdade considerada “mãe”, aquela que fez a doação do seu material genético (óvulo), ou a que recorreu ao centro de reprodução assistida, contudo nestes casos não há um conceito jurídico que determine quem de fato é a mãe<sup>9</sup>.

No Brasil, ainda não há legislação específica que aborde os casos de gestação por substituição, por este motivo ainda existem conflitos quanto à quebra do contrato a que se firmam as partes. Muitas vezes a mulher que gerou o bebe, não quer entregar por se sentir mãe da criança. É necessário saber qual o

---

<sup>5</sup>Aspectos polêmicos sobre a gestação de substituição. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf)>. Acesso em: 02 Nov. 2014

<sup>6</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução como dispositivo deontológico a ser seguidos pelos médicos. RESOLUÇÃO CFM Nº 2013/2013 que revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publicada no D.O.U. 09/05/2013. Seção I, p.119. disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)> acesso em: 10 Out 2014.

<sup>7</sup> Código Civil. In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011

<sup>8</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011

<sup>9</sup>Aspectos polêmicos sobre a Gestação por substituição. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf)>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

posicionamento jurídico em relação às medidas de punições cabíveis nestes casos analisando tanto pela esfera civil quanto na penal<sup>10</sup>.

A importância jurídica e social, dada a este assunto, busca esclarecer este novo quadro em que a sociedade atual vive. Contudo explica os avanços tecnológicos no que diz respeito à genética humana com o uso de técnicas de reprodução assistida que vem para resolver o problema da esterilidade e infertilidade humana e de como o direito vem se adequando a estes novos avanços.

## **2 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS ACERCA DA ESTERILIDADE HUMANA E SEUS AVANÇOS FRENTE ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

O problema da esterilidade humana existe desde os tempos antigos, naquela época as mulheres, guardavam em si, a necessidade de procriar, o desejo materno, que reflete historicamente na humanidade, pois, era uma forma a abranger o papel feminino perante a sociedade<sup>11</sup>.

Em Trechos bíblicos é possível perceber que esse desejo da maternidade influenciou mulheres que por muito tempo tinham essa vontade de ser mãe e por serem estéreis não conseguiam engravidar. O primeiro caso relatado nas escrituras sagrada é o de Sara, no Livro de Genesis 16, Sarai, mulher de Abrão, incapaz de procriar, pede a Abrão que lhe proporcione a maternidade por meio de sua escrava Agar. Ainda no livro de Gênesis só que no capítulo 30, Raquel, esposa de Jacó, suplica a este que, por intermédio de sua serva Bala, realize seu desejo de maternidade<sup>12</sup>.

Hoje é possível verificar que o problema que envolve a esterilidade não é mais algo oriundo apenas do sexo feminino, visto que homens também podem sofrer de esterilidade.

---

<sup>10</sup>NETO. Pedro Camilo de Figuerêdo. Gestação por substituição e sua Abordagem no Direito Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20267/gestacao-por-substituicao-e-sua-abordagem-pelo-direito-penal>>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

<sup>11</sup> MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em: 02 Nov. 2014

<sup>12</sup> A Bíblia da Mulher: leitura, devocional, estudo. Traduzida. Português. Sociedade Bíblica do Brasil. Editora Mundo Cristão. 2003. 1728 p.

Silvia da Cunha Fernandes<sup>13</sup> explica que até o final do século XV, somente a mulher era considerada estéril e que foi somente no século XVII, que se admitiu que no homem também fosse possível a atribuição do fenômeno da esterilidade.

Assim preceitua Eduardo Oliveira Leite<sup>14</sup>, “[...] a esterilidade gera uma reação de reprovação em cadeia, sendo limitada, inicialmente, a mulher, passando a atingir o casal, e daí, atinge o grupo familiar, envolvendo num estágio derradeiro a sociedade inteira”.

O desejo de constituir sua própria prole é inerente à natureza humana. “A cada ano, 500 mil mulheres no mundo, 25 mil delas no Brasil, submetem-se a tratamento de fertilidade”<sup>15</sup>.

Com o advento das reproduções assistidas procura por esta técnica no Brasil e nos países a fora, vem crescendo significativamente, no entanto a esterilidade ainda causa discriminação.

Essa discriminação pela pessoa estéril, que percebe-se nos primórdios da humanidade, refletiu ao longo da evolução humana e ainda hoje sente-se seus raios na sociedade moderna. O casal que se depara com o problema da infertilidade enfrenta uma angústia muito grande por não poder corresponder aquilo que o grupo social espera de um homem e de uma mulher, a reprodução<sup>16</sup>.

Ao passar dos anos a comunidade científica foi descobrindo novas formas e técnicas para resolver problemas que envolvem a esterilidade e a infertilidade humana, daí o surgimento das técnicas de Reprodução humana.

Acerca dos termos utilizados esterilidade e infertilidade é importante saber que dizemos ser um casal estéril (casos de esterilidade) quando a sua capacidade de gerar filhos é nula (Exemplo: a mulher tem obstrução das duas trompas; o marido não possui espermatozoides quando ejacula). Já aqueles os casais que são inférteis (casos de infertilidade) têm apenas uma diminuição da chance da gravidez

---

<sup>13</sup> FERNANDES, Silvia da Cunha. As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>14</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.87.

<sup>15</sup> LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. Tratado de Ginecologia: 63. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial. Vol 1. Rio de Janeiro: Revinter, 2000, p. 105.

<sup>16</sup> JUS NAVIGANDI Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2333/bioetica-e-direito#ixzz3HvMloiaM>>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

(mulheres com endometriose; homens com diminuição do número e motilidade dos espermatozoides)<sup>17</sup>.

Com relação à origem destes novos procedimentos, explica Lopes<sup>18</sup>:

A literatura registra que a primeira inseminação artificial humana ocorreu na Idade Média. Diz-se que Arnaud de Villeneuve, médico da família real, teria realizado com sucesso uma inseminação artificial com o esperma de Henrique IV de Castela em sua esposa. Todavia, os históricos a respeito do tema na literatura médica habitualmente atribuem o feito da primeira inseminação artificial homóloga ao inglês John Hunter no final do século XVIII. Por outro lado, a primeira inseminação heteróloga aconteceu na Filadélfia, Pensilvânia, em 1884, conduzida por Pancoast, um ginecologista americano.

O que o autor explica é que a inseminação não é algo tão novo assim, está técnica já fora usada na idade média, mas que este fato só foi reconhecido tempos depois no final do século XVIII pelo inglês John Hunter.

Mas o estudo da inseminação artificial na espécie humana remonta ao ano de 1970 aproximadamente, quando cientistas estudavam as formas reprodutivas nos animais. Porém, somente no século XX foi que surgiram as descobertas decisivas para aplicação da técnica da reprodução medicamente assistida em seres humanos<sup>19</sup>.

Relatando sobre o início do uso das técnicas de reprodução humana Maria Helena Machado<sup>20</sup> diz:

Mas foi em 25/07/1978 que o mundo assistiu o que jamais conseguiria imaginar possível. Nascia na cidade de Oldham, Inglaterra, através de trabalho dos pesquisadores britânicos, Drs. Patrick Steptoe e Robert Edward, Louise Joy Brown, o primeiro bebe concebido pela fertilização in vitro, através dos gametas dos seus pais legais, John e Lesley. No mesmo ano nascia na Índia, através do Dr. Saroj Kant Bhattacharya, o segundo “bebê de proveta”, nascendo ainda, em 14/01/1979 na Escócia, Alastair Montgomery, através dos trabalhos dos médicos que concretizaram o primeiro nascimento humano através de inseminação em laboratório (Steptoe e Edward). A partir de 1980 o nascimento de bebês inseminados artificialmente deixou de se constituir em acontecimento raro e passou a fazer parte, normalmente, da forma terapêutica no tratamento dos problemas de esterilidade.

<sup>17</sup>FGO. Clínica de Fertilidade Fertilidade: Infertilidade e Esterilidade. Disponível em: <<http://clinicafgo.com.br/fertilidade/infertilidade-e-esterilidade/>> . Acesso 02 Nov. 2014

<sup>18</sup>LOPES, Joaquim Roberto Costa; op. cit p. 585.

<sup>19</sup> SOUZA, de Vivian. Reprodução humana assistida e família monoparental Ed. Simplissimo Livros Ltda . 2010 – Reprodução digital. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=GGlu-HUz3V8C&printsec=copyright&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false> > . Acesso em: 02 Nov. 2014

<sup>20</sup>MACHADO, Maria Helena. Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos jurídicos. 1a ed. (ano 2003), 6a tir./ Curitiba: Juruá, 2008, p. 60

Com o surgimento dos primeiros bebês nascidos por intermédio de inseminação artificial, a procura se tornou mais frequente, pois, aquele sonho tão idealizado de constituir família, daqueles que não podiam devido a problemas de esterilidade, agora seria concretizado.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) A esterilidade e a infertilidade são consideradas doenças, possuem classificação na Classificação Internacional de Doenças - CID 10 da Organização Mundial de Saúde. O médico que cuida desta doença é chamado de especialista em Reprodução Humana<sup>21</sup>.

Tycho Brahe Fernandes<sup>22</sup> (2000, p. 138) adverte para a responsabilidade do Estado quando declara a infertilidade, assim como a esterilidade, ser uma doença; o autor declara ter todo cidadão direito de exigir do Estado que lhe promova a saúde e, neste caso específico – embora se possa até afirmar que em alguns casos a reprodução é obtida sem que a cura seja alcançada - tem-se eficaz tratamento para o problema.

De acordo com o princípio da legalidade o direito de ter sua prole seja por qualquer que seja o método não poderá ser vedado pelo Estado, visto que este princípio preceitua que tudo que é permitido não se pode proibir e que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude da lei.

As técnicas de reprodução medicamente assistida vêm para dar a possibilidade de procriação a estes homens e mulheres que se sentem impossibilitadas de conceber sua própria prole.

O ilustríssimo autor Silvio de Salvo Venosa<sup>23</sup> traz a seguinte opinião sobre a gestação e as técnicas de RMA, quando afirma que:

O embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher, para possibilitar a gestação, impossível ou difícil na mãe biológica. Esse fenômeno traz à baila a questão ética, moral e jurídica das mães de aluguel ou mãe sub-rogada, conforme estas aceitem o encargo sob pagamento ou sob motivos altruístas. Essa matéria traz à baila a discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Imposta saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia.

---

<sup>21</sup> MARTINELLI, Lorraine Ariane Lagassi. Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_leitura&artigo\\_id=10916](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leitura&artigo_id=10916)>. Acesso em 02 Nov. 2014.

<sup>22</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal. 2000, p. 138.

<sup>23</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.

De acordo com o autor a gestação por substituição trás a discussão sobre questões que envolvem o que leva uma mulher a ser doadora temporária de útero, o silêncio da lei quando não aborda esse assunto, e o princípio “*mater semper certa est*”<sup>24</sup>.

Este princípio ficou extremamente desestruturado devido às novas técnicas de reprodução assistida.

Antigamente a mãe era sempre certa porque era impossível fecundar o óvulo fora o útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, sendo certo que a mãe era aquela que estava gestando o nascituro<sup>25</sup>.

Atualmente a certeza em relação à maternidade está fragilizada, diante da dúvida de que a mãe pode ser a que está gestando o filho, pode ser a que forneceu o óvulo para fecundação, ou ainda ser a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e que contratou a barriga de substituição para gestá-lo (mãe socioafetiva)<sup>26</sup>.

Como afirma Joaquim Roberto Costa Lopes<sup>27</sup>, Tais avanços, com as influências culturais e religiosas na vida da sociedade, contribuíram para o surgimento de novas possibilidade que pudessem atender as necessidades do ser humano em relação à constituição da família, por conseguinte, a procriação. E foi através desta conjuntura que a medicina agregou a isso, um dos tipos de reprodução assistida, sendo duas delas, a inseminação artificial: homóloga e heteróloga<sup>28</sup>.

Lopes<sup>29</sup> ainda assevera que: “Conceituar a inseminação artificial de maneira mais simples seria dizer que é a introdução, no organismo feminino, de espermatozóides, através de técnicas artificiais”.

A Procriação Artificial ou Reprodução Medicamente Assistida (RMA) é um conjunto de técnicas através das quais possibilita a reprodução assexuada, com

---

<sup>24</sup> Mater semper certa est, na tradução significa “a mãe sempre é certa” e isso implica dizer que nunca há dúvida quanto a filiação materna.

<sup>25</sup> Aspectos polêmicos sobre a Gestação por substituição. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf)>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> LOPES, Joaquim Roberto Costa; op. cit p.585.

<sup>28</sup> Id.

<sup>29</sup> Id.

grande relevância especialmente em casos de esterilidade, em que a concepção só será possível por meio de tais técnicas<sup>30</sup>.

Também conceitua Renata da Rocha<sup>31</sup> em o Direito à vida e a Pesquisa em Células-tronco:

Reprodução humana medicamente assistida é a prática terapêutica que tem por fim promover a realização de um projeto parental e se verifica por meio da união artificial dos gametas femininos e masculinos, que são as células germinativas humanas, dando origem, assim, a um novo ser.

Nesta definição a reprodução assistida é o meio pelo qual o casal que não pode ter filhos pelo método convencional realizar seu projeto parental por meio da inseminação artificial.

Fazendo uma breve reflexão acerca do processo da inseminação artificial para uma melhor compreensão de como é a utilização desta técnica partindo do conceito do Portal da Educação “A inseminação artificial ocorre quando o espermatozoide é introduzido no corpo feminino. Quando o doador do espermatozoide for o marido, a inseminação artificial é denominada homóloga; quando o doador do espermatozoide for terceira pessoa, a inseminação artificial é denominada heteróloga”<sup>32</sup>.

A cerca da inseminação artificial conceitua Venosa<sup>33</sup>, “denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho”.

Seguindo esta mesma linha de pensamento Lopes (2000) denomina a inseminação artificial homóloga como sendo a que:

[...] consiste na introdução de espermatozoides do esposo de qualquer segmento do aparelho genital feminino. Tal procedimento é feito após preparo laboratorial do sêmen. Pode ter lugar em um ciclo espontâneo ou após estimulação da função ovatoriana com indutores da ovulação<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas atuais de Bio-ética. 4. ed. São Paulo: Loyola. 1997, p. 219.

<sup>31</sup>ROCHA, Renata Da. O Direito a Vida E a Pesquisa Em Celulas-tronco. editora Elsevier , Rio de Janeiro, 2008.

<sup>32</sup>PORTAL EDUCAÇÃO. Cursos Online: Mais de 1000 cursos online com certificado. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/18122/inseminacao-artificial-homologa-e-heterologa#ixzz3Hjqo0uBQ>>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

<sup>33</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. op.cit.p.240.

<sup>34</sup> LOPES, Joaquim Roberto Costa. op. cit. p.585.

Ainda, discorre Lopes<sup>35</sup> (2000, p. 586), sobre o conceito da inseminação artificial heteróloga:

[...] obedece os critérios técnicos semelhantes àqueles levados a efeito na inseminação artificial homóloga. Exceção faz-se, quanto a origem da amostra seminal no caso oriunda de um doador.

Diante do que foi dito passo a explicar de forma sucinta que a inseminação ou fecundação artificial homóloga se dá quando o material fertilizante a ser utilizado, o óvulo e o sêmen pertencerem ao casal, pais da criança. A heteróloga é aquela na qual o material fertilizante, ou seja, o óvulo ou o sêmen a ser utilizado é fornecido por uma terceira pessoa<sup>36</sup>.

Para Alessandro Brandão Marques<sup>37</sup> a doação heteróloga segue algumas peculiaridades para a sua realização:

São três as características fundamentais para a realização da doação heteróloga, sendo elas a gratuidade, não podendo ter fins lucrativos, a licitude, que advém da gratuidade e a mais importante delas que é o anonimato dos doadores e receptores.

Além dessas características a realização desta técnica, deve ser evidenciada pela existência do fator que inibe a possibilidade de gerar filhos, quer seja por esterilidade, infertilidade, ou outro problema de saúde que impossibilite a gestação.

Ao analisar o direito de filiação com relação à reprodução medicamente assistida, mas precisamente quando se fala em gestação por substituição, há que se falar nas problemáticas que envolvem as principais dúvidas no que concerne a definição de filiação biológica e filiação sócio-afetiva<sup>38</sup>.

O importante é ressaltar que o que deve ser priorizado sempre é o melhor interesse da criança, o que será melhor para o seu estado psicossocial, para que seu desenvolvimento seja pleno e este não reste comprometido.

---

<sup>35</sup> LOPES, Joaquim Roberto Costa. op. cit. p.585.

<sup>36</sup> SÁ JÚNIOR, Geraldo Zimar de. op. cit.

<sup>37</sup> MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa>>. Acesso em: 02. Nov. 2014.

<sup>38</sup> Aspectos polêmicos sobre a Gestação por substituição. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf)>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

### 3 A ANÁLISE DO DIREITO DE FILIAÇÃO A LUZ DA PRÁTICA DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A SUPREMACIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA PARA A DEFINIÇÃO DA MATERNIDADE

É imprescindível expor que no plano do desenvolvimento da vida humana, que a maternidade, sempre foi vista como absoluta, inexistindo qualquer celeuma a respeito de quem deveria desempenhar esse papel, quem poderia reivindicar o direito de filiação de uma determinada criança, uma vez que os sinais exteriores denunciavam a gravidez e, por via de consequência, a figura da mãe<sup>39</sup>.

No Brasil, considera-se mãe a que deu a luz inclusive para aspectos legais, uma vez que a certidão emitida, pela maternidade, de “nascido vivo” é fornecida em nome da mulher que sofreu o parto<sup>40</sup>.

Os avanços científicos possibilitaram com as técnicas de reprodução assistida que esta atribuição não mais recaísse apenas sobre aquela que sofre o parto, mas também sobre aquela que mesmo não gerando mantém um elo de afetividade com a criança.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama o Direito de Família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área da reprodução humana, mormente na questão envolvendo as fontes da paternidade, maternidade e filiação. Entre os rumos das transformações das relações familiares, a reestruturação da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária, pluralista permitiu a ocorrência de importante fenômeno, a saber, a desbiologização - a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico. "A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva." Representando uma das formas mais notórias de desbiologização<sup>41</sup>.

Ainda de acordo com o autor, a “desbiologização” é uma matéria biossocial com ampla ramificação jurídico-sociológica, o termo de característica ambivalente possui duas diferentes áreas de estudos: uma está ligada intrinsecamente ao Direito,

---

<sup>39</sup> SÁ JÚNIOR, Geraldo Zimar de. op. cit.

<sup>40</sup> Aspectos polêmicos sobre a Gestação por substituição. Disponível em: < [http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf)>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

<sup>41</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Júris Síntese Millennium*. 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: 02 Nov. 2014

quer dizer, a situação do menor sob convivência sócio-afetiva com pais não-biológicos<sup>42</sup>.

Isso implica dizer que nos dias atuais o termo desbiologização prioriza a convivência afetiva e esta se torna mais importante que a ligação biológica no trato paterno/materno-filiação.

Nas palavras de Maria Berenice Dias sobre a desbiologização da paternidade, ressalta que: “A desbiologização da paternidade, consagrada pela presunção *pater est* significa a convivência superveniente à verdade biológica e identifica pais e filhos não-biológicos, não consanguíneos, mas que construíram uma filiação psicológica”<sup>43</sup>.

A lei, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para referendar o que hoje poderia chamar de posse de estado de filho ou filiação socioafetiva<sup>44</sup>.

No que diz respeito à desbiologização da paternidade elimina assim a dúvida do marido em relação aos filhos da esposa, a autora diz que para o sistema jurídico pai sempre será definido pela lei como tal<sup>45</sup>. O *pater est* mencionado pela autora, assim como o princípio do *mater est* que independente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, o marido será sempre o pai de seus filhos.

No entanto os filhos gerados na gestação por substituição têm trazido algumas discussões quando se pretender estabelecer os vínculos de parentesco. Desta forma é importante ressaltar o que é e o que representa esta técnica nos dias atuais.

A gestação por substituição é conhecida por diversas formas tais como, maternidade sub-rogada, mãe substitutiva, mãe de hospedeira, mãe por procuração, útero de aluguel, útero de empréstimo, gestação de substituição, barriga de aluguel, entre outros vários nomes sendo que a esta última é criticada como sendo denominada erroneamente por remeter a comercialização, que é vedado no Brasil<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. op. cit.

<sup>43</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.331.

<sup>44</sup> Id.

<sup>45</sup> Id.

<sup>46</sup> Revista de Ciências jurídicas e Sociais. Gestação de Substituição direito a ter um filho. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/viewFile/914/894> > Acesso em: 05 Out 2014

Quando se fala empréstimo de útero, pode haver três tipos de Mãe, a gestacional, a biológica e a socioafetiva. A mãe gestacional é a que gesta a criança por 9 (nove) meses; a mãe biológica é a que faz a doação do óvulo; e a mãe socioafetiva é aquela que recorre ao centro de reprodução para a procriação artificial<sup>47</sup>.

Para se entender o que é a gestação por substituição é preciso conhecer seus conceitos, nesse sentido Juliana Frozel de Camargo coloca conceitos de dois tipos de mães que integram a relação de sub-rogação de útero:

Portadora sub-rogada: seu uso está indicado quando os ovários de uma mulher têm a capacidade para produzir óvulos normalmente, mas são incapazes de levar a termo a gestação, por problemas uterinos, malformações etc. Nestes casos, o óvulo desta mulher é fertilizado com os espermatozoides do marido e o embrião é transferido para a portadora sub-rogada.

Mãe sub-rogada: ocorre quando há uma mulher incapaz de produzir óvulos funcionais e também de gestar, é o caso, por exemplo, de mulheres que tiveram que retirar seu útero ou ovário. Neste caso, pode-se até recorrer a uma doadora de óvulos e, depois, a uma “barriga de aluguel” – portadora sub-rogada, ou seja, utilizar mulheres diferentes<sup>48</sup>.

Gestação substituição ou “mãe” substituta é entendida por muitos doutrinadores como sendo ato pelo qual uma mulher cede seu útero para a gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher que desejou a criança ou a que forneceu seu material genético a condição de mãe<sup>49</sup>.

Com a gestação de substituição, a mãe gestacional, uma das muitas denominações dada à doadora temporária do útero para a gravidez, poderá desenvolver, por questões hormonais, um sentimento de afeto com o feto que se desenvolve em seu corpo, podendo vir a negar a entrega do bebê recém-nascido por sentir-se mãe da criança; por outro lado o casal que recorre a um centro de reprodução humana para se submeter a este procedimento, poderá vir a desistir do projeto parental seja por qualquer motivo, desejando assim que a criança permaneça com a mãe gestacional, ou se está, não tiver nenhum interesse em permanecer com a guarda desta criança; outra hipótese que poderá ocorrer é se

<sup>47</sup>Aspectos polêmicos sobre a gestação de substituição. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v\\_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicossobreagestacao.pdf)> acesso em: 02 Nov. 2014.

<sup>48</sup> CAMARGO, Juliana Frozel de. Reprodução Humana: ética e direito. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

<sup>49</sup> Revista de Ciências jurídicas e Sociais. op. cit.

sobrevier a morte do casal que propôs este projeto familiar, teria uma grande problemática a ser resolvida, pois possa ser que a mãe gestacional não possua condições de ficar com a guarda da criança por ela gerada<sup>50</sup>.

São inúmeras as dificuldades encontradas que decorrem da prática da gestação por substituição, tendo em vista não se ter uma previsão legal que estabeleça como proceder em tais situações, nem tão pouco as jurisprudências que abordem tal assunto<sup>51</sup>.

A cerca dessas divergências GAGLIANO, PABLO STOLZE<sup>52</sup> (2012, p.849), no livro, *Direito das Famílias – As famílias em perspectiva constitucional* mencionam uma notícia vinculada a Folha de Santa Catarina da decisão de um Juiz sobre um caso envolvendo a gestação por substituição e determinação da filiação:

Juiz concede registro de criança nascida por inseminação artificial heteróloga em SC:

O TJ-SC (Tribunal de Justiça de Santa Catarina) reconheceu na sexta-feira (13) a paternidade e a maternidade de uma criança nascida por inseminação artificial heteróloga. Ela foi gerada com o sêmen do pai e o óvulo de uma doadora anônima. Além disso, a irmã do pai cedeu sua barriga para a gestação da criança.

Como a documentação do hospital indicava a tia como sendo a mãe, o juiz Gerson Cherem II, da Vara de Sucessões e Registros Públicos da Capital, determinou a realização de exame de DNA para que fosse comprovado que a criança era filha deles.

Segundo o juiz, a 'cessão de útero' foi realizada de modo altruístico e gratuito pela irmã do pai, que 'sempre teve ciência de que os pais biológicos e de direito da criança gerada temporariamente em seu útero seriam, e são, seu irmão e sua esposa', e que ela não poderia ter nenhum direito relativo à maternidade da sobrinha.

No entanto, como a criança era fruto da inseminação artificial heteróloga, não era possível determinar a maternidade.

Para resolver a questão, o magistrado utilizou o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no Código Civil, em que 'presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido'.

De acordo com o juiz, o código não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. 'Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema', disse.

Cherem II também se baseou no princípio da igualdade entre homens e mulheres. Como há reconhecimento da paternidade na inseminação heteróloga, também deve haver o reconhecimento da maternidade".

<sup>50</sup> Sá JÚNIOR, Geraldo Zimar de. op. cit.

<sup>51</sup> Id.

<sup>52</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, volume 6: *Direito das Famílias - As famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 849.

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/783371-juiz-concede-registro-decrianca-nascida-por-inseminacao-artificial-heterologa-em-sc.shtml?n=41>>. Acesso em: 18 set. 2010.

Mesmo sem regulamentação específica os casos envolvendo a gestação por substituição são resolvidos de acordo com o entendimento do jurista, ao verificar se houve o cumprimento dos requisitos para a utilização deste procedimento, requisitos estes dispostos na resolução nº2.013/2014 do CFM, no caso em questão não havia impedimentos para que fosse realizado o procedimento, e a atribuição da paternidade recaiu sobre o pai biológico e conseqüente a sua esposa. Mesmo não tendo uma norma específica que regulamente a matéria foi necessário fazer analogia com o princípio da dignidade da pessoa humana preceituado no Código Civil que fala sobre a inseminação heteróloga com o consentimento do marido.

Existe uma situação que deve ser analisada cuidadosamente devido à fragilidade e gravidade dada a este assunto, é quando a mãe substituta, é também a doadora do material genético que irá propiciar a gestação. Sobre tal fato discorre Silva e Lapa<sup>53</sup>:

Diante dessas hipóteses, verifica-se que a "mãe substituta" será inseminada com o esperma do marido da mulher impossibilitada de conceber. Nesse caso, o compromisso da mãe da substituta para com o casal solicitante é além de doar o seu óvulo para ser inseminado com o espermatozóide do marido da mulher estéril, desenvolver a gravidez no seu ventre e após o nascimento da criança, que é geneticamente também sua, entregá-la ao casal solicitante. Portanto, a mãe substituta, além de ser gestante, é também genitora. No caso da mãe substituta, a situação diverge da mãe portadora e de aluguel, porque, além de emprestar seu útero, também doará seu óvulo. A criança é filha dos seus óvulos e de seu útero. Reúnem-se na mãe substituta a derivação biológica e a gestação, sendo, essa mulher a mãe.

A existência de situações como esta onde a mãe gestacional ser aquela que também doa o óvulo, o que torna muito difícil determinar quem é a mãe, já que a doadora do útero gerou seu próprio filho para que este seja entregue a outro casal, este caso é muito delicado podendo até haver futuras desavenças judiciais.

---

<sup>53</sup> SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão (Org.). Bioética e Direitos Humanos. Florianópolis: OAB/SC, 2002, p. 75.

Ao explicar esses fatos envolvendo a gestação por substituição, Flávia Alessandra Neves Silva<sup>54</sup> assevera que:

Quando instrumentalizada a gestação de substituição e observando-se problemas na fixação da “parentalidade”, diante, por exemplo, da recusa da mãe gestacional na entrega do recém-nascido, assim deve ser encarada a problemática: “A atribuição de maternidade, estendendo-se também à de paternidade, deverá ser feita àquela mulher, ou ao casal, encomendante da técnica médica e participante do processo procriativo, tenham eles identidade genética ou não com a criança. O que importa aqui é o ato de vontade manifestado para o exercício do método, levando-se em conta o consentimento realizado pelas partes. Assim, na hipótese de uma mulher que, para realizar projeto procriacional, precisar de gametas de outra mulher que possa lhe doar o óvulo, precisar da doação de espermatozoides em virtude de esterilidade de seu marido, contar com a doação de embrião, ou até mesmo ter seu embrião (com material genético seu e de seu marido ou companheiro) implantado em terceira, é de se atribuir à maternidade à mãe encomendante.

Para a determinação da maternidade a autora expôs que numa eventual recusa da entrega da criança ao nascer, será resolvida de forma a observar que a maternidade é atribuída a quem idealizou projeto parental, então ao casal que foi ao centro ou clínica de reprodução assistida em busca do sonho de se tornarem pais da criança.

Maria Helena Diniz<sup>55</sup> acerca das questões que envolvem os conflitos de paternidade e maternidade nas fertilizações in vitro, afirma que:

O prestígio da verdade afetiva frente à realidade biológica impôs o alargamento do conceito de filiação. Atentando o legislador a essa nova realidade, abriu espaço para o reconhecimento de outros vínculos além da consangüinidade e da adoção, ao dizer (1.593): o parentesco é natural se resulta de consangüinidade ou civil se tem outra origem. Assim, outra origem não significa mais e tão-só o parentesco decorrente da adoção, mas o parentesco que tem origem diversa da consangüínea." Nos dias atuais, a paternidade, maternidade e filiação não decorrem exclusivamente de informações biológicas ou genéticas, dá-se relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetiva, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade, para o fim de estabelecer relações de parentesco.

O conceito de filiação ficou com um sentido mais abrangente frente as técnicas de reprodução assistida, pois não há mais o que se falar só em filiação

---

<sup>54</sup>SILVA, Flávia Alessandra Neves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, v.1, n.1, São Paulo: 2011. p. 58.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 317.

biológica, a filiação socioafetiva vem ganhando um papel significativo nos dias atuais iniciou-se com a adoção e vem aumentando seu espaço frente as fertilizações in vitro.

Conceito de filiação na concepção de Gonçalves<sup>56</sup>:

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, todavia, às vezes “se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. É assim, por exemplo, que deve ser entendida a expressão “paternidade responsável” consagrada na Constituição Federal de 1988, art. 226, § 7º”<sup>3</sup>.

A expressão paternidade muito utilizada, no código civil e na constituição na maioria das vezes está relacionada tanto a figura do pai como a figura da mãe quando se trata de abordar temas relacionados à filiação.

Se posicionando a respeito destes possíveis conflitos que gera a filiação-maternidade explica Tycho Brahe Fernandes<sup>57</sup>:

Ante a possibilidade de um conflito de maternidade, é fundamental estabelecer juridicamente que a maternidade deverá cair sempre naquela que será a mãe socioafetiva, até porque o projeto de maternidade partiu dela, ao escrever o seu direito constitucional do planejamento familiar.

O planejamento familiar é de fundamental importância, por ser a base para a instituição da família, que dá a livre escolha ao casal na idealização de seu projeto parental.

A Constituição Federal de 1988 preconiza o princípio do melhor interesse da criança e ao adolescente em seu artigo 227 diz:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a

---

<sup>56</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – 9º Ed. – São Paulo.2012, p.319.

<sup>57</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. op. cit. p. 114.

salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”<sup>58</sup>.

Conforme a doutrinadora brasileira Silvia da Cunha Fernandes<sup>59</sup> leciona que:

Com o advento das procriações artificiais, todo esse estado de coisas foi alterado, uma vez que a verdade biológica deve ser considerada em proveito da verdade afetiva. Nesse sentido, verdadeira filiação, nos dias atuais, esta calcada na intensidade das relações afetivas que unem pais e filhos, independentemente da origem genética destes últimos. Afiliação esta solidificada na vontade do casal de ter um filho, mesmo que a natureza lhes tenha negado esta possibilidade.

A Constituição da República de 1988 preceitua além do principio do melhor interesse da criança, os princípios da dignidade humana e o da paternidade responsável, e em seu artigo 226 preceitua a família como base da sociedade tendo proteção especial do Estado. Este mesmo artigo em seu § 7º dispõe que “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”<sup>60</sup>.

No que diz respeito à lei de planejamento familiar afirma a doutrinadora Maria Berenice Dias<sup>61</sup>:

O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Segundo a autora quando se fala planejamento familiar este deve ser livre, não podendo ter intervenção do Estado na forma da realização deste projeto parental, apenas com o auxílio preventivo deste nas questões ligadas a reprodução.

Com o advento da Lei n 9.263 de 12 de janeiro de 1996 regulamentando o § 7 do artigo 226 da Constituição Federal que fala sobre o planejamento familiar, sendo

---

<sup>58</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011.

<sup>59</sup> FERNANDES, Silvia da Cunha. op. cit. p. 60.

<sup>60</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011.

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das Famílias. 3ªed, São Paulo, RT, 2006, p. 269.

este considerado direito de todo cidadão desde que observado o que está disposto nesta lei.

O Art. 2º desta lei diz: “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”<sup>62</sup>.

O planejamento familiar não é mais algo que está apenas ligado ao casal mais sim ao homem e a mulher de forma individual, sendo que estes podem incluir em seu planejamento familiar o uso de todos os métodos de concepção e contracepção desde que cientificamente aceitos.

De acordo com o Código Civil de 2002 em seu art. 1596 :

“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”<sup>63</sup>.

O Código não faz distinção entre filhos, sejam eles concebidos na relação marital ou entre os adotivos, além destes estão inclusos os inseminados artificialmente sejam eles por inseminação artificial homóloga ou heteróloga.

No tocante ao direito de filiação afirma Eduardo de Oliveira Leite<sup>64</sup>:

O direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida. O direito da filiação não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança.

Acerca da filiação tem o mesmo posicionamento a doutrinadora Maria Berenice Dias<sup>65</sup> quando diz “mãe não mais é aquela que carrega no ventre o filho fruto de uma relação sexual. Mesmo que não seja seu o óvulo, mesmo que não o tenha gestado, ainda assim pode concretizar o sonho da maternidade.”

A doutrina se torna majoritária em dizer que a maternidade se traduz não apenas pelo laço consanguíneo, mas sim pelo laço socioafetivo.

<sup>62</sup> Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regulamenta o §7 do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Do Planejamento Familiar. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em 02 Nov. 2014

<sup>63</sup> Código Civil. In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011

<sup>64</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit.

<sup>65</sup> DIAS, Maria Berenice. **Barriga de Aluguel**: Admissibilidade – “Sublime missão mediante pagamento”. Jornal Carta Forense. São Paulo, capa dezembro – 02/12/2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel-admissibilidade/4992>>. Acesso em 29 de junho de 2014.

Maria Berenice Dias<sup>66</sup> ainda reforça seu posicionamento a respeito das técnicas de Reprodução Assistida e a formação das famílias nos dias atuais.

Desde o desenvolvimento e popularização dos modernos métodos de reprodução assistida, ninguém precisa casar para ter filhos. Sequer é necessário manter uma relação sexual. Agora, qualquer pessoa pode realizar o sonho de ser pai ou de ser mãe, mesmo sem dispor de material genético ou participar do processo reprodutivo. Foi de tal ordem a evolução que a identificação dos vínculos parentais não mais se pode buscar na verdade biológica. Pai não é mais o marido da mãe, como presume a lei. Nem ao menos é necessário que tenha "feito amor" com ela. Não é preciso qualquer contribuição sua para ser pai. Basta desejar ter um filho. Ele será seu.

Para a autora não é preciso estar casado para se ter um filho, que o homem e a mulher que desejam ter filhos individualmente podem concretizar o sonho de ser pai ou mãe, não sendo necessária a constituição de matrimônio para isso porque a paternidade e a maternidade se formam com o afeto, desta mesma forma os casais homoafetivos podem realizar seu projeto parental.

Acerca da polêmica de pais e filiação nas relações homoafetivas a autora comenta:

É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de bancos de material reprodutivo, o que permite um do par ser o pai ou a mãe biológica, enquanto o outro fica excluído da relação de filiação. Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Também lésbicas extraem o óvulo de uma, que, fertilizado in vitro, é implantado no útero da outra, que vem dar à luz. Não há restrição alguma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir o uso de tais práticas. Em ambos os casos, torna-se imperioso perguntar: afinal, quem são os pais dessas crianças? Qualquer resposta que não reconheça que os bebês têm dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar alguma justificativa para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas afrontam cânones consagrados constitucionalmente, como o direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana e infirmam o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à convivência familiar. De outro lado, permitir que exclusivamente o pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho assim gestado é olvidar tudo o que vem a Justiça construindo com relação aos vínculos familiares através de uma visão mais ampliada da estrutura da família<sup>67</sup>.

A autora explica que não há nenhum impedimento legal que impeça o uso das técnicas de fertilização in vitro por casais homossexuais, não havendo o que se indagar a respeito da paternidade da criança se esta foi desejada da mesma forma

---

<sup>66</sup>DIAS, Maria Berenice. op. cit.

<sup>67</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.342

que seria por um casal heterossexual, e mesmo um dos companheiros da relação não tendo o vínculo biológico com a criança, este será considerado pai ou mãe decorrente de laços afetivos.

O ENUNCIADO de Nº 45 do Conselho nacional de Saúde – CNJ diz que “nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento”<sup>68</sup>.

Diante do exposto é importante ressaltar que nas relações de filiação na gestação por substituição, existem várias dificuldades na definição da maternidade da criança, esta celeuma é evidenciada devido à falta de se estabelecer critérios para a formalização da utilização desta técnica, a necessidade de se convencionar pactos entre as pessoas desta relação deveria ser como nos contratos, que abrangeria a obrigatoriedade da entrega da criança após seu nascimento aos pais desejosos, assim como, a impossibilidade de desistência de recebimento da criança por estes mesmo pais, pois assim recairia a criação pra a mãe substituta a qual teria que ficar com uma criança que não desejou ter.

#### **4 A GESTAÇÃO SUBSTITUTA E A FILIAÇÃO CONTRATADA ABORDAGENS JURÍDICAS**

Na sociedade atual muitas são as relações jurídicas, estas estão presentes no cotidiano e está praticamente em todos os atos da vida civil. Na gestação por substituição não é diferente, pois existe entre as partes uma relação jurídica de que convencionam um acordo entre as partes.

Acerca dos Contratos Carlos Roberto Gonçalves conceitua como sendo um acordo de vontade que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir direitos. Constitui fonte de obrigação, considerado como o mais expressivo modelo de negócio jurídico bilateral<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup>Conselho nacional de Saúde. ENUNCIADO de Nº 45 CNJ. Disponível em: <[http://www.cns.org.br/links/menup/infor\\_jur\\_14/infor\\_03.htm](http://www.cns.org.br/links/menup/infor_jur_14/infor_03.htm)>. Acesso em: 21 Nov. 2014.

<sup>69</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das obrigações, parte especial: tomo I, contratos – (Coleção sinopses jurídicas; v. 6, t. I) 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011, p.25.

Ainda sobre os contratos enfatiza Gonçalves<sup>70</sup> que “A ideia de um contrato com predominância da autonomia da vontade, em que as partes discutem livremente as suas condições em situação de igualdade [...]”.

Assim os contratos para serem válidos devem ser realizados de comum acordo entre as partes e as condições estabelecidas devem ser convencionadas de forma a trazer benefícios a ambas as partes.

Para um contrato se tornar válido as partes devem se ater aos requisitos estabelecidos: os de ordem geral, inerentes a todos os atos da vida civil, como a capacidade jurídica do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei; e os de ordem específicos que são o consentimento recíproco ou o acordo de vontade<sup>71</sup>.

A capacidade jurídica, um dos principais requisitos da validade dos contratos preconiza que para ser capaz o agente não pode se enquadrar nas hipóteses estabelecidas nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 que trata das incapacidades absoluta e relativa.

Após todo este contexto, é de se indagar qual seria a contraprestação de uma pessoa que cede seu útero para gestação do filho de outrem, pois se esta criança for gerada por uma terceira pessoa que não tem nenhum parentesco com o casal solicitante, é de se pensar que seria uma contraprestação pecuniária, o que é proibido em nosso ordenamento pátrio.

Conforme dispõe o artigo 199 § 4º da Constituição de 1988, “a lei disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisas e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e de seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização”<sup>72</sup>.

A carta magna não aborda a prática gestação por substituição em seu texto constitucional, mas a redação desse artigo deixa implícita a vedação à comercialização desta prática, pois a gestação de substituição é um tratamento destinado a resolver problemas de infertilidade, esterilidade ou outro problema ligado a impossibilidade de gestar e o dispositivo menciona, substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisas e tratamentos.

---

<sup>70</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.14.

<sup>71</sup> Ibid., p. 15.

<sup>72</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011.

Para coibir à comercialização a resolução de nº 2.013/2013 do CFM, proíbe expressamente a realização da gestação por pessoas que não tenham nenhum tipo de parentesco com os solicitantes do procedimento, sendo necessário que este parentesco seja até o quarto grau.

Nesse sentido, entende Tycho Brahe Fernandes<sup>73</sup>, que “por se tratar de um acordo previamente pactuado entre as partes, a mulher que cedeu o útero deve estar ciente de que não terá direitos sobre a criança”.

A mulher que se prestar a doar seu útero para a realização da gestação subrogada deve ter consciência de que será mera portadora, não tendo nenhum poder sobre a criança.

Na maternidade substitutiva, assevera Eduardo de Oliveira Leite<sup>74</sup> que “a mãe portadora é a mulher fértil que apenas empresta o seu útero, e nele reimplanta-se um ou vários embriões obtidos através da fertilização in vitro, que contém os óvulos e os espermatozoides do casal solicitante”.

Neste contexto não há o que se falar em contato oneroso já que a mulher disponibiliza seu útero a título de empréstimo para que este seja inseminado, uma espécie de comodato que nos contratos só existe na modalidade gratuita.

Há duas correntes doutrinárias que defendem ser válido o contrato de gestação por outrem ser celebrado de forma gratuita, entre os que seguem esta corrente está Maria Berenice Dias<sup>75</sup>, Janaína de Lima Veiga<sup>76</sup>, Maria Cláudia Brauner<sup>77</sup>, Francisco Vieira Lima Neto<sup>78</sup>, Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>79</sup>, entre outros (corrente majoritária), já quem é contra este posicionamento diz que não há

---

<sup>73</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. op. cit.

<sup>74</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit.

<sup>75</sup> DIAS Maria Berenice, Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336-337

<sup>76</sup> VEIGA Janaína de Lima, Validade Jurídica do Contrato de Gestação de substituição. In: Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco. Recife, v. 11, n. 23, jan./jul. 2006, p. 475-476.

<sup>77</sup> BRAUNER Maria Cláudia, Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 02 Nov. 2014

<sup>78</sup> NETO Francisco Vieira Lima. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (Org.). O Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001, p. 140.

<sup>79</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Conflito Positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: Carlos Maria Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiroz (Coords.). Biotecnologia e suas implicações técnico-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 314.

nada de ilegal ou de ilícito contratar de forma onerosa, se destaca com este pensamento Laura Dutra de Abreu<sup>80</sup>.

O posicionamento majoritário que defende a gestação por substituição apenas de forma gratuita alegam que prezam pela defesa da dignidade da criança, do consentimento livre e consciente das partes contratar e, além disso, da vedação das transações comerciais do corpo humano e conseqüentemente de material genético, estaria ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, afinal o objeto do contrato esta vinculado a personalidade dos contratantes e da criança, e por isso não admite não é tolerável a contraprestação representativa de uma comercialização de tais personalidades. Reduzindo assim a gestante e a criança principalmente a categoria de objeto.

O Código Civil de 2002 dispõe sobre a liberdade contratual prevista no art. 421, desde que respeitadas à função social do contrato, nestes termos: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Preceitua ainda o art. 425: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”<sup>81</sup>.

E os pactos existentes no contrato devem ser cumpridos, como leciona Carlos Roberto Gonçalves<sup>82</sup>:

Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-los, não podendo se forrarem às suas conseqüências, a não ser com anuência do outro contratante. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada.

Mesmo que a lei defina através do princípio da autonomia da vontade que ninguém é obrigado a contratar, cabe ressaltar que, a liberdade para contratar só é admitida nos limites da “função social<sup>83</sup>”.

---

<sup>80</sup> ABREU, Laura Dutra de Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos no Direito Português e Brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago./set. 2009, p. 102-104.

<sup>81</sup> Código Civil. In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011

<sup>82</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol.3: Contratos e Atos Unilaterais, 9.ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 38.

<sup>83</sup> A Função social dos contratos é de ser um veículo de circulação de riquezas.

Cabe ressaltar que no Brasil não é permitida a utilização da gestação sub-rogada de forma onerosa e sim gratuita. No art. 199, § 4º da Constituição da República de 1988 diz “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”<sup>84</sup>.

Assim como preconiza o item 2 da Resolução 2.13/2013 do CFM que trata da gestação sub-rogada falando sobre a vedação imposta pela resolução a comercialização do ato de cessão temporária de útero “ A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”<sup>85</sup>.

No Brasil não admite a forma onerosa da gestação sub-rogada, a mesma deve ser gratuita, mas nada impede que a futura família da criança seja provedora do custeio de consultas médicas da mulher doadora do útero, de medicamentos, e de sua alimentação durante toda a gestação, mas para que isso e outros parâmetros a serem observados sejam efetivados é necessário a iniciativa do Poder Legislativo para aprovação de projetos de lei que visem a regulamentação da matéria.

## **5 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA**

No Brasil o debate para a regulamentação das técnicas de reprodução medicamente assistida vieram tardiamente, e hoje o que existe no que diz respeito a legislação no tocante a reprodução assistida é a Lei de Planejamento familiar Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 que foi instituída pela Carta Magna e a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina – CFM (que revogou a Resolução do CFM 1.957/2010)<sup>86</sup>.

Não há no Brasil norma legal que regulamente os conflitos que possa advir da gestação por substituição. A abordagem que o Conselho Federal de medicina faz acerca da gestação de substituição (doação temporária de útero) em seu inciso VII, são alguns parâmetros que devem ser respeitados.

---

<sup>84</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São

<sup>85</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. op. cit.

<sup>86</sup> Gesta por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. 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:

As clínicas centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça a gestação por fatores genéticos ou por fatores que contraindique questões relacionadas saúde, ou até mesmo em casos de união homoafetiva<sup>87</sup>.

Na Seção VII em seu artigo 1º dispõe que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.<sup>88</sup>

É importante a observação dessas determinações, pois sem o qual o procedimento não poderá ser realizado, pois o parentesco é para evitar o caráter comercial e a idade máxima para evitar riscos à saúde da doadora.

A Resolução nº 2.013/2013 do CFM<sup>89</sup> diz que para ser feito este procedimento é de suma importância o preenchimento de alguns requisitos:

- a) A doadora temporária deve pertencer ao mesmo grau de parentesco até o 4º grau;
- b) A doação temporária de útero não pode ter fins lucrativos;
- c) As clínicas de reprodução devem estar de posse dos seguintes documentos para a realização do procedimento: termo de consentimento assinados por todos os envolvidos, relatório médico, contrato firmado entre as partes, os riscos inerente a maternidade, a impossibilidade de interrupção da gestação, caso a doadora do útero for casada terá que apresentar a aprovação do cônjuge, entre outros.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa a importância de determinações legais no sentido que a procriação assistida somente seja permitida com expresse consentimento dos cônjuges e mediante a comprovação de necessidade, oportunidade e conveniência, com objetivo de prevenir problemas de ordem ética e jurídica. Projeto de lei sobre reprodução assistida, em trâmite no Senado Federal, inclina-se a proibir a possibilidade de procriação artificial à mulher não casada ou não vinculada a uma união estável<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Op.cit.

<sup>88</sup> Id.

<sup>89</sup> Id.

<sup>90</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, Vol.V, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

Partindo da premissa é notória a necessidade de regulamentação da matéria estudada por não ter uma legislação específica que aborde este assunto, é que se nota o quanto é importante que sejam criado e aprovados projetos de leis, pois a Resolução nº 2.013/13 do CFM mesmo sendo a única que aborda este assunto, ainda não tem força de Lei.

No Senado Federal existe um Projeto de Lei, PLS N° 90 de 09 de março de 1999, chamado de “Substitutivo” que dispõe sobre a Reprodução Assistida, projeto elaborado pelo Senador da República Lúcio Alcântara, nele estão disciplinados o uso das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA). Este Projeto de Lei divide-se em oito temas, a Seção I - Dos princípios gerais; Seção II - Do consentimento livre e esclarecido; Seção III - Dos serviços de saúde e os profissionais; Seção IV - Das doações; Seção V - Dos gametas e embriões; Seção VI - Da filiação da criança; Seção VII - Das infrações e penalidades e a Seção VIII – Das disposições finais<sup>91</sup>.

Vale salientar que este projeto tem por objetivo regular as técnicas de reprodução assistida bem como na fixação de competência das clínicas de reprodução, fixação de normas para implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados in vitro, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, na utilização da gestação por substituição e que prevê punições para aqueles que utilizam a técnica de forma não estabelecida nos dispositivos da lei<sup>92</sup>.

O projeto trata, ainda, da utilização da RA, que só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto na Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. Tal utilização estaria submetida às seguintes condições: infertilidade irreversível ou infertilidade inexplicada; infertilidade que não decorra da passagem reprodutiva; capacidade da receptora da técnica; probabilidade efetiva de sucesso, sem risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança; e, no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, mediante indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Projeto de Lei do Senado de N° 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999. Disponível em: < [http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst2.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm) >. Acesso em: 10 Nov. 2014

<sup>92</sup> Projeto de Lei do Senado de N° 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999. Disponível em: < [http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst2.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm) >. Acesso em: 10 Nov. 2014

<sup>93</sup> ANÁLISE PRELIMINAR DO PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 90, DE 1999. Documentos Jurídicos. Disponível em: < [http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc\\_juridicos/parecer90.htm](http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc_juridicos/parecer90.htm) >. Acesso em: 02 Nov. 2014.

Algo muito importante que foi abordado neste projeto de lei O PLS, nº 90, de 1999, dispõe em seu art. 19 que o doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais<sup>94</sup>.

Ao elaborar este artigo, o legislador foi bem categórico no que diz respeito a entrega da criança após seu nascimento quando deixa claro que não haverá nenhum vínculo com a doadora de útero, nem com a doadora do óvulo.

Este projeto de lei se encontra atualmente na Secretaria de Arquivos como processo arquivado, aguardando decisão da Câmara dos Deputados desde 08/01/2007. O Projeto Fixa às normas, para a realização da técnica de reprodução assistida, a implantação do embrião no aparelho reprodutor da mulher receptora; fixação das normas de competência das clínicas e centros de reprodução; normas para imputação de pena, nos crimes praticados por aqueles que realizarem essa técnica e os praticados pelos beneficiários<sup>95</sup>.

Enquanto não se tem respostas sobre quando este projeto de lei enfim será regulamentado, resta apenas à resolução nº 2.013/2013 do conselho federal de medicina é o único aparato para dirimir os possíveis conflitos advindos da reprodução assistida no tocante à gestação por substituição.

Segundo Tycho Brahe Fernandes<sup>96</sup>, acerca da Resolução do Conselho Federal de Medicina, “mesmo não tendo força de lei, a resolução vincula os médicos e clínicas, os quais seriam os únicos a ter condições de promover a transferência de embrião fecundado in vitro para o útero sub-rogado”.

Por não ter força de lei e a resolução do CFM ser apenas um parâmetro a ser seguido, isto permite que sejam feitas práticas ilegais da gestação por substituição em variadas formas. No âmbito do direito penal a gestação por substituição encaixa-se perfeitamente na Lei nº 9.434/97 que dispõe em seu artigo 15 que comprar ou vender tecidos, órgão ou partes do corpo humano é crime punido com pena de

---

<sup>94</sup>Projeto de Lei do Senado de Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst2.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm)>. Acesso em: 10 Nov. 2014

<sup>95</sup>SENADO FEDERAL - Portal Atividade Legislativa – Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em : <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304)> Acesso em: 02 Nov. 2014.

<sup>96</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. op.cit. p.77.

reclusão de 3 a 8 anos e multa, e ainda concorre pra mesma pena aquele que promove, intermédia, facilita ou aufere qualquer vantagem na transação<sup>97</sup>.

De acordo com a resolução só poderá ser feito o procedimento da gestação por substituição desde que a técnica seja utilizada por mulheres inférteis, que não consigam engravidar ou que a gestação seja contraindicada, sendo àquela prática permitida, desde que sejam preenchidos todos os requisitos dispostos no Código de Ética Brasileiro através da Resolução<sup>98</sup>.

Geraldo Zimar de Sá Júnior<sup>99</sup> fala da falta de normatização na gestação sub-rogada, fazendo com que esta prática se torne irregular frente ao Conselho Federal de Medicina.

A ausência de normatização legitima a liberalidade indiscriminada da prática da maternidade de substituição; apoiando-se na perspectiva de que “o que não é proibido, é permitido” a prática foi vulgarizada pelo comércio clandestino, criando-se uma verdadeira rede comercial de barrigas de aluguel, onde mulheres interessadas em um incremento financeiro, independente do motivo, se propunham a emprestar o seu útero de aluguel em verdadeira transação financeira. Tal comércio é aquecido pela praticidade, atraindo a atenção de casais que não possuem melhores condições de atenderem as requisições da resolução do Conselho Federal de Medicina.

Se não há uma norma tipificadora, então seria possível dizer que a pratica de comercialização de útero a alheio na gestação por substituição não seria crime, já que não existe lei que a defina como ilícita? Contudo por afrontar a constituição resultaria em ilegalidade, e mesmo não tendo lei a resolução do CFM, proíbe que este tipo de comercio seja realizado pelos centros e clínicas de reprodução.

A gestação sub-rogada não foi recepcionada pelo Código Civil brasileiro tendo um tratamento muito tímido a cerca da fecundação artificial homologa e heteróloga, não tendo assim, um aprofundamento muito significativo.

De acordo com Oliveira e Marques<sup>100</sup>:

<sup>97</sup>JUS NAVIGAND . Barriga de aluguel: Legalizar?. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26030/barriga-de-aluguel-legalizar>> Acesso em: 15 Nov 2014

<sup>98</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. op. cit.

<sup>99</sup> Sá JÚNIOR, Geraldo Zimar de. op. cit.

<sup>100</sup> OLIVEIRA, Cecilia Barroso de; MARQUES, Herika Janayna Bezerra de Menezes Macambira. Aspectos Jurídicos da Maternidade de sub-rogação. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2569.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2569.pdf)>. Acesso em: 02 Nov. 2014, p. 1226.

O Código Civil iniciou a discussão acerca dos filhos havidos por meio de reprodução assistida, mas não adentrou no tema relacionado às mães em sub-rogação, deixando uma lacuna na lei. O silêncio do Código Civil prejudica de sobre maneira as relações de parentesco oriundas de técnicas de reprodução assistida heteróloga.

Sobre este assunto Sílvio de Salvo Venosa<sup>101</sup> enfatiza o que o Código Civil de 2002 diz sobre a Reprodução Assistida:

Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema.

Os autores acima entram em concordância no que diz respeito a não abordagem sobre o assunto pelo Código Civil de 2002, e que a falta de regulamentação traz consigo um problema, que é, de como lidar com as situações que possam advir da utilização destes procedimentos, e quais as soluções serão utilizadas já que o Código se mostra silente nestas questões.

A abordagem que o Código Civil faz é no art. 1.597, III, IV, V, CC/2002 dispõe que presumem-se concebidos na Constança do casamento os filhos nascidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os que foram havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido<sup>102</sup>.

As questões jurídicas envolvendo a gestação por substituição, não deverão ser resolvidas e julgadas segundo as regras do direito contratual, sendo que a solução para estas questões por não ser reguladas devem advir de uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Desta forma, vale salientar que o § 4º do artigo 199, da Constituição Federal, dispõe: § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante,

---

<sup>101</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>102</sup> Código Civil. In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011.

pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização<sup>103</sup>.

Assim de acordo com este artigo nota-se que a Constituição de 1988 veda qualquer forma de comercialização de partes humanas, garantindo assim a dignidade humana.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo dos anos pesquisadores científicos buscam soluções o problema da infertilidade e da esterilidade humana através das técnicas de reprodução assistida, isso veio como acalento para homens e mulheres que desejam ter filhos e que antes não podiam.

Após o desenvolvimento dessas técnicas surge a gestação por substituição que se dá de duas formas, a primeira é com a utilização a inseminação homóloga e o material fertilizante a ser utilizado, pertence ao casal, pais da criança, a segunda é a heteróloga aquela que o material fertilizante, é fornecido por uma terceira pessoa, e a gestação será feita por uma mulher denominada doadora temporária de útero, a qual ficará obrigada a entregar a criança ao nascer.

A gestação por substituição, técnica de reprodução assistida estudada nesta pesquisa científica, ajuda homens e mulheres a concretizar o sonho de ter sua própria prole, sendo indicada para casais que tenham algum problema médico ligado a esterilidade, infertilidade ou em mulheres com má-formação no aparelho reprodutor. Casais homoafetivos também buscam esta técnica para realizar o tão sonhado projeto parental.

Os problemas relacionados à gestação por substituição envolvem questões na determinação da maternidade, uma vez que não há lei que defina isso, a criança será considerada filha daquela que idealizou o projeto parental ou será daquela que gestou. Para este tipo de conflito o jurista deverá analisar o que é melhor para a criança, observando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse da criança.

Em virtude do que foi mencionado, a gestação por substituição vem sendo alvo de críticas por não ter uma lei específica que pontue esse assunto, o que

---

<sup>103</sup>Constituição da República Federativa do Brasil (1988). In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011.

atualmente vem sendo utilizado como parâmetro para dirimir possíveis conflitos existentes é a Resolução de nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina que permite a utilização desta prática desde que preenchidos os requisitos presentes nesta resolução.

Existe um projeto de lei tramitando no Senado federal PLS Nº 90/1999, chamado Substitutivo criado pelo Senador da República Lúcio Alcântara, mas que devido a emendas desenvolvidas para preencher as lacunas deste projeto e estas não terem plena aprovação da Comissão de Assuntos Sociais, este projeto encontra-se estacionada na Câmara dos Deputados.

## 7 REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra de. **Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição** - principais aspectos no Direito Português e Brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago./set. 2009.

BÍBLIA. **A Bíblia da Mulher**: leitura, devocional, estudo. Traduzida. Português. Sociedade Bíblica do Brasil. Editora Mundo Cristão. 2003.

BRASIL, **Código Civil**. In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011.

\_\_\_\_\_. Conselho Federa de Medicina. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução como dispositivo deontológico a ser seguidos pelos médicos**. RESOLUÇÃO CFM Nº 2013/2013 que revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publicada no D.O.U. 09/05/2013. Seção I, p.119. disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)> acesso em: 10 Out 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. In: Vade Mecum. 12. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Ridel, 2011.

\_\_\_\_\_. Conselho nacional de Saúde. **ENUNCIADO de Nº 45 CNJ**. Disponível em: <[http://www.cns.org.br/links/menup/infor\\_jur\\_14/infor\\_03.htm](http://www.cns.org.br/links/menup/infor_jur_14/infor_03.htm)>. Acesso em: 21 Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regulamenta o §7 do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Do Planejamento Familiar.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em 02 Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado. **PLS Nº 90 (SUBSTITUTIVO), DE 1999.** Disponível em: < [http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls90subst2.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst2.htm) >. Acesso em: 10 Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. SENADO FEDERAL - **Portal Atividade Legislativa** – Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em : <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=1304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304)> Acesso em: 02 Nov. 2014.

BRAUNER Maria Cláudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana: ética e direito.** Campinas, SP: Edicamp, 2003.

DIAS Maria Berenice. **Direito de Família.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336-337

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

\_\_\_\_\_. op.cit. 3ªed, São Paulo, RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Barriga de Aluguel:** Admissibilidade – “Sublime missão mediante pagamento”. *Jornal Carta Forense.* São Paulo, capa dezembro – 02/12/2009. Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel-admissibilidade/4992>>. Acesso em 29 de junho de 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 317.

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

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito:** aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal. 2000.

FGO. **Clinica de Fertilidade Fertilidade:** Infertilidade e Esterilidade. Disponível em: <<http://clinicafgo.com.br/fertilidade/infertilidade-e-esterilidade/>> . Acesso 02 Nov. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: **Direito das Famílias:** As famílias em perspectiva constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado.** Júris Síntese Millennium. 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: 02 Nov. 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol.3:** Contratos e Atos Unilaterais, 9.ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 38.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6:** Direito de Família – 9º Ed. – São Paulo. 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito das obrigações, parte especial:** tomo I, contratos – (Coleção sinopses jurídicas; v. 6, t. I) 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES, Joaquim Roberto Costa; FEBRASGO. **Tratado de Ginecologia: 63. Aspectos Éticos da Inseminação Artificial.** Vol 1. Rio de Janeiro: Revinter, 2000.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida:** aspectos éticos jurídicos. 1a ed. (ano 2003), 6a tir./ Curitiba: Juruá, 2008.

MARQUES, Alessandro Brandão. **Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga** . In: Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21725/as-questoes-juridicas-da-inseminacao-artificial-heterologa>>. Acesso em: 02. Nov. 2014.

MARTINELLI, Lorhainy Ariane Lagassi. **Aspectos jurídicos do anonimato do doador de sêmen na reprodução humana heteróloga.** In: Âmbito Jurídico, Rio

Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_leitura&artigo\\_id=10916](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leitura&artigo_id=10916)>. Acesso em 02 Nov. 2014.

MENDES, Christine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade:** implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro heteróloga. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

MILANEZ, Carlos José Cogo; RICHETTI, Tatiana. **Da Decadência da Presunção da “Mater semper certa est”** the Decline of “Mater semper certa est” presumption. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=56f9f88906aebf4a>>. Acesso em: 10 Nov. 2014.

NETO Francisco Vieira Lima. **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem.** In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (Org.). O Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: RT, 2001.

NETO. Pedro Camilo de Figuerêdo. **Gestação por substituição e sua abordagem no direito Penal.** 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20267/gestacao-por-substituicao-e-sua-abordagem-pelo-direito-penal>>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

OLIVEIRA, Cecilia Barroso de; MARQUES, Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira. **Aspectos Jurídicos da Maternidade de Sub-rogação.** São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2569.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2569.pdf)>. Acesso em: 02 Nov. 2014, p. 1226.

PALUDO, Anison Carolina. **Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos.** In: JUS NAVIGANDI. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2333/bioetica-e-direito#ixzz3HvMloiaM>> acesso em: 02/11/2014>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bio-ética.** 4. ed. São Paulo: Loyola, 1997.

PORTAL DA EDUCAÇÃO Cursos Online: Mais de 1000 cursos online com certificado. **Inseminação Artificial homologa e heteróloga.** Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/18122/inseminacao-artificial-homologa-e-heterologa#ixzz3Hjqo0uBQ>>. Acesso em: 02 Nov. 2014.

SÁ JÚNIOR, Geraldo Zimar de. **Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13892&revista\\_caderno=14](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13892&revista_caderno=14)>. Acesso em 10 Nov. 2014.

SOUZA, de Vivian. **Reprodução humana assistida e família monoparental**. Ed. Simplissimo Livros Ltda . 2010 – Reprodução digital. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=GGlu-HUz3V8C&printsec=copyright&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false> >. Acesso em: 02 Nov. 2014

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. **Aspectos contemporâneos da reprodução assistida**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2985](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985)>. Acesso em nov 2014.

ROCHA, Renata Da. **O Direito a Vida E a Pesquisa Em Celulas-tronco**. editora Elsevier , Rio de Janeiro, 2008.

Revista de Ciências jurídicas e Sociais. **Gestação de Substituição direito a ter um filho**. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/viewFile/914/894> > Acesso em: 05 Out 2014.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. **Gestação de Substituição: Direito a ter um filho**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, v.1, n.1, São Paulo: 2011.

SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão (Org.). **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Conflito Positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição**. In: Carlos Maria Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiroz (Coords.). Biotecnologia e suas implicações técnico- jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VEIGA Janaína de Lima, **Validade Jurídica do Contrato de Gestação de substituição**. In: Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco. Recife, v. 11, n. 23, jan./jul. 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil, Vol.V**, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

# PREGNANCY FOR REPLACEMENT AND THE RIGHT TO MEMBERSHIP IN THE LIGHT OF JURISDICTION BRAZILIAN

## ABSTRACT

Work Completion of course presents a study of pregnancy and replaced by the right to membership in the light of the Brazilian legal system, the overall goal of the research is to contribute to the debate on which legal barriers to the applicability of the right of membership in cases involving pregnancy by substitution and other issues surrounding the topic, both for the study outlined three specific goals: to check that the Federal Council of Medicine talks about the techniques RMA (Medically Assisted Reproduction) in the use of gestation by substitution; address the doctrinal concepts of pregnancy by substitution and the reasons for which are being sought using this method and that Brazilian legislation talks about the right of membership; analyze major issues involving the right to membership in pregnancies substitution. With the present study has aimed from exploratory research examining legally, the criteria that should involve defining the child's parentage generated surrogate motherhood without losing sight yet, the observance of all the problems related to practice unrestrained expression of the aforementioned reproductive techniques, when performed on the shores of the relevant shaded further by the absence of any statutory regulation on the matter ethical provisions.

**Keywords:** Management by substitution. Right to membership. Regulations.