



**Vívian Dezirê Santos Martins**

**GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO: A (in) constitucionalidade  
da vedação do contrato oneroso frente a ausência de  
legislação específica**

**IPATINGA/MG**

**2021**

**VÍVIAN DEZIRÊ SANTOS MARTINS**

**GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO: A (in) constitucionalidade  
da vedação do contrato oneroso frente a ausência de  
legislação específica**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ipatinga – FADIPA, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Diego Fillipe Otoni de Barros Castro.

**FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA**

**IPATINGA/MG**

**2021**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me concedido sabedoria e discernimento em todos os anos da faculdade, e, também, para concluir o presente trabalho.

Expresso minha gratidão também a minha família, meus pais e irmãos, pelo apoio incondicional, pela ajuda na superação das adversidades surgidas no caminho, e por serem minha fonte inesgotável de amor e carinho.

Ao corpo docente da faculdade, pela conhecimento e incentivo repassado ao longo da graduação em Direito, em especial ao meu orientador, professor Diego, o melhor professor de Direito Civil que tive o privilégio de conhecer.

Agradeço ainda os meus amigos e colegas de classe que estiveram comigo na passagem pela faculdade, e aos que, de alguma forma, contribuíram para minha formação.

A vocês, meu muito obrigada.

*“A coisa mais importante na vida é ter um filho.  
Nada é mais especial do que uma criança.”*

*Robert Edwards*

## RESUMO

A presente monografia teve como objetivo analisar a técnica de reprodução humana assistida conhecida como gravidez de substituição, assim como o contrato oneroso que, apesar de vedado pela resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), é amplamente realizado às margens da ilegalidade. A pesquisa realizada trouxe primeiramente considerações sobre o instituto família e a evolução da figura feminina na sociedade, a Ética e seu diálogo com o Direito, posteriormente, aprofundou no estudo da reprodução humana assistida e possíveis problemáticas que podem vir a surgir com a utilização da técnica. Por fim, analisou a proibição de realizar o contrato de gestação com fins econômicos sob à ótica dos direitos e garantias fundamentais, ressaltando a necessidade de criação de legislação específica.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Direito Constitucional. Gravidez de substituição. Contratos. Onerosidade. Reprodução Humana Assistida.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FIV – Fertilização *in vitro*

PL – Projeto de Lei

RA- Reprodução Humana Assistida

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FAMÍLIA E A AUTONOMIA DA MULHER .....</b>	<b>11</b>
2.1 Evolução do instituto família .....	11
2.2 Autonomia da mulher.....	12
<b>3 A BIOÉTICA E A RELAÇÃO COM O DIREITO .....</b>	<b>14</b>
<b>3.1 A Bioética.....</b>	<b>14</b>
3.1.1 <i>Princípio da não-maleficência</i> .....	14
3.1.2 <i>Princípio da autonomia</i> .....	14
3.1.3 <i>Princípio da beneficência</i> .....	15
3.1.4 <i>Princípio da justiça</i> .....	15
<b>3.2 O Biodireito .....</b>	<b>15</b>
<b>4 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RA) .....</b>	<b>17</b>
4.1 Conceito de infertilidade .....	17
4.2 Técnicas de Reprodução Humana Assistida (RA) .....	17
4.2.1 <i>A gestação de substituição</i> .....	18
4.2.2 <i>Atribuição da filiação</i> .....	22
4.2.3 <i>O abandono afetivo</i> .....	24
4.3 A aceitação do método em alguns países .....	24
4.4 Análise de casos reais .....	27
<b>5 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DO CONTRATO ONEROSO .....</b>	<b>30</b>
5.1 Do princípio da legalidade .....	30
5.2 Da responsabilidade penal .....	32
<b>6 A COISIFICAÇÃO HUMANA .....</b>	<b>35</b>
6.1 O receio da coisificação humana .....	35
6.2 A indústria de barriga de aluguel .....	36

**5 CONCLUSÃO .....38**

**REFERÊNCIAS.....39**

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando a evolução do instituto família e da ciência, os métodos de reprodução humana assistida (RA) surgem para viabilizar a formação de família na vida de casais estéreis e/ou homoafetivos. A presente monografia analisará a gestação de substituição, os requisitos que, se cumpridos, viabilizam o contrato de gestação, e a realização de forma onerosa, em outros termos, com uma contraprestação a mulher que cedeu temporariamente o útero.

O crescente número de pessoas que recorrem as técnicas de reprodução assistida desperta a necessidade de discutir o tema, além de que, a cessão temporária de útero e todas as outras técnicas de reprodução humana assistida não possuem lei específica que regulamente, sendo dispostas apenas através de resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), confrontando dispositivos legais como autonomia privada das partes, o direito de construir família sem intervenção do Estado e o princípio da legalidade.

A pesquisa visa estudar o procedimento de gravidez de substituição, abordar brevemente a evolução do instituto família e do papel da mulher na sociedade, trazer aspectos em evidência quanto aos dilemas éticos e morais, bem como os problemas que podem vir a surgir com a utilização do método, elucidando se sua realização está em consonância com as normas constitucionais do ordenamento jurídico pátrio.

A pesquisa a ser realizada neste trabalho quanto a natureza pode ser classificada como básica. Da forma de abordagem do problema a pesquisa se classificará como qualitativa por utilizar conteúdos já publicados para a análise do problema e quantitativa por usar dados estatísticos e numéricos. A pesquisa será exploratória porque envolve levantamento bibliográfico, análise de questões que estimulam a compreensão e explicativa porque visa identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência do problema. Quanto à metodologia empregada, utilizar-se-á o método dedutivo, justifica-se a opção porque o método escolhido permite ao pesquisador propor uma hipótese a parte, por meio da dedução, para a sua comprovação ou não.

Obedecendo ao exposto, este trabalho se organizará tal como apresentado a seguir.

O primeiro capítulo apresentará considerações sobre o instituto família e a autonomia da mulher, explorando as mudanças que ocorreram tanto no instituto quanto no papel feminino na sociedade.

O segundo capítulo abordará a importância de se discutir a bioética e o biodireito nas técnicas de reprodução humana assistida, que surgiram como um dos meios de se concretizar o plano familiar.

O terceiro capítulo compreenderá a reprodução humana assistida e suas técnicas, com enfoque na gravidez de substituição. Aprofundou-se para a análise de questões como a filiação, o abandono afetivo e o mercado mundial.

O quarto capítulo trará a análise da (in) constitucionalidade da vedação do contrato oneroso de gravidez de substituição, frente a ausência de legislação específica.

Por último, o quinto capítulo trará uma observação sobre o receio da coisificação humana no crescente uso da manipulação genética.

Por fim, na conclusão será apresentado o resultado decorrente das análises realizadas em todo conteúdo do trabalho.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FAMÍLIA E A AUTONOMIA DA MULHER

A família é instituto base de uma sociedade, está diretamente ligada a formação de pensamento de um indivíduo e seu convívio no meio social. Contudo, o modelo familiar sofreu significativas mudanças ao longo da história até chegar ao que se conhece atualmente. É preciso enfatizar que a evolução do instituto está intimamente ligada ao campo jurídico, visto que, frente ao desenvolvimento da sociedade, muitas situações em que não existiam respaldo jurídico surgiram, e novas entidades familiares foram reconhecidas.

### 2.1 Evolução do instituto família

O antigo Código Civil, lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, abordou o instituto de acordo com a sociedade da época, ou seja, a família prevista era conservadora, patriarcal e matrimonializada. Da leitura do antigo código, percebe-se que a família era fruto do casamento, só havia família aquele que se casasse, e só eram legítimos os filhos havidos dentro do casamento e com relação de parentesco consanguíneo.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas sem o casamento e os filhos havidos ilegítimos eram punitivos e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservação do casamento (2013, p.30).

Silva (2002, p. 450-451) esclarece também que “a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal.”

Nesse contexto, Silvio Neves Baptista (2014, p. 26) pondera que: “Com o surgimento da industrialização, ocorreu o processo de urbanização acelerada e o surgimento de movimentos de emancipação das mulheres. Daí em diante, ocorreram profundas transformações econômicas e sociais, consequentemente comportamentais, que puseram fim à instituição familiar nos moldes patriarcais.”

Com a evolução social, econômica e as novas interações, fez-se necessária a evolução legislativa do instituto família, alterando, em partes, o modelo que era instituído tão somente pelo casamento. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família assume uma concepção múltipla, passando a existir novas formas de constituição familiar, como a monoparental e a união estável, findando ainda a discriminação entre os filhos, que anteriormente eram separados entre legítimos e ilegítimos.

No mesmo sentido, o atual Código Civil, lei 10.406, de 10 janeiro de 2002, buscou a igualdade material entre homem e mulher, visto que não seria tão somente o homem o responsável por exercer o pátrio poder dentro da sociedade conjugal.

## **2.2 Autonomia da mulher**

A estrutura familiar antiga tinha o homem como centro e chefe da casa, já a mulher, não possuía autonomia, era subordinada ao marido, assim como um dia foi subordinada ao pai, fato demonstrado inclusive no nome em que as mulheres casadas passavam a assinar, retirava-se o sobrenome do pai, acrescentava-se o do marido, ou seja, o ato mais parecia uma mudança de propriedade.

A lei nº 3.071/1916 foi uma codificação do século passado, onde a mulher casada não era vista perante a sociedade como alguém capaz de exercer o poder familiar, suas obrigações limitavam-se a cuidar da casa, marido e filhos. Exemplos disso, são as restrições impostas, como a necessidade de autorização do marido para que a esposa trabalhe, para que aceite uma herança ou para que ajuíze determinadas ações judiciais.

A desconstrução social do papel da mulher intentou muita luta, a busca por direitos femininos é marcada por resistências até este tempo. Em que pese a forma lenta em que se deu sua inserção, as mulheres passaram a exercer um papel mais ativo na sociedade, desempenhando não só suas atribuições domésticas, como também ocupando cargos no mercado de trabalho.

Com o aumento do poder econômico, mudanças significativas ocorreram na relação entre a mulher e o homem, atualmente, sua função não se limita a maternidade ou atividades domésticas. De acordo com o Portal G1, um estudo do Fundo de População da ONU, publicado em 2018, aponta que a média feminina de filhos declinou entre os anos de 2001 a 2015, de 2,2 filhos por mulher para 1,7.

Ainda de acordo com o estudo, o fenômeno se justifica pelo acesso aos métodos contraceptivos e a dificuldade de conciliação da vida profissional com a idade reprodutiva.

A revolução dos métodos contraceptivos permitiu à mulher ter mais liberdade de escolha quanto a ter filhos, ou o momento oportuno de tê-los. Por outro lado, o processo fez com que muitas mulheres decidissem ter filhos quando sua capacidade reprodutiva já estava comprometida, em muitos casos, a escolha tardia pela maternidade coloca em risco não só a saúde da mulher, mas também a do feto.

A reprodução é de extrema necessidade para a perpetuação das espécies, reproduzir é um extinto natural do homem, e, sem descendentes, não há continuidade. Desse modo, o campo da medicina tenta interferir nos processos naturais da vida humana que não se apresentam satisfatórios, no entanto, os avanços técnico-científicos esbarram em questões éticas e jurídicas no que concerne a dignidade da pessoa humana, surgindo, então, a necessidade de estudar a bioética e seu diálogo com as ciências jurídicas.

## **3 A BIOÉTICA E A RELAÇÃO COM O DIREITO**

### **3.1 A bioética**

A comunidade científica é um campo que está em constante evolução. Entretanto, para alcançar seus objetivos e materializar seus estudos, são necessários testes, análises, conferências e publicações, tudo em prol do avanço científico e tecnológico da sociedade, proporcionando-lhe mudanças capazes de trazer maior qualidade de vida aos que estão inseridos em seu meio.

Neste contexto, surge a bioética, visando estabelecer uma orientação intelectual e humana para as indagações que emergem dos avanços científicos. A bioética é interdisciplinar, compreende áreas como biologia, ciências exatas, filosofia, meio ambiente etc, e tem o modelo dos autores Beauchamp e Childress como mais adotado pelos países, o modelo é denominado como “principalista”, de 1989. Os princípios fundamentais desse modelo são: não-maleficência, autonomia, beneficência e justiça.

#### **3.1.1 Princípio da não-maleficência**

De acordo com o princípio da não-maleficência, a obrigação existente é de não causar dano intencional ao paciente, realizando um procedimento que seja menos prejudicial o possível, reduzindo os efeitos indesejáveis.

É previsto no art. 1º, do Código de Ética Médica (CEM), que é vedado ao profissional médico “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.”

#### **3.1.2 Princípio da autonomia**

No que concerne ao princípio da autonomia, a capacidade que as pessoas têm de tomar decisões devem ser respeitadas. Um médico não pode realizar um procedimento no paciente se não houve anuência quando este possuía poder de decidir. Nos casos em o paciente for incapaz, a família ou responsável legal deverá decidir por ele.

Saliente-se que, o Código de Ética Médica, prevê em seu art. 31, a autonomia do paciente, vedando ao médico “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

### **3.1.3 Princípio da beneficência**

O princípio da beneficência eventualmente é confundido com o da não-maleficência, em razão de serem correlativos, todavia, a beneficência diz respeito a ação que deve ser realizada. A obrigação consistida é agir em benefício, devem ser majorados os benefícios e minorados os prejuízos causados ao paciente.

No art. 32 do Código de Ética Médica é disposto que é vedado ao médico “Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.”

### **3.1.4 Princípio da justiça**

Já o princípio da justiça é retratado pela igualdade de direitos, pelo senso de equidade entre os indivíduos, e pelo acesso aos recursos médicos necessários.

Segundo Guy Durand, em sua obra *Introdução Geral à Bioética* (2003) “há justiça quando se obtém o que se merece, recebe-se o que é devido, colhe-se aquilo a que se tem direito”.

## **3.2 O Biodireito**

Frente a necessidade de estabelecer uma ligação entre a bioética e o direito, nasceu o biodireito, relacionando o estudo da vida com o ramo da ciência jurídica. Assim, o biodireito surge como instrumento mediador da aplicação das inovações científicas, protegendo sempre a dignidade da pessoa humana, direito fundamental previsto na Carta Magna.

Nesse contexto, Daury Cesar, em *Bioética e direitos fundamentais* (2003), analisa que:

“O Biodireito surge na esteira dos direitos fundamentais e, nesse sentido, inseparável deles. O Biodireito contém os direitos morais relacionados à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, representando a passagem do discurso ético para a ordem jurídica, não podendo, no entanto, representar “uma simples formalização jurídica de princípios estabelecidos por um grupo de sábios, ou mesmo proclamado por um legislador religioso ou moral. O Biodireito pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores”.

O diálogo do Direito com a Ética e Medicina é imperioso, posto que a lei é o meio de se legitimar, regulamentar ou proibir uma conduta. A medicina é capaz de proporcionar longevidade, tratamentos e recursos inéditos, já a ética, é necessária para nortear a relação entre a medicina e o homem, entretanto, sem a legislação, não há limite ou segurança.

Apesar de pertencerem a diferentes áreas de estudo, pontos de contato surgiram entre o Direito e a Medicina. Tem-se, como um desses pontos, o estudo das técnicas de Reprodução Humana Assistida (RA), visto que, apesar das técnicas de manipulação genética serem realizadas pelo campo médico, compete as leis regular os direitos e deveres inerentes, preservando a dignidade de todos.

## 4 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RA)

### 4.1 Conceito de infertilidade

A infertilidade é definida como a incapacidade de reproduzir após 12 meses de relações sexuais sem o uso de qualquer método contraceptivo. Assim, após esse período, o casal que está tentando engravidar e não obteve sucesso, é orientado a buscar atendimento médico especializado para definir a causa e realizar um tratamento.

### 4.2 Técnicas de Reprodução Humana Assistida (RA)

A reprodução assistida consiste em uma área do conhecimento científico detentora do saber, das técnicas e dos procedimentos pelos quais se permitem a fecundação artificial na expectativa de tratar de casos de infertilidade e de possibilitar a realização de um projeto familiar (OLIVEIRA, 2014).

Para Genival Veloso de França, na obra *Medicina Legal* (2001), o conceito de reprodução humana assistida é:

O conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada.

Surgida na Inglaterra em 1978, marcada pelo nascimento do primeiro “bebê proveta”, as técnicas de reprodução humana assistida foram um marco na história da humanidade. No Brasil, um caso semelhante foi ocorrer somente em 1984, com o nascimento de um bebê fruto de uma doação de óvulos.

Nos últimos anos, segundo levantamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o número de pessoas que procuram ajuda de especialistas em reprodução assistida só cresce, em 2018, 43.098 ciclos de fertilização *in vitro* foram realizados, um aumento de 18,7% se comparado com o ano anterior, e o dobro do total de ciclos registrados em 2012.

Atualmente, algumas técnicas de reprodução humana assistida se destacam, são elas: a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, doação de óvulo, doação de

espermatozoide e doação de útero. Por impossibilidade de gerar naturalmente um filho, futuros pais recorrem às práticas mencionadas fornecendo o material genético, para que, assim, realizem seus anseios no planejamento familiar.

#### 4.2.1 A gestação de substituição

Dentre as várias técnicas de RA, dá-se ênfase a gestação de substituição, também conhecida como maternidade substitutiva, que se traduz em duas práticas: a doação de material genético pelos pais biológicos, e a gestação substituta, em que uma mulher, a mãe substituta, sub-rogará seu útero para gerar e dar à luz a criança.

O procedimento é realizado por meio da fertilização *in vitro* (FIV), onde os gametas dos pais são coletados (modalidade homóloga) ou coleta-se os gametas doados (modalidade heteróloga), e a fecundação ocorre em laboratório. Após, o embrião é transferido para o útero, órgão responsável pelo seu desenvolvimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há uma lei em vigor sobre o tema, os instrumentos que regulamentam apenas preenchem lacuna legal. A primeira resolução foi publicada em 1992 pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), após, houve uma atualização em 2010, que foi revogada pela resolução 2.013/13, e esta última, por sua vez, revogada pela 2.121/15, publicada em setembro de 2015.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui os provimentos de 63/2017 e o de 83/2019 publicados, versam sobre os procedimentos para a realização do registro de nascimento dos bebês havidos por reprodução assistida.

No tocante às resoluções, a pioneira, em seu capítulo VII, previa que a cessão temporária de útero procederá da seguinte forma:

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

**1** - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

O Conselho Federal de Medicina (CFM) procedeu autorizando a realização da técnica, desde que, atualmente, preencha os requisitos da resolução 2.168/2017, que revogou a resolução 2.121/15. Também no capítulo VII, dispõe:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

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

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

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

3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

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

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

No que concerne às resoluções publicadas pelo CFM, visível que a mais recente, em comparação com a resolução pioneira, expandiu para questões importantes. As famílias homoafetivas, seja por impossibilidade ou por esterilidade, passaram a poder utilizar dos avanços da medicina na RA, buscando meios alternativos para materializar o sonho de construir uma família com filhos, assim como pessoas solteiras.

Ainda de acordo com as novas disposições, o parentesco para doação temporária de útero foi ampliado. A necessidade de que as doadoras sejam pertencentes à família de um dos parceiros em um parentesco consanguíneo até o quarto grau permaneceu, entretanto, com as mudanças possibilitando a doação em

linha descendente, filha e sobrinha também passaram a poder ceder temporariamente seus úteros.

Percebe-se que a obrigatoriedade de que a doadora temporária do útero tenha um parentesco de até quarto grau está em consonância com a lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, atualizada pela lei nº 10.211/2001. A legislação dispõe em seu artigo 9º que “é permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuges ou parentes consanguíneos até o quarto grau”.

Outra legislação consonante é o Código Civil, em seu art. 13, dispõe sobre a proibição de dispor do próprio corpo “quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, salvo casos de exigência médica.

Conforme demonstrado, inquestionável que o assunto ganhou apreço nos últimos anos. Inclusive, Projetos de Lei foram apresentados, como por exemplo, o Projeto de Lei n. 115 de 2015, apresentado pelo Deputado Juscelino Rezende Filho, que institui o Estatuto da Reprodução Humana Assistida, e o PJ n.º 5.768 de 2019, apresentado pelo Deputado Afonso Motta, que visa acrescentar dispositivos à lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil brasileiro, para estabelecer as hipóteses de presunção de maternidade pela gestação na utilização de técnicas de reprodução assistida e autorizar a gestão de substituição.

Apesar disso, até então, não há lei aprovada, e, em que pese a possibilidade de realização da técnica, não são todos que possuem condições para realizá-la da forma permitida. Levando em consideração a extensão de pessoas que necessitam recorrer a uma reprodução assistida, seria raso acreditar que todos possuem um familiar, mulher, de até quarto grau, com disposição para realizar o procedimento, mais incabível ainda é acreditar que os que recorrem a técnica conseguiriam encontrar uma cedente de útero para ser submetida a aprovação do CFM e suportar o ônus de uma gravidez sem nenhuma contraprestação.

Leite (1995) assegura que a mãe substituta passa por um momento difícil em sentido emocional ao final da gestação, pois a criança que ela gerou e com a qual criou um laço de afeto durante os nove meses de gestação deverá ser entregue ao casal requerente.

A mãe substituta suporta durante meses o ônus de uma gravidez, testando seus limites físicos, psicológicos e hormonais, assim como suporta os impactos na profissão, estética, sexualidade e alimentação. Uma contraprestação financeira seria uma forma de retribuir tantas abdições e esforços realizados durante a gestação, para mais, expandiria o horizonte de possibilidades para encontrar quem aceitasse realizar o procedimento que pode colocar em risco a saúde da mulher.

O contrato de gestação de substituição é sobre a prestação de serviços, logo, pela locação do útero. Assim é o entendimento Hryniewicz e Sauwen:

[...] Tal como ocorre em qualquer outra profissão, a “locadora do útero” seria uma profissional, com direito à recompensa. O fato de a remuneração ser feita ser no ato de entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas especificidades. (HRYNIEWICZ e SAUWEN, 2008, p. 108).

Analisando as resoluções, repara-se que propõem a adoção da ética e moralidade para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Nas palavras de Ribeiro (2011), o conceito de ética é:

A palavra ética é de origem grega derivada de ethos, que diz respeito ao costume, aos hábitos dos homens. Teria sido traduzida em latim por mos ou mores (no plural), sendo essa a origem da palavra moral. Uma das possíveis definições de ética seria a de que é uma parte da filosofia (e também pertinente às ciências sociais) que lida com a compreensão das noções e dos princípios que sustentam as bases da moralidade social e da vida individual. Em outras palavras, trata-se de uma reflexão sobre o valor das ações sociais consideradas tanto no âmbito coletivo como no âmbito individual. (Ribeiro, 2011, colaborador do site Brasil Escola).

Já a moral, ainda de acordo com Ribeiro (2011):

Podemos definir moral como um conjunto de valores, de normas e de noções do que é certo ou errado, proibido e permitido, dentro de uma determinada sociedade, de uma cultura. Como sabemos, as práticas positivas de um código moral são importantes para que possamos viver em sociedade, fato que fortalece cada vez mais a coesão dos laços que garantem a solidariedade social. Do contrário, teríamos uma situação de caos, de luta de todos contra todos para o atendimento de nossas vontades. (Ribeiro, 2011, colaborador do site Brasil Escola).

Percebe-se que a resistência tanto na área médica quanto no ordenamento jurídico pela aceitação da cessão temporária de útero de forma onerosa é baseada em uma moralidade e conservadorismo. A moralidade diz sobre um consenso do

que é certo ou errado dentro de uma sociedade, todavia, estabelecer o que é moral ou não, e deixar com que isso decida questões importantes, é mais complexo do que se parece.

A moral é mutável assim como a sociedade, aliás, a mudança da primeira é consequência da mudança da segunda. Por exemplo, o entendimento do que é moralmente aceito na sociedade moderna não é o mesmo que da sociedade feudal, isto porque a moral está em constante evolução, varia de tempo e lugar. Utiliza-la como mecanismo regulador da vontade das partes em nome de uma “ordem social” é incompreensível, levando em consideração sua natureza volúvel.

#### **4.2.2 Atribuição da filiação**

A prática de separação da maternidade genética da gestacional causa impactos psicológicos consideráveis, principalmente em quem cederá o útero temporariamente. Um ponto importante a ser analisado na utilização do método é sobre a atribuição da maternidade, se a criança será registrada no nome da mãe biológica que ofereceu o material genético, da mãe que gestou o bebê, ou ambas.

A regra atual é que a maternidade seja atribuída somente à doadora do material genético, visto que essa é quem possui vínculo genético. O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), dispõe em seu art. 19:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A preferência no direito de criação é da família natural, e não da substituta, sendo assim, como a doadora do material genético faz parte da família natural da criança, a predileção é desta. As resoluções mais recentes do CFM tentaram de alguma forma evitar possíveis atritos entre as partes no momento do nascimento da criança, isto porque, exige-se uma série de documentos, conforme apresentado anteriormente na resolução 2.168/2017.

Um acontecimento relevante para acender o debate quanto a filiação ocorreu em New Jersey, nos Estados Unidos, “Baby M” foi como o caso ficou conhecido. Em fevereiro de 1985, o norte-americano William Stern e sua esposa Elizabeth

contrataram uma “barriga de aluguel”, Mary Beth Whitehead iria gestar e dar à luz a filha do casal mediante pagamento, sendo previamente acordado que a criança seria entregue aos pais biológicos.

Após o nascimento do bebê, Mary Beth Whitehead não cumpriu com sua parte no contrato e fugiu com a criança para outro estado. O caso chegou ao Tribunal de New Jersey, que reformou a sentença de primeira instância e declarou ilegal o contrato realizado. Contudo, a custódia do bebê foi entregue aos pais biológicos, e à cedente foi concedido o direito de visitas.

Na ficção, em 1990, foi ao ar a telenovela “Barriga de Aluguel”, exibida pela Rede Globo, trazendo ao público brasileiro um assunto que até então era desconhecido por muitos. No enredo escrito por Glória Perez, Ana e Zeca, após descobrirem que não podem ter filhos pelos meios naturais, recorrem a Clara para realizar a gestação substitutiva mediante pagamento. O sentido central da trama é a fuga de Clara com o bebê, e as reviravoltas afetivas que ocorrem no decorrer da telenovela.

Voltando à realidade, enquanto ausente lei específica que verse sobre a matéria, caberá ao poder judiciário a análise de cada caso, utilizando-se do melhor interesse da criança como norte para a decisão judicial. Em casos onde não há litígio quanto ao registro dos filhos havidos pelas técnicas de reprodução assistida, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu no Provimento N° 63 de 14/11/2017, da seguinte forma:

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

Em relação aos documentos necessários para registro e emissão da certidão de nascimento, ficou determinado:

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: I – declaração de nascido vivo (DNV); II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

### **4.2.3 O abandono afetivo**

São inúmeras as discussões a volta do tema, uma delas é o abandono afetivo. Sem dúvidas, casos onde os pais abandonam os filhos gerados através das técnicas de gravidez de substituição são reais, no entanto, o fato não torna o tema menos necessário de ser discutido, pelo contrário. Inexiste desistência que seja motivada, não há motivação que justifique abandonar um filho, todavia, condutas como essa saem impunes pela falta de uma legislação rígida.

Percebe-se que os pais biológicos abandonam o filho no país de origem da cedente de útero, afastando, assim, a possibilidade de responderem por seus atos. A Índia e Tailândia são exemplos de países que proibiram a realização da prática por estrangeiro, tendo em vista a dificuldade de responsabilizar criminal e civilmente, uma saída interessante, seria cada país só permitir a prática por cidadão nacional.

Apesar disso, levando em consideração a realidade brasileira, invalidar o uso das técnicas incitado pelo discurso de que as crianças poderão ser abandonadas não é coerente. Os dados demonstram que antes de tudo, o abandono afetivo é um problema social.

De acordo com os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), até o presente momento, existem 30.675 crianças acolhidas no Brasil. Segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de adultos que não possuem o nome do pai na certidão de nascimento supera 5,5 milhões, já no ano de 2019, 6,15% dos assentos de registro de nascimento foram realizados sem o sobrenome paterno.

Além das crianças acolhidas em abrigo, e dos registros de nascimento sem o nome do pai, existe ainda a subnotificação, as crianças em situação de rua e as que não possuem registro civil, é impossível chegar a um número real, a única certeza é que o número é alarmante. Dessa forma, observa-se que as questões inerentes ao abandono afetivo vão muito além dos casos de abandono realizados por pais que contrataram uma “barriga de aluguel”.

### **4.3 A aceitação do método em alguns países**

Segundo estimativas fornecidas pela ONG suíça International Social Service (ISS) em 2016, o cálculo anual de bebês que nasceram pelo método aproxima-se de

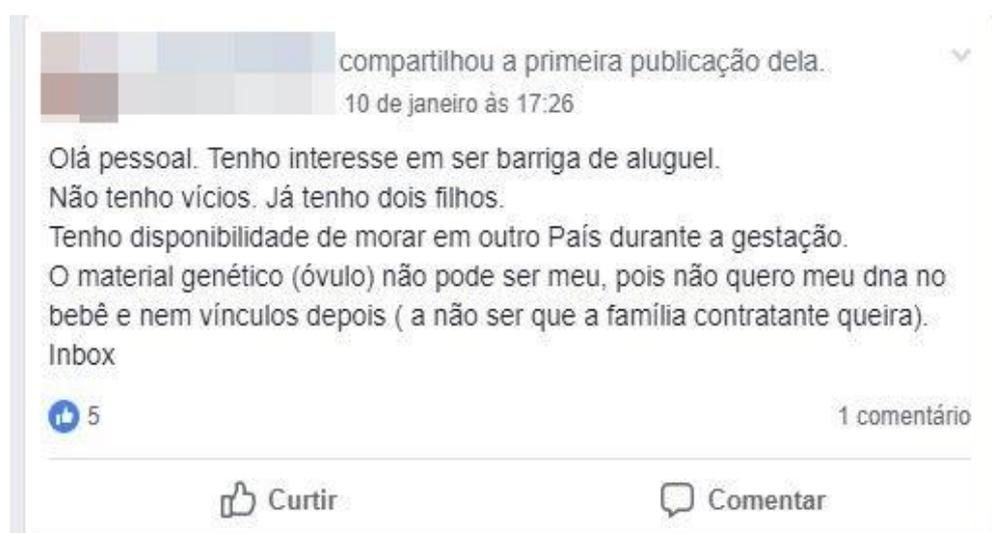
20.000. De acordo com a revista ISTOÉ, o maior mercado dos contratos de cessão temporária de útero se encontra nos Estados Unidos da América, cerca de metade dos casos do mundo. Ressalta-se ainda que, no país norte-americano, são aceitos casais heterossexuais, homossexuais e solteiros, porém, a legislação varia de cada país.

A Ucrânia, por exemplo, permite a realização do método de forma onerosa para nacionais e estrangeiros, desde que não sejam homossexuais. Já o Canadá, Reino Unido e Portugal só autorizam a prática se for de forma altruística, ou seja, sem fins lucrativos. Além disso, nos dois últimos países, estrangeiros não podem realizar o procedimento.

Já a Índia, que por muito tempo foi considerada referência mundial na realização comercial da cessão temporária de útero, ao passar por um governo conservador na última década, acabou proibindo, em 2016, a utilização da técnica de maneira que não seja altruística. De acordo com a *BBC News Brasil*, o comércio geraria em torno de US\$ 1 bilhão a cada ano para o país.

No Brasil, o comércio é realizado ilegalmente nas plataformas digitais, interessados procuram grupos no aplicativo Facebook e realizam anúncios, conforme observado nas figuras 1, 2 e 3.

**Figura 1:** Postagem de pessoa interessada em ceder temporariamente seu útero de forma onerosa



Fonte: Portal Metrôpoles (2019)

**Figura 2:** Postagem de pessoa interessada em uma barriga solidária ou “barriga de aluguel”.



Fonte: Portal Metr p les (2019)

**Figura 3:** Postagem de interessada em ceder temporariamente seu  tero especificando valor.



Fonte: Portal Metr p les (2019)

As conversas informais realizadas traçam a realidade brasileira, a ausência de amparo legal causa não mais que um uso descontrolado e inseguro do método. Considerando que o útero é o único órgão capaz de propiciar o desenvolvimento do embrião, não existe outra saída para quem quer ter filhos biológicos, e não pode pelos meios naturais, que procurar uma mulher para ceder o útero.

Em reportagem publicada pela BBC News Brasil, uma professora identificada como Isabel e que estava disposta a ceder temporariamente seu útero para um casal expôs sua opinião “Não queríamos correr o risco de o Conselho de Medicina não aprovar, então optamos por não solicitar a permissão. Mas não vejo como algo errado o que estou fazendo. São apenas pessoas querendo ajudar as outras [...]”, reforçando que “Muitos casais não encontram parentes que possam ajudá-los, nem pessoas que aceitem passar por isso sem receber nada. Então, o que resta é pagar pelo procedimento no Brasil [...]”.

Os anúncios mostram que a regulamentação realizada nos moldes do CFM é ineficiente, e o contrato de “barriga de aluguel” continuará sendo realizado às escondidas no mercado on-line.

#### **4.4 Análise de casos reais**

Em busca da realização de ter filhos, alguns famosos optaram pela técnica, entretanto, como não é legalizada no Brasil, o número de estrelas brasileiras na lista é pequeno se comparado com personalidades internacionais.

Um casal brasileiro que tomou a decisão de ter filhos gestados por outra mulher é a Adriana Garambone e o seu marido Arthur Papavero. Para a realização do procedimento, recorreram a uma agência no Nepal para fazer a fertilização *in vitro*, uma mulher indiana foi responsável por carregar em seu ventre a criança que nasceu em 2015.

Em entrevista, a atriz expressou sua esperança na legalização do procedimento “Quem opta pela barriga de aluguel tem que pesquisar bastante. No Brasil, poucas pessoas fazem, mas pelo mundo há muitas agências capacitadas. Creio que, em breve, vai ser comum por aqui também.”

Outra personalidade brasileira que se valeu da técnica é o ator e humorista Paulo Gustavo e seu marido Thales Bretas. A primeira tentativa realizada em 2017 nos Estados Unidos foi frustrada, pois o bebê morreu na gestação. Já em 2019,

anunciaram o nascimento dos gêmeos, os bebês também foram gerados pela cessão temporária de útero.

A socialite norte-americana Kim Kardashian e seu marido Kanye West, anunciaram em janeiro de 2019 a chegada do quarto bebê da família, sendo gestado por uma “barriga de aluguel”, o mesmo método utilizado pelo casal em 2018. Em carta aberta publicada em sua rede social sobre sua decisão, de acordo com a socialite “Não é pra todo mundo, mas eu absolutamente amo a minha barriga de aluguel e esta foi a melhor experiência que eu já tive. Ela nos deu o maior presente que qualquer pessoa poderia ter dado.”

O astro do futebol, Cristiano Ronaldo, recorreu em 2011 à uma norte-americana para dar à luz ao seu primogênito, anos depois, em 2017, recorreu novamente a técnica para que seus filhos gêmeos viessem ao mundo.

A protagonista da série “Grey's Anatomy”, Ellen Pompeo, após ter uma gravidez em 2009 aos 39 anos pelos meios naturais, decidiu contratar em 2014 e 2016 uma barriga solidária para gestar seus filhos, tendo em vista a idade avançada em que a atriz já se encontrava, o que acaba afetando na fertilidade da mulher.

A atriz Sarah Jessica Parker também teve um herdeiro pelos meios naturais com o marido Matthew Broderick, entretanto, teve dificuldades ao tentar engravidar novamente. Em 2009, decidiu que seu segundo bebê seria gestado por outra mulher, nascendo dessa gestação as gêmeas do casal.

No cenário musical, o britânico Elton John e seu marido David Furnish declararam em comunicado citado pela revista US Magazine “Estamos extasiados de alegria e felicidade neste momento tão especial”, após o filho do casal nascer por uma “barriga de aluguel” no natal de 2010, em 2013, o casal recorreu a mesma mulher para gestar o filho mais novo. Segundo o *The Sun*, jornal britânico, foram desembolsados em torno de 20 mil libras para o caçula vir ao mundo.

O cantor Ricky Martin e marido Jwan Yosef também são pais de gêmeos gerados pelo método, em entrevista concedida a revista *OUT*, o cantor falou sobre a maneira com que ensina seus filhos a lidarem com o fato de terem dois pais “Meus filhos perguntam sobre terem dois pais e eu respondo que somos uma família moderna”.

Em 2011, a atriz Nicole Kidman e o marido Keith Urban foram pais de uma menina gestada pelo método, em comunicado, o casal demonstrou gratidão “Não há palavras que possam transmitir adequadamente a incrível gratidão que sentimos por

todos que nos apoiaram ao longo deste processo, em especial à nossa barriga de aluguel'.

A lista não se limita aos nomes mencionados, poderia, ainda, estender-se a nomes como o apresentador Jimmy Fallon, as atrizes Lucy Liu e Jordana Brewster, assim como pessoas que estão no anonimato, e as que realizam a técnica sem a autorização do Conselho Federal de Medicina.

## **5 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DO CONTRATO ONEROSO**

É assegurado, no art. 226, §7º da Carta Magna, o livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. É em busca desse planejamento familiar, teoricamente assegurado pela CF/88, que famílias recorrem a outros países, como os Estados Unidos, para realizar um contrato de gestação de substituição, pagando, assim, uma contraprestação a contratada que ceder temporariamente o útero.

No mesmo sentido, ainda à luz da CF/88, é possível citar o princípio da autonomia privada, muito embora esse não esteja expressamente no texto constitucional, é protegido pela mesma. Ao fundamentar-se no princípio, defende-se que a mulher tenha sua autonomia para escolher quais decisões serão tomadas sobre seu próprio corpo, sendo assim, se for da vontade livre e espontânea de ceder temporariamente seu útero para conceber filho de terceiro, mediante remuneração, que assim seja realizado.

O óbice das resoluções publicadas pelo CFM está no fato de que este é um órgão que supervisiona, julga e disciplina uma classe, teoricamente, deveria impor suas medidas apenas aos profissionais sob sua representação. Nada obstante, alcança com suas restrições milhares de brasileiros que desejam desfrutar dos efeitos benéficos das técnicas de reprodução assistida, confrontados normas constitucionais.

### **5.1 Do princípio da legalidade**

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei”. O dispositivo expressa o princípio da legalidade, uma das essências do Estado de Direito, onde a competência para criar comandos inovadores no ordenamento jurídico é do poder legislativo.

O princípio tem um longo precedente no direito positivo brasileiro, na Constituição Imperial de 1824, era previsto em seu art. 179, I, que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da

Lei”. A referida norma estava prevista também nas Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967.

Para Mendes, *et al.* (2013, p. 476)

A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (Rechtsgesetze), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão “em virtude de lei” na Constituição de 1988.

O princípio da legalidade é a outorga em sentido amplo, incluindo as leis delegadas, leis completares, leis ordinárias, medidas provisórias etc. Apesar de não possuir natureza absoluta, assim como outros princípios constitucionais, o princípio da legalidade é uma garantia de proteção contra atos arbitrários do Estado, ou seja, o princípio assegura que o Estado só interfira na vida dos indivíduos se a intervenção estiver amparada por lei. Na administração pública, o agente público está restrito a fazer o que a lei permite, já nas relações dos particulares, o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe.

Verifica-se que, na legislação brasileira, ocorre uma tentativa de abarcar condutas não previstas em lei em uma situação diferente, que é a prevista no art. 15 da Lei dos Transplantes de Órgãos, um claro descumprimento ao princípio da legalidade. Pela leitura da lei, é possível concluir que não há disposição clara sobre a cessão temporária de útero.

A hermenêutica jurídica estuda e interpreta o texto da lei, no entanto, não há como ter uma interpretação tão extensiva a ponto de ligar uma conduta a outra. Sabe-se que a lei regulamenta o caso concreto, entretanto, no tocante às técnicas de reprodução humana assistida, quem regulamenta é um órgão que disciplina a classe médica.

Sendo assim, subentende-se que se a conduta não é proibida por lei, ela é permitida aos cidadãos. No entanto, não é o que ocorre na realização da técnica de gravidez substitutiva com fins econômicos, tendo em vista que, aquele que praticar a conduta no Brasil, comete crime.

Conforme capítulo VII, 2, da resolução 2.168/2017 do CFM, a prática não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, conquanto, mencionada resolução não tem força de lei.

Ainda com Mendes *et al.* (2013, p. 477)

A diferença entre lei e regulamento, no direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente desenvolve, concretiza ou torna específico o que já está disposto na lei.

Nada obstante, a resolução não desenvolve algo que está previsto em lei, não regulamenta, em verdade, ao prever sobre a reprodução humana assistida ela inova no ordenamento jurídico com força secundária, criando obrigações e punições como se norma cogente fosse, tendo em vista não haver lei vigorando sobre o tema atualmente. Um afronta ao princípio previsto no art. 5º, II, da CF.

O descumprimento do princípio constitucional interfere de forma negativa na evolução da ciência jurídica enquanto instrumento protetor do interesse da coletividade, assim como impede o avanço de pesquisas que poderiam trazer soluções para quem não pode procriar pelos meios naturais.

O silêncio legislativo mostra que a sociedade brasileira possui dificuldade de promover debates realmente promissores de assuntos relevantes como a reprodução assistida, principalmente o “contrato de barriga de aluguel”. Deixar milhares de brasileiros a mercê do que um órgão de classe entende como moralmente aceito é uma omissão legislativa que desrespeita a diversidade da sociedade.

## 5.2 Da responsabilidade penal

No âmbito do Direito Penal, vigora o princípio da reserva legal. “A reserva legal, por seu turno, constitui uma exigência de que algumas matérias devem ser necessariamente tratadas por meio de lei (reservadas à lei)” (MENDES *et al.*, 2013, p. 479).

A reserva legal é o sentido estrito, pois incide sobre campos específicos e existe a necessidade da regulamentação ser por lei que siga o procedimento legislativo previsto na Constituição Federal. O princípio se exteriora na expressão latina “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, segunda a qual não há crime nem pena sem lei prévia que o defina, conhecido também como princípio da anterioridade penal.

Nesse sentido, Bitencourt (2007, p. 11):

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Inexiste no Brasil lei que proíba a gestação de substituição de forma remunerada, conhecida vulgarmente como “barriga de aluguel”. Por outro lado, do ponto de vista criminal, a tipificação está prevista no art. 15 da Lei dos Transplantes de Órgãos 9.434/97, *in verbis*: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.”

Analisando a comparação, é possível concluir que dela não decorre lógica. Não há que se falar em comparação com o art. 15 da Lei dos Transplantes de Órgãos 9.434/97, em razão de que, no contrato de cessão temporária de útero, não está se realizando a venda do órgão feminino, ele continuará com a cedente, assim como na cessão temporária de útero de forma gratuita, regulamentada pelo CFM, não está se realizando a doação do órgão, se um raciocínio é usado na forma onerosa, deverá ser usado o mesmo para analisar a forma altruística.

Ainda há aqueles que, forçosamente, defendem que a venda se trata da placenta, um órgão presente nos mamíferos placentários que é eliminada com o nascimento do feto. A placenta começa a se formar com a nidação, e é responsável por intermediar as trocas de nutrientes essenciais entre a gestante e o feto, inicialmente, cumpre também a função de alguns órgãos vitais.

Em que pese sua extrema relevância durante o período fetal, um simples estudo sobre a origem da vida é capaz de trazer realidade aos fatos. A placenta é formada pelas células do espermatozoide e óvulo fecundado, o material genético encontrado nela é dos pais biológicos, as células do útero presentes no órgão são consideradas ínfimas.

Em outras palavras, apesar de ser um órgão presente na gestante, sua formação se dá por influência do zigoto e suas multiplicações e divisões, ou seja, é um órgão embrionário. Um exame capaz de comprovar a presença de material genético dos pais biológicos na placenta é o teste por *vilo corial*, sendo realizado através da coleta de fragmentos da placenta.

Outro absurdo jurídico, é comparar a conduta com a prevista no art. 238 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), *in verbis*:

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:  
Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.  
Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

Ora, não está se prometendo ou entregando filho mediante paga ou recompensa, simplesmente porque o filho não é da cedente de útero, o filho é dos pais que cederam o material genético. Em continuidade, compreende-se que, no procedimento de gestação de substituição, não ocorre venda de órgão, tampouco venda de filho para terceiro, logo, não há tipicidade na conduta praticada. Além disso, no direito penal, a analogia *in malam partem*, prejudicial ao réu, não é admitida.

## 6 A COISIFICAÇÃO HUMANA

### 6.1 O receio da coisificação humana

Como consequência da modernização, iniciou-se um fenômeno conhecido como “coisificação do homem”, como o próprio nome sugere, nesse processo ocorre a redução do ser humano a “coisa”. Valores, princípios e normas são abandonados e o homem passa de sujeito para mero objeto de si.

Em 2013, quando o Conselho Federal de Medicina publicou novas regras que regulamentavam, em época, a reprodução humana assistida, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) expressou seu temor pela coisificação humana, segundo Leonardo Steiner, então secretário-geral da CNBB:

[...] o legítimo desejo de se ter um filho não pode se transformar no direito absoluto de ter este filho, ao ponto de se autorizar o emprego da produção de embriões para se escolher apenas alguns dentre eles. Nisso, o risco de se coisificar o ser humano aparece evidente.

No contexto, destacou ainda que “Enquanto outros países possuem legislações claras e coerentes, o Brasil ainda não elaborou uma lei que expresse o pensar ético e democrático quanto ao tema.” A análise realizada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil é pertinente, no entanto, embora o fenômeno da coisificação humana seja verídico, indevido rotular as técnicas de RA dessa forma.

A busca pela realização pessoal de ter um filho é uma demonstração explícita de valor a vida, incoerente afirmar que pode haver uma “coisificação do embrião”, ou violação ao princípio constitucional da dignidade humana, se o que ocorre é uma valorização da vida e família. O esforço ao procurar um tratamento por si mostra o quanto esse filho está sendo desejado e planejado.

A manipulação genética se tornou uma importante realidade jurídica, o que deve ser combatido é o uso deliberado das técnicas com a finalidade de alcançar uma perfeição, a padronização do homem. Nesse caso, não se trata de alterações genéticas em prol de benefícios econômicos como a manipulação de genes para produção de mais carne ou aumento de produtividade em um lavoura, trata-se do ser humano.

Nesse contexto, leciona Maria Helena Diniz que:

O grande desafio do século XXI será desenvolver uma bioética e um biodireito que corrijam os exageros provocados pelas pesquisas científicas e pelo desequilíbrio do meio ambiente, resgatando e valorizando a dignidade da pessoa humana, ao considerá-la como o novo paradigma biomédico humanista, dando-lhe uma visão verdadeiramente alternativa que possa enriquecer o diálogo multicultural entre os povos, encorajando-os a unirem-se na empreitada de garantir uma vida digna para todos, tendo em vista o equilíbrio e o bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta

## 6.2 A indústria de barriga de aluguel

A atribuição de valores pela cedente de útero não é um ato de precificar o feto, o valor é uma contraprestação pelos eventos que uma gravidez provoca no corpo feminino. Conforme afirmado por Harvey R. Sorkow, juiz responsável pelo julgamento em primeira instância do caso “Baby M” nos Estados Unidos: “Em um nascimento, o pai não compra o bebê. Ele é seu filho biológico e carrega sua herança genética. Uma pessoa não pode comprar aquilo que já é seu.”

Não há que se falar em invalidade do “contratação de gestação” elaborado nessa técnica de RA, pois o objeto do contrato não é ilícito, não se trata do infante o objeto, e sim a capacidade reprodutiva, a capacidade de gestar um feto e dar à luz. O argumento de invalidade do negócio jurídico não se sustenta, pois, se assim fosse, na modalidade altruística poderia ser considerada uma doação do infante, e não uma doação da capacidade reprodutiva.

De igual modo, inverossímil afirmar que há a coisificação da mulher, uma vez que é detentora do saber, dispondo de discernimento e capacidade para se autorregular. Afinal, assim como a sociedade, a mulher também evoluiu, sua autonomia é capaz de fundamentar as próprias escolhas quanto ao seu corpo, e sua liberdade individual deve ser respeitada sem intervenção do Estado, considerando que a prática de ser parte em um contrato que envolva a cessão temporária de útero não se enquadra em nenhum tipo penal.

A exploração do corpo feminino foi um dos motivos que provocaram a proibição da gravidez substitutiva com fins econômicos na Índia, e, de fato, a preocupação com a indústria de exploração do corpo feminino é necessária, especialmente em países subdesenvolvidos ou corruptos, levando em consideração a maior incidência de empresas que operam às margens da ilegalidade nesses locais.

Apesar disso, os abusos só reforçam a importância da proteção dos direitos não só dos pais biológicos e do bebê, mas também da mulher que cederá temporariamente seu útero. Não existem dúvidas de que os casos praticados de forma ilegal continuarão ocorrendo, o descaso dos legisladores não se traduz em solução, só traz insegurança jurídica, pois, diante da falta de conhecimento da realização do contrato de gestação pelas autoridades competentes, as partes, seja a cedente de útero ou os pais biológicos, poderiam agir de forma que não cumprisse a finalidade do mesmo, ou seja, litigando de má-fé. É imperiosa a promulgação de uma lei que não só disponha sobre o tema, como, também, cumpra a função a qual foi proposta produzindo os efeitos esperados.

## 7 CONCLUSÃO

O livre planejamento familiar é um direito previsto na Constituição Federal e diz sobre o poder de decisão do casal quanto a organização da família, assim como o dever estatal de promover os recursos necessários para o exercício dessa liberdade de decisão. Portanto, não cabe ao Estado intervir no planejamento familiar, seja na forma de constituir ou na opção de não constituir família.

Visando acompanhar o mundo moderno e as novas entidades familiares reconhecidas, a ciência, com o avanço das pesquisas genéticas, incumbiu-se de apresentar ao homem novas maneiras de procriar. As técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo a de gravidez substitutiva, surgiram e trouxeram mudanças significativas na vida daqueles que desejavam ter filhos biológicos, porém, até então, não tinham um diagnóstico positivo.

Conforme vislumbrado no decorrer desta monografia, a realização do procedimento de ceder temporariamente o útero para gestar filho de terceiro envolve dilemas éticos e morais, podendo, inclusive, acarretar conflitos jurídicos entre as partes. Em continuidade, o que se objetivou com o presente trabalho foi a análise da (in) constitucionalidade da vedação do contrato oneroso de gravidez de substituição, levando em consideração que não existe lei que regulamente o tema, somente foram editadas resoluções que possuem força secundárias, sem a pretensão de esgotar a matéria, mas com o intuito de suscitar o debate.

Decerto, existem inúmeras questões a serem analisadas sobre as técnicas de reprodução humana assistida, e, em que pese as divergências, certo é que a proibição amparada por resoluções e tipo penal que prevê conduta diversa não é uma saída efetiva. Notou-se que os contratos continuarão a ser realizados, as pessoas não sentem criminosas com a prática da conduta sem a autorização do Conselho Federal de Medicina.

Dessa forma, diante de toda problemática envolvendo a técnica, o legislador brasileiro não pode ignorar a realidade brasileira, posicionamentos a favor e contra a legalização se esbarram nos mesmos argumentos, é evidente a necessidade de discutir o tema de forma cautelosa, haja vista os dilemas éticos envolvidos, no entanto, sem o prejulgamento até então estabelecido, trazendo de fato inovações concernentes à questão com uma legislação específica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 13 fev. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil**. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 13 fev. 2021.

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

ROCHA, Gessyca (ed.). **Estudo da ONU aponta que tamanho das famílias no Brasil está abaixo da média mundial: taxa de fecundidade está ligada aos direitos, como a saúde, educação e emprego, diz o relatório**. Taxa de fecundidade está ligada aos direitos, como a saúde, educação e emprego, diz o relatório. 2018. Portal G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/10/17/estudo-da-onu-aponta-que-tamanho-das-familias-no-brasil-esta-abaixo-da-media-mundial.ghtml>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. **Código de Ética Médica**. Brasília, DF, 30 abr. 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

DURAND, Guy. **Introdução Geral à Bioética**. História, conceitos e instrumentos.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

Fertilizare Medicina Reprodutiva. **Sobre infertilidade**. [S. l.], 7 mar. 2017. Disponível em: <https://fertilizare.com.br/sobre-infertilidade/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. **Útero de substituição: a autonomia privada e o direito ao corpo**. 2014. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito, Belo Horizonte.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001.

Revista Medicina AS (org). **Fertilização in vitro cresce quase 20% no Brasil**. 2019. ORG. Disponível em: <https://medicinasas.com.br/fertilizacao-in-vitro/#:~:text=Um%20relat%C3%B3rio%20divulgado%20pela%20Ag%C3%A2ncia,contra%2036.307%20no%20ano%20anterior..> Acesso em: 15 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.pdf). Acesso em: 25 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **RESOLUÇÃO Nº 2.168, DE 21 DE SETEMBRO DE 2017**. 216. ed. Diário Oficial da União, 10 nov. 2017. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026). Acesso em: 25 jun. 2020.

CORREGEDORIA-NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63**. Disponível em: [cnj.jus.br](http://cnj.jus.br). Acesso em 15 jan. 2021.

CORREGEDORIA-NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 83**. Disponível em: [cnj.jus.br](http://cnj.jus.br). Acesso em 15 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. [S. l.], 4 fev. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias). Acesso em: 15 jan. 2021.

FILHO, Juscelino Rezende. **Projeto de Lei nº 115 de 03 de fevereiro de 2015**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015) Acesso em: 15 jan 2021.

MOTTA, Afonso. **Projeto de Lei nº 5.768 de 30 de outubro de 2019**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=630782C12DADC658E195A583CAEDAA94.proposicoesWebExterno1?codteor=1832321&filename=Avulso+-PL+5768/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=630782C12DADC658E195A583CAEDAA94.proposicoesWebExterno1?codteor=1832321&filename=Avulso+-PL+5768/2019) Acesso em: 15 jan 2021.

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

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

RIBEIRO, Paulo Silvino. "**O que é ética?**"; Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilescola.com/sociologia/o-que-etica.htm>>. Acesso em: 28 de jan de 2021.

RIBEIRO, Paulo Silvino. "**O que é moral?**"; Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilescola.com/sociologia/o-que-moral.htm>>. Acesso em: 28 de jan de 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990.

HABERMAN, Clyde. **Bebê M e a questão da maternidade substituta**. 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html>. Acesso em: 15 jan. 2021.

GLOBO, Portal Memória. **Barriga de Aluguel**: novela discutiu um tema novo na época: os limites éticos da inseminação artificial envolvendo mães de aluguel. Novela discutiu um tema novo na época: os limites éticos da inseminação artificial envolvendo mães de aluguel. sdd. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/entretenimento/novelas/barriga-de-aluguel/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - SNA (org.). **Crianças Acolhidas no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 05 fev. 2021.

LÁZARO, Natália (org.). **Dia dos Pais pra quem? Com 80 mil crianças sem pai, abandono afetivo cresce**. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/dia-dos-pais-pra-quem-com-80-mil-criancas-sem-pai-abandono-afetivo-cresce#:~:text=No%20total%2C%20s%C3%A3o%20mais%20de,sem%20o%20apoio%20dos%20pais>. Acesso em: 05 fev. 2021.

International Social Service (ISS). **Urgent need for regulation of International surrogacy and artificial reproductive technologies**. 2016. Disponível em: [https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call\\_for\\_Action2016.pdf](https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf). Acesso em: 25 jan. 2021.

Revista ISTOÉ (org.). **Os novos destinos para o aluguel de barrigas**. 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/os-novos-destinos-para-o-aluguel-de-barrigas/>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BBC News Brasil. **Campeã do aluguel de barrigas no mundo, Índia quer proibir transação com fins comerciais**. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-37186636>. Acesso em: 30 jan. 2021.

Revista Metrôpoles. **Mulheres negociam barriga de aluguel em grupos de Facebook e WhatsApp**. 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/mulheres-negociam-barriga-de-aluguel-em-grupos-de-facebook-e-whatsapp>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BBC News Brasil. **'Carrego seu filho por R\$ 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel**. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>. Acesso em: 30 jan. 2021.

Bol Uol. **Veja 12 casais de famosos que recorreram à barriga de aluguel... - Veja mais em <https://www.bol.uol.com.br/listas/veja-casais-de-famosos-que-recorram-a-barriga-de-aluguel.htm?cmpid=copiaecola>**. 2019. Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/listas/veja-casais-de-famosos-que-recorram-a-barriga-de-aluguel.htm>. Acesso em: 30 jan. 2021.

Extra Globo. **Adriana Garambone mostra o filho Gael, nascido em barriga de aluguel no Nepal há um ano e meio: 'Realizada'**. 2017. Disponível em: <https://extra.globo.com/tv-e-lazer/adriana-garambone-mostra-filho-gael-nascido-em-barriga-de-aluguel-no-nepal-ha-um-ano-meio-realizada-21724806.html#:~:text=Quem%20opta%20pela%20barriga%20de,ser%20comum%20por%20aqui%20tamb%C3%A9m.&text=Uma%20indiana%20foi%20a%20escolhida,tem%20cidadania%20nepalesa%20e%20brasileira..> Acesso em: 30 jan. 2021.

Revista Glamour. **Kim Kardashian posta textão sobre a decisão de ter usado uma barriga de aluguel.** 2018. Disponível em: Não é pra todo mundo, mas eu absolutamente amo a minha barriga de aluguel e esta foi a melhor experiência que eu já tive. Ela nos deu o maior presente que qualquer pessoa poderia ter dado. Acesso em: 30 jan. 2021.

G1, Portal (org.). **Elton John se torna pai com ajuda de barriga de aluguel.** 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2010/12/elton-john-e-pai-com-ajuda-de-barriga-de-aluguel.html>. Acesso em: 15 jan. 2021

MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 476, 477 e 479. Saraiva. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** - 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41

Dom Total. **Reprodução assistida: CNBB alerta para 'coisificação do ser humano'**. 2013. Disponível em: <https://domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=609050>. Acesso em: 30 jan. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.