

O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO DIREITO BRASILEIRO

THE CONTRACT OF SURROGACY FOR PAYMENT
UNDER BRAZILIAN LAW

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO DIREITO BRASILEIRO

THE CONTRACT OF SURROGACY FOR PAYMENT UNDER BRAZILIAN LAW

ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

biarebello@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-8801-994X>

<http://lattes.cnpq.br/9612724058627508>

DÉBORA MEDEIROS TEIXEIRA DE ARAÚJO

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

d_medeiros_@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/6145533939418577>

Resumo: O presente trabalho analisa a “Gestação de Substituição”, técnica de reprodução medicamente assistida também conhecida por “cessão temporária de útero”, “maternidade por substituição”, “gestação por outrem” e “barriga de aluguel”, em que é celebrado um contrato entre as partes dispondo sobre direitos e deveres dos envolvidos. O trabalho avalia a possibilidade da celebração do contrato de cessão temporária de útero no Direito brasileiro, bem como a possibilidade de tal contrato possuir caráter oneroso.

Palavras-chave: Gestação de substituição. Contrato. Direito fundamental. Liberdade. Onerosidade.

Abstract: This paper analyses the assisted reproduction technique called Gestation by Substitution, also called Temporary transfer of the uterus or Gestational Surrogacy, that involves a contract between the parties that settles the rights and duties of those involved. The purpose of this paper is to investigate the possibility of this kind of contract under the Brazilian law and if it can be done in return for payment (for valuable consideration).

Keywords: Gestation by Substitution. Contract. Fundamental right. Freedom. Valuable consideration.

1. Introdução

Os avanços da medicina e da biotecnologia contribuíram significativamente para uma revolução nas estruturas familiares, principalmente após o surgimento das técnicas de reprodução medicamente assistida. Antes, os indivíduos que sofriam com a infertilidade – seja biológica (ocasionada por alguma disfunção do sistema reprodutor ou mesmo esterilidade) seja social (casais homoafetivos ou pessoas sozinhas) – estavam impedidos de procriarem. Porém, com o desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas reprodutivas, a concretização do desejo de ter um descendente tornou-se viável.

Entre as técnicas de reprodução assistida, as mais conhecidas são a inseminação intrauterina, a fertilização *in vitro* (FIV), a transferência de embriões e a gestação de substituição. Cada um desses métodos é indicado a quadros clínicos específicos, de acordo com a literatura médica, e possui sua aplicação regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 2.168 de 2017, e pelo Conselho Nacional de Justiça através do Provimento n. 63 de 2017. Ademais, sua prática enfrenta diversas questões éticas e morais, refletindo também no âmbito jurídico.

Observa-se, porém, que a gestação de substituição¹ vem se tornando cada vez mais usual e procurada no Brasil². Esse fato tem por justificativa, entre outros fatores, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a afirmação das famílias monoparentais, a maternidade cada vez mais tardia e a recorrência de problemas reprodutivos.

Em linhas gerais, a gestação de substituição é utilizada quando o indivíduo ou o casal, por não conseguir levar a gravidez a termo, recorrem a uma mulher capaz de gestar a criança, entregando-a após o parto. Para tanto, é celebrado um contrato entre as partes dispendo sobre o acordo realizado, direitos e deveres dos envolvidos e aspectos formais referentes ao procedimento e à filiação da criança a ser gerada.

Todavia, sua prática suscita questionamentos jurídicos das mais diversas ordens, desde a validade do acordo firmado, passando pela natureza jurídica do contrato, até aspectos pertinentes às esferas civil, sucessória, trabalhista, previdenciária, penal, etc. Frise-se, por oportuno, a ausência de lei ordinária disciplinadora das nuances dessa e das demais técnicas de reprodução assistida.

Assim, frente à importância da gestação de substituição como método reprodutivo

1 Também conhecida como “cessão temporária de útero”, “maternidade por sub-rogação”, “gestação por outrem”, “barriga de aluguel”, dentre outras expressões

2 De acordo com a ginecologista Hitomi Nakagawa, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA), em entrevista concedida à página Correio Braziliense, as mudanças constates nas resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre a Reprodução assistida, principalmente no que se refere à gestação de substituição, ocorrem para atender o crescimento do número de pessoas que procuram essa técnica. In: SOUZA, Renato. *Conselho permite que filha e sobrinha sejam barriga de aluguel*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2017/11/09/interna_ciencia_saude,639802/conselho-permite-que-filha-e-sobrinha-sejam-usadas-como-barriga-de-alu.shtml> Acesso em: 19 fev. 2018.

para a efetivação do projeto parental das famílias e em contrapartida ao silêncio legislativo, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a viabilidade jurídica da celebração do contrato oneroso de cessão temporária de útero para prática do referido método, questão controvertida em sede doutrinária e ainda não levada aos tribunais brasileiros.

Para tanto, com a adoção da metodologia teórico descritiva, consistente na apreciação da legislação brasileira positivada, da jurisprudência, doutrina e artigos científicos que permeiam os assuntos, do geral aos específicos, desenvolve-se o presente estudo em quatro partes.

Inicialmente, abordar-se-á a liberdade de contratar como expressão do direito à autodeterminação do indivíduo, e às limitações formais e materiais a ela impostas pelo ordenamento jurídico, tanto pela ordem constitucional quanto pela ordem civil.

Em um segundo momento, será analisada a liberdade de dispor do próprio corpo enquanto direito fundamental, bem como as ressalvas feitas pelo próprio legislador – constitucional e ordinário – a esta garantia.

Já a terceira parte trará o método de Gestação de Substituição e suas nuances, isto é, seu conceito, como ocorre, em quais situações sua utilização é recomendada, etc. Além disso, será esmiuçada a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, no que se refere ao método em estudo, tratando, inclusive, da competência dessa autarquia profissional para emitir normas éticas.

Na última parte apreciar-se-á a possibilidade de celebração de contrato oneroso para a utilização do método da gestação em substituição no Brasil através concatenação das ideias até então abordadas.

Importa frisar que não se busca neste trabalho apresentar soluções às várias questões sugeridas pelo tema Gestação de Substituição, mas tão somente a viabilidade da celebração do contrato de cessão temporária de útero à luz do direito brasileiro, e se este pode possuir caráter oneroso. Além disso, ressalta-se que a abordagem desenvolvida está fundamentada apenas nas questões jurídicas, não se reportando a aspectos morais e religiosos da prática desse método de reprodução assistida.

2. A liberdade de contratar no ordenamento jurídico brasileiro.

A liberdade é, ao lado da igualdade, elemento fundamental à toda relação jurídica. Com efeito, dispõe Leonardo Martins, o direito à liberdade parece abranger quase tudo o que é garantido pela Constituição Federal (CF) e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional aos titulares de direitos fundamentais³, uma vez que esta garantia está diretamente relacionada

3 MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012 p. 47.

ao desenvolvimento da personalidade humana e à liberdade geral de ação.

Para o desenvolvimento da vida em comunidade, porém, esta liberdade não pode ser absoluta, cabendo ao Direito estabelecer limites ao seu exercício. Isso porque, ao condicionar a liberdade individual ou coletiva, o Direito visa proporcionar as condições basilares da liberdade de todos⁴.

Nessa perspectiva, preceitua o art. 5º, inciso II, da CF que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Desse dispositivo é possível inferir que a liberdade, em qualquer de suas formas, somente sofrerá restrições por normas jurídicas coativas – sejam imperativas sejam proibitivas – produzidas segundo o procedimento legislativo descrito na CF⁵. A liberdade é, portanto, a regra geral⁶, enquanto a proibição, a exceção, devendo estar expressamente pronunciada em lei.

Para Orlando Gomes, liberdade de contratar é “o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos jurídicos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente”⁷. Este conceito perpassa por três importantes aspectos: a) liberdade de contratar propriamente dita, ou auto regência de interesses; b) liberdade de estipular o contrato, também conhecido como o poder de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação das partes; e c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato, ou possibilidade da livre discussão das condições contratuais.

Entretanto, tal qual os demais direitos fundamentais, a liberdade de contratar não pode ser exercida de maneira absoluta, e por esta razão seu titular deve atentar às limitações que o ordenamento jurídico lhe impõe. Ou seja, a livre convenção entre as partes é a regra, ao passo que as proibições e restrições devem constar expressamente em lei.

Considerando o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que as limitações por ele impostas à liberdade de contratar tratam desde as condições formais de validade do contrato, enquanto espécie de negócio jurídico, até condições materiais ao exercício da liberdade contratual, isto é, da liberdade das partes disciplinarem os seus interesses. A seguir, passa-se a analisar cada um desses dois aspectos.

As condições formais de validade, comuns a todos os negócios jurídicos, estão disciplinadas no art. 104 do Código Civil brasileiro (CC), e dizem respeito à capacidade das partes contratantes, à idoneidade do objeto, e à forma contratual prescrita ou não defesa em lei.

4 KANT, Emmanuel *apud* NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3. p. 27.

5 Neste sentido esclarece José Afonso da Silva que “a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima”. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 235.

6 Segundo Leonardo Martins (*Op. Cit.* p. 48), a proteção à liberdade trazida pelo *caput* do art. 5º da CF impõe uma proteção subsidiária às liberdades especificadas e/ou limitadas nos incisos do referido artigo. Assim, aquelas liberdades individuais que não estivessem expressamente previstos no artigo supracitado, estariam compreendidos pela proteção geral disciplinada no seu *caput*.

7 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 26.

A capacidade das partes contratantes se refere à capacidade jurídica de agir em geral. Nos termos do art. 5º do CC, a capacidade plena é adquirida pelo indivíduo ao atingir dezoito anos de idade, desde que não acometido pelas hipóteses mencionadas no art. 4º deste mesmo código, quais sejam, embriaguez habitual, dependência de tóxicos, situações que diminuam seu discernimento e a prodigalidade.

Assim, a Lei Civil dispõe que serão nulos (art. 166, I, do CC) ou anuláveis (art. 171, I, do CC) os contratos se diante, respectivamente, de incapacidade jurídica absoluta ou relativa de alguma das partes contratantes e esta não for suprida nos termos da lei.

Ademais, em algumas espécies de negócios jurídicos, é exigida da parte contratante a capacidade específica para aquele determinado contrato, aqui entendida como o poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objeto do contrato⁸. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos de doação, transação ou alienação onerosa.

No que se refere à idoneidade do objeto, estabelece o inciso II do art. 104 do CC que, para o negócio jurídico ser válido, seu objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável.

Entende-se que o objeto será lícito à medida que não atente contra a lei, a moral e os bons costumes. Será possível quando não proibido expressamente pelo ordenamento jurídico e viável de acordo com as leis naturais. E, por fim, ter-se-á objeto determinado ou determinável quando o contrato recair sobre situação (coisa ou prestação de serviço) específica⁹.

Ainda, Orlando Gomes aponta ser imprescindível a adequação do objeto ao fim visado pelas partes¹⁰, pois somente a partir da conformação entre o meio utilizado e o fim pretendido que se torna possível verificar a validade do acordo de vontades firmado.

Por fim, tem-se a forma como terceira condição de validade, de ordem geral, do negócio jurídico. Este requisito expressa o meio como se dá a revelação da vontade. Pondera Carlos Roberto Gonçalves que, no direito brasileiro, a forma é, em regra, livre¹¹. Isto é, as partes podem celebrar o contrato da forma que lhe for mais conveniente, salvo nos casos em que a lei, com a finalidade de dar maior segurança e seriedade ao negócio jurídico, estabeleça contornos específicos.

Nesse sentido, prescreve o art. 107 do CC que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma específica, senão quando a lei expressamente a exigir”. Consagra-se, destarte, o consensualismo como regra no direito brasileiro, bastando, ao exercício

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3. p. 14.

9 *Ibid.* p. 17.

10 GOMES, Orlando. *Op. Cit.* p. 53.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.* p. 18.

da liberdade de contratar, o acordo de vontade entre as partes – ressalvadas as restrições estabelecidas em lei.

Frise-se que o consentimento de cada parte envolvida deve abranger três aspectos pertinentes ao contrato, quais sejam: sua existência e natureza, seu objeto e as cláusulas que o compõem; sob pena de configuração de vício ou defeito do negócio jurídico.

No que concerne às limitações impostas à liberdade contratual, isto é, à liberdade das partes estipularem o conteúdo do negócio jurídico, observa-se que tais barreiras são produto da visão social do direito privado e tem por função garantir a justiça contratual e a observância dos valores constitucionais.

Além das limitações legais, não se configura função do contrato atender unicamente à utilidade econômica buscada pelas partes contratantes. Entende-se que este instrumento deve, acima de tudo, cumprir uma função social. Nesse sentido, a liberdade de contratar não é um fim em si, mas “um instrumento para o alcance das finalidades alvitadas pelo legislador constitucional”¹². Visa, destarte, atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais.

Para tanto, o legislador ordinário estabeleceu, no art. 421 do CC, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ou seja, quando da celebração de um acordo de vontade, deve-se atentar não apenas aos fins econômicos tutelados pelo pacto, mas também aos interesses coletivos, externos às partes contratantes. Constituiu-se, desta forma, a função social como mais uma limitação ao direito de contratar. A finalidade do legislador ordinário foi a de impedir o abuso de direito pelos contratantes.

Por fim, como cláusula geral de respeito obrigatório pelos titulares da liberdade contratual, destaca-se o princípio da boa-fé. Este se encontra expresso ao longo de vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo dos arts. 113 e 187 do CC e art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Sob a ótica contratual, observa-se que o art. 422 do CC impõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Desta maneira, os particulares, ao exercer seu direito de contratar, devem agir com probidade e boa-fé não só durante as tratativas, como também durante a formação e a execução do acordo firmado.

3. A regulação da livre disposição do corpo

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as relações interpessoais passaram por diversas transformações. A sociedade global, então devastada pelo grande conflito e perplexa

12 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria geral e contratos em espécie*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.4. p. 147.

com as atrocidades cometidas contra a espécie humana – seja nos campos de concentração nazista seja nas explosões das duas bombas nucleares no Japão –, conclamou, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana ao eixo norteador de todas as relações jurídicas.

A partir de então, observou-se que os vínculos jurídicos passaram a abordar, além das situações susceptíveis de apreciação econômica, ou seja, patrimoniais, relações voltadas à afirmação dos valores existenciais do indivíduo, valores estes enraizados na esfera mais íntima da pessoa humana e não mensuráveis economicamente.

Surgiram, assim, os chamados direitos da personalidade, os quais são definidos, por Francisco Amaral, como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”¹³.

No Direito brasileiro, os direitos da personalidade se encontram disciplinados, de maneira não taxativa, no Capítulo II do CC, e aludem, de modo geral, ao direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. No que diz respeito ao direito ao corpo, este pode ser conceituado como sendo a proteção destinada à vida humana e à integridade física, englobando o corpo vivo assim como o cadáver,¹⁴ e também as partes dele destacáveis e sobre as quais seu titular exerce o direito de disposição.

Contudo, a autonomia corporal, aqui entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao próprio corpo¹⁵, não pode ser exercida de maneira absoluta, já que constam prescritos no ordenamento jurídico brasileiro limites de ordem constitucional, penal e civil a este direito.

Analisando o CC, tem-se que a proteção jurídica ao corpo se inicia, conforme seu art. 2º, na concepção; e se estende até a morte, representada pela paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória¹⁶, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.434 de 1997.

Ademais, o art. 13 da Lei Civil estabelece a regra geral quanto à disposição do próprio corpo, qual seja “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Assim, em linhas gerais, não havendo redução permanente da integridade física é possível a prática de diferentes atos de disposição corporal.

O parágrafo único do art. 13 do CC, por sua vez, concede autonomia corporal aos

13 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: Introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.243.

14 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*: Parte Geral e LINDB. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. V.1. p. 204.

15 BONDIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818. Set./dez. 2014. P. 796.

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Parte geral. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 162.

sujeitos de direito para fins de transplante, e prevê o disciplinamento desta matéria em lei especial¹⁷. Ainda, o art. 14 do CC autoriza a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, desde que com objetivo científico ou altruístico.

Importante ressalva faz a CF ao vedar, em seu art. 199, §4º, todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas quando a finalidade for sua remoção para realização de transplante, pesquisa e tratamento. Além disso, o art. 1º da Lei dos Transplantes (Lei nº 9.434/1997) reafirma o caráter gratuito da disposição do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins terapêuticos – com exceção do sangue¹⁸, do espermatozoide e do óvulo, conforme previsto no parágrafo único deste artigo –, bem como tipifica como crime, nos arts. 14 e 15, sua comercialização.

Especificamente quanto à possibilidade de disposição do corpo em vida para fins de transplante ou tratamento, o art. 9º da lei supracitada estabelece como pressupostos que o disponente seja maior e capaz; o ato não importe risco para sua vida ou saúde; e haja autorização prévia e pessoal para o procedimento, preferencialmente por escrito. Ademais, é cabível a revogação a qualquer tempo.

A lei veda à gestante a disposição de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, pela potencialidade de riscos à sua saúde ou do feto. Releva-se, apenas, quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e este procedimento não ofereça riscos à gravidez.

Nesse sentido, também, a lei autoriza que indivíduos incapazes possam dispor de seu corpo com fins a transplante de medula óssea, desde que constatada compatibilidade imunológica, e mediante consentimento de ambos os pais ou de seus responsáveis legais, além do não oferecimento de riscos à sua saúde.

Além disso, é assegurado ao titular o direito à revogação, a qualquer momento, da autorização de dispor do próprio corpo para depois da morte, como alude o parágrafo único do art. 14 do CC.

Por fim, o CC prevê em seu art. 15, ainda como proteção à livre disposição do corpo pelo seu titular, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Assim, fica estabelecida a regra que em casos mais graves, os médicos somente poderão atuar mediante prévia autorização do paciente, quem tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso – salvo nas situações de emergência, quando não há possibilidade de manifestação válida e livre da vontade.

17 Lei nº 9.434/97

18 Quanto à comercialização do sangue, esta é vedada pela Lei nº 10.205/01, conforme seu art. 1º.

Outro importante aspecto a ser abordado nessa temática de proteção ao corpo, refere-se à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no procedimento de reprodução humana, para fins de pesquisa e terapia. Tal questão se encontra disciplinada na Lei nº 11.105 de 2005, popularmente conhecida como Lei da Biossegurança.

Essa lei ordinária estabelece, em seu art. 5º, uma série de condições a serem cumpridas para possibilitar o manejo das células-tronco embrionárias, tais como: a inviabilidade dos embriões, ou que os estes estejam congelados há três anos ou mais; o consentimento dos genitores; e que as instituições de pesquisa e serviços de saúde responsáveis submetam seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa. Além disso, a Lei da Biossegurança tipifica como crime, nos termos do art. 15, a comercialização do material biológico a que se refere o art. 5º, qual seja, células-tronco embrionárias, bem como proíbe, expressamente, no art. 6º, inciso III, a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Verifica-se, porém, que o art. 5º supramencionado foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, proposto pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Carlos Lemos Fonteles, sob o argumento de que, ao utilizar células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para pesquisas e terapia, estar-se-ia violando o direito à vida e a dignidade da pessoa humana desses embriões.

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou tal ação improcedente, reconhecendo, portanto, a constitucionalidade do artigo impugnado¹⁹. Prevaleceu o voto do ministro Carlos Ayres Britto, relator, do qual se destaca alguns pontos no que refere à proteção do corpo.

Assim, firmou-se o entendimento de que, nada obstante a personalidade jurídica somente iniciar com o nascimento com vida (CC, art. 2º), e com ela a titularidade dos direitos garantidos aos indivíduos, o ordenamento jurídico brasileiro protege o nascituro a partir da concepção. Essa entidade pré-natal, porém, deverá se encontrar em local propício ao seu pleno desenvolvimento, o ambiente intrauterino, e iniciado o desenvolvimento das atividades encefálicas. Não preenchidos tais requisitos, não há que se falar em vida ou expectativa

19 Interessante ponto de vista possui Leonardo Martins sobre o tema. Para o referido autor, a ADI ajuizada perante o STF devia ter sido julgada procedente, portanto declarando a inconstitucionalidade do artigo em análise. Porque o art. 5º da Lei nº 11.105/2005 viola os direitos fundamentais à liberdade científica do art. 5º, IX, da CF, de todos os que se ocupam das pesquisas de base e das pesquisas aplicadas com células-tronco embrionárias e à liberdade geral de ação (CRFB/88, art. 5º, *caput*) de todos os interessados nos benefícios de tais pesquisas para efeitos de planejamento familiar e de “direitos reprodutivos”. Para ele, as intervenções previstas no referido artigo não estariam devidamente justificadas a fim de legitimar tal limitações aos direitos fundamentais. *In*: MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica*: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão, com um ensaio de Bernhard Schlink questões atuais da proteção da vida pré-natal. São Paulo: Atlas, 2014. p.175.

de direitos. Além disso, verifica-se a proteção à inviolabilidade do corpo ao se reconhecer a inexistência do dever jurídico de o casal gestar todos os embriões viáveis originados da técnica de fertilização *in vitro*.

4. A gestação de substituição: o direito ao planejamento familiar e as técnicas de reprodução medicamente assistida.

O direito ao planejamento familiar é entendido, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.263 de 1996, 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. Trata-se de direito da personalidade constitucionalmente garantido²⁰ e que se fundamenta, principalmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

Nesse contexto, afirma Maria Berenice Dias que a enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de várias técnicas de reprodução medicamente assistida²¹, que viabilizou o direito à procriação daqueles indivíduos que sofriam de infertilidade clínica, ocasionada pela dificuldade biológica de conceber e gestar um filho, ou infertilidade social, seja por compor casal homoafetivo seja por viver sozinho.

As técnicas de reprodução assistida – conjunto de métodos que auxiliam o processo de reprodução humana – podem ser divididas em técnicas de baixa e técnicas de alta complexidade. Leocir Pessini e Christian Charchifontaine exemplificam que entre as técnicas de baixa complexidade estão incluídos o coito programado e a inseminação intrauterina (IIU), métodos que apresentam a vantagem de menores custos, além de dispensarem sua realização em centros de reprodução assistida. Ao passo que, entre as técnicas de alta complexidade, cita-se a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)²², métodos reservados a casos mais específicos.

Frise-se, por oportuno, que antes de optar pela reprodução assistida, o casal ou interessados precisam ser bem investigados. Em verdade, a utilização de tais técnicas deve ocorrer apenas como última opção, dados os riscos à saúde que elas envolvem.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, caberá ao presente estudo analisar a Gestação

20 *CRFB/88. Art. 226.* A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7º 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.

21 DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias [Livro digital]*. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. n.p.

22 PESSINI, Leocir; CARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. São Paulo: Loyola, 2007. p.295.

de Substituição, também conhecida como “cessão temporária de útero”, “maternidade por sub-rogação”, “gestação por outrem”, “barriga de aluguel”, entre outras nomenclaturas.

De modo geral, essa técnica será cabível quando o indivíduo ou o casal não conseguir levar a termo uma gravidez e, por isso, recorrem a uma mulher que gestará o embrião, a “mãe portadora” ou “mãe substituta”²³.

Em suma, a Gestação de Substituição pode se dar de várias formas, dentre as quais Guilherme Calmon Nóbrega da Gama elege como as mais usuais: (a) A maternidade de substituição, que envolve o embrião de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; (b) A maternidade de substituição que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental; (c) A maternidade de substituição que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante²⁴.

Assim, enquanto que na primeira situação está configurada a concepção homóloga, por se tratar da manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal, nos demais casos se observa a concepção heteróloga, aquela levada a efeito com material genético de doadores.

Ademais, a Gestação de Substituição será viabilizada por outros métodos de reprodução assistida, sendo a fertilização *in vitro* com transferência de embrião o mais utilizado. Nesta técnica, a fertilização do ovócito pelo espermatozoide ocorre em laboratório, em ambiente extrauterino. Para tanto, a ovulação daquela que irá fornecer o material genético é geralmente estimulada por medicamentos, com posterior colhimento dos ovócitos por meio de punção guiada por ultrassonografia endovaginal e colocados juntamente com os espermatozoides processados em ambiente com 5% de gás carbônico e temperatura de 37° C. Após 24 ou 48 horas, os pré-embriões formados, contendo de quatro a oito células, são avaliados e aqueles considerados viáveis são transferidos para a cavidade uterina da mulher que irá gestar²⁵ – observado o período menstrual propício para implantação.

23 Destaca-se que dentre as principais causas que impossibilitam a gestação estão a ausência do útero congênita, a exemplo dos casos de Síndrome de Rokitanski, ou adquirida (histerectomia), ocasionada por câncer de ovário, insuficiência renal grave, diabetes insulino dependente grave, ou mioma uterino de grandes proporções. Menciona-se, também, os casos em que a mulher possui idade próxima aos cinquenta anos, quando a gestação se torna de risco; ou ainda os casais homoafetivos que desejam ter filhos biológicos, cf. BUENO, José Geraldo Romanello; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Os limites da gestação de substituição na reprodução assistida. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, n. 24, p.17-33, Jan./Dez. 2015. p. 24

24 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374.

25 PESSINI, Leocir; CARCHIFONTAINE, Chistian de Paul de. *Op. Cit.* p.296.

Ainda de acordo com as orientações do Conselho Federal de Medicina, será a idade daquela que receberá o material genético que determinará a quantidade de embriões a serem implantados, em razão da probabilidade de êxito no desenvolvimento do feto. Destarte, nos casos de mulheres com até trinta e cinco anos, serão implantados até dois embriões; mulheres entre trinta e seis e trinta e nove anos, até três embriões; e mulheres com quarenta anos ou mais, até quatro embriões.

Por fim, destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro não possui qualquer lei específica dispendo sobre as técnicas de reprodução assistida, não havendo que se falar, desta forma, de proibição ou restrição ao uso da Gestaçã de Substituiçã.

1.1 *A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM)*

Diante da ausência normativa e para efetivação da Gestaçã de Substituiçã e dos demais métodos de reprodução medicamente assistida, o CFM buscou normatizar tais técnicas através de resoluções. Foram, então, emitidas as Resoluções nº 1.358 de 1992, 1.957 de 2010, 2.013 de 2013, 2.121 de 2015, e, por fim, a 2.168 de 2017, as quais adotam normas éticas para a utilização dos referidos métodos.

Analisando especificamente a Resolução do CFM nº 2.168/2017, observa-se que esta instituiu requisitos gerais e específicos para utilização da Gestaçã de Substituiçã. Como primeiro requisito geral, tem-se que as técnicas de reprodução assistida somente poderão ser utilizadas quando evidenciada a probabilidade de sucesso e o não oferecimento de risco grave para saúde do(s) paciente(s) ou de seus possíveis descendentes²⁶.

O consentimento livre, esclarecido informado e por escrito dos envolvidos no procedimento, o qual será elaborado em formulário especial, é imprescindível, sendo dever do profissional responsável expor detalhadamente aos pacientes os aspectos médicos que envolvem a totalidade das circunstâncias da aplicação do método de reprodução assistida a ser desenvolvido, bem como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. Além disso, essas informações devem abordar também dados de caráter biológico, jurídico e ético.

No que se refere especificamente ao método de Gestaçã de Substituiçã, a Resolução em estudo estabelece que o referido termo de consentimento deverá ser assinado tanto pelos pacientes quanto pela doadora temporária do útero e contemplará aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, como também aspectos legais da filiação.

Ainda, imprescindível é a elaboração de relatório médico com o perfil psicológico

26 A resolução estabeleceu cinquenta anos como idade máxima para as candidatas à gestaçã de reprodução assistida, podendo tal limite ser relativizado pelo médico responsável, desde que respaldado por fundamentos técnicos e científicos e após esclarecimento, prestado à paciente, quanto aos riscos envolvidos.

de todos aqueles diretamente envolvidos, atestando adequação clínica e emocional para realização do procedimento reprodutivo.

Quanto à questão da filiação, exige-se, de modo complementar, a assinatura do Termo de Compromisso entre as partes envolvidas, onde deverá constar claramente o estado de filiação da criança a ser gerada. Ademais, no caso de a doadora temporária do útero ser casada ou viver em união estável, esta deverá apresentar, por escrito, aprovação do cônjuge ou companheiro para realização do procedimento. Essas medidas têm por finalidade evitar futuras disputas judiciais quanto à filiação do recém-nascido.

Destaca-se também que o CFM somente autoriza a técnica de gestação de substituição desde que inexistente o caráter lucrativo ou comercial da doação temporária do útero, e quando constatado problema clínico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

Aqui cabe atentar a desarrazoada limitação imposta pela Resolução à utilização da técnica. Isso porque injustificadamente restringe o acesso à Gestação de Substituição àquelas mulheres com quadro clínico muito específico, qual seja, as mulheres capazes de fornecer o material genético próprio e, simultaneamente, inaptas a gestar²⁷. Exclui-se, desta forma, grande contingente de mulheres que não apenas estão impossibilitadas de levar a gestação a termo, como também de fornecer o gameta feminino para a fecundação.

Frise-se, por outro lado, que a norma ética do Conselho Federal de Medicina não restringiu o acesso às técnicas de reprodução assistida apenas a casais hétero ou homoafetivos, possibilitando que pessoas sozinhas também façam uso desses métodos reprodutivos.

No que se refere à doadora temporária de útero, a Resolução estabelece que, além do limite de idade de cinquenta anos, ela deverá pertencer à família de um dos autores do projeto parental em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Essa regra, porém, poderá ser relativizada desde que autorizado pelo respectivo Conselho Regional de Medicina. Também acerta a Resolução que os pacientes contratantes dos serviços de reprodução assistida deverão assegurar à doadora o tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, desde o consentimento da doação até o puerpério.

Por fim, a Resolução dispõe que deverá constar no prontuário do paciente a garantia do registro civil da criança pelos autores do projeto parental, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez. Esta exigência, porém, hoje é dispensável em razão do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça, o qual dispõe, dentre outros assuntos, sobre

27 ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Gestação de substituição*: Regramento do Direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. Disponível em: < <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016. p.8.

o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, listando em seu artigo 17 os documentos necessários²⁸ para tal processamento, livre de autorização judicial.

1.2 Dos limites regulamentadores do Conselho Federal de Medicina

O CFM e os Conselhos Regionais de Medicina compõem, conjuntamente, uma autarquia federal que exerce as atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica (CRFB/88, art. 22, XVI). Ambos conselhos foram instituídos originalmente pelo Decreto-lei nº 7.955 de 1945, mas somente com a promulgação da Lei nº 3.268, de 1957, que adquiriram a natureza jurídica de autarquia.

Como entes reguladores da atividade profissional médica, o CFM e os Conselhos Regionais de Medicina exercem o poder de polícia da profissão e são investidos na competência de instituir, arrecadar e gerir contribuições de natureza compulsória. Suas principais atribuições estão disciplinadas nos artigos 5º e 15 da Lei nº 3.268/57, e dizem respeito, de modo geral, à organização de seus respectivos regimentos internos; votar e alterar o Código de Deontologia Médica; fixar e alterar o valor da anuidade única, cobradas aos inscritos dos Conselhos Regionais de Medicina; deliberar sobre a inscrição e cancelamento nos quadros dos Conselhos; manter um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício nas respectivas Regiões; expedir carteira profissional; fiscalizar o exercício da profissão médica; velar pela conservação da honra e da independência dos Conselhos, livre exercício legal dos direitos dos médicos; promover, por todos os meios a seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam; entre outras.

Estabelece a Lei nº 12.842 de 2013²⁹, em seu art. 7º, que “compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos”. Tais normas são concretizadas na forma de Resoluções, as quais devem ser necessariamente observadas pelos profissionais médicos sob pena de infração ético-disciplinar.

28 *Provimento nº 63 do CNJ. Art. 17* É indispensável, para fins de registro e da 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. § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação. § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. § 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

29 A Lei Federal nº 12.842, de 19 de julho de 2013, dispõe sobre o exercício da Medicina.

Nesse sentido, o parágrafo único do referido artigo atribui aos Conselhos Regionais de Medicina a função de, no exercício de sua competência fiscalizadora, verificar o devido cumprimento das Resoluções instituídas pelo CFM, bem como aplicar as sanções pertinente nos casos de sua inobservância.

Denota-se que o CFM, na qualidade de ente da Administração Pública indireta, não possui competência legislativa, razão que não se atribui às normas por ele instituídas o caráter de norma geral e abstrata. Seus regramentos, bem como o Código de Ética Médico (Resolução CFM nº 1.931/2009), são de observância obrigatória apenas aos médicos no exercício de sua profissão, não recaindo sobre os indivíduos e suas liberdades constitucionalmente garantidas.

Não assiste competência ao CFM para limitar a liberdade de contratar a não médicos, de sorte que a disciplina constante na Resolução 2.168 de 2017 é absolutamente ineficaz, já que não trata da remuneração ou da atividade dos médicos envolvidos.

Resta patente, portanto, que nos termos destacados pela Constituição Federal e pela Lei 12.842/13, o dispositivo da Resolução 2.168/17 do CFM que veda a onerosidade no contrato celebrado entre os interessados extrapola a competência outorgada ao Conselho de classe, já que suas disposições somente se mostram cogentes aos médicos que exercem a profissão no Brasil.

5. Da possibilidade da celebração do contrato de gestação de substituição a título oneroso no direito brasileiro.

O contrato de gestação de substituição está atrelado a uma questão existencial, qual seja, o planejamento familiar. Isto significa que esse método se revela expressão afirmativa da dignidade da pessoa humana, calcada no direito de autodeterminação, capaz de permitir o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que se submetem ao referido procedimento reprodutivo.

Nesse contexto, Daniel Sarmento defende que a proteção à autonomia da vontade na esfera existencial é muito mais intensa, já que as decisões neste campo se situam numa esfera que deve ser protegida de intervenções externas³⁰. Assim, enquanto que nas situações patrimoniais a vontade sofre limitações diante da funcionalização do contrato e da própria autonomia, para garantir um tratamento materialmente igualitário às partes; nas situações existenciais, a vontade tende a permanecer incólume, somente tolerando limitações em razão de ponderação realizada entre a autonomia e os demais direitos da personalidade envolvidos no caso.

Para o negócio jurídico ser válido requer-se, nos termos do art. 104 do CC, a observância aos seguintes requisitos formais: capacidade das partes; objeto lícito, possível, determinado

30 SARMENTO, Daniel. *Apud* ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: Contratos (Teoria Geral e Contratos em espécie)*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.4. p. 149.

ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Ademais, imprescindível que o objeto do contrato não viole normas de ordem pública ou bons costumes e tenha uma função social intrínseca.

De início, observa-se que, como não há forma prescrita em lei para o contrato de Gestação de Substituição, a regra do consensualismo prevalece, cabendo às partes adotarem a forma que melhor atender aos seus interesses, podendo, até mesmo, firmarem o pacto de maneira verbal. Por questões de segurança jurídica, porém, aconselha-se a forma escrita, com a finalidade de facilitar a prova da contratação e de seus termos, bem como a solução de eventuais questões de filiação.

Quanto à capacidade das partes, a efetivação da Gestação de Substituição requer que o consentimento seja “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado”³¹, o qual somente poderá ser concedido por aqueles que possuem pleno discernimento. Isso porque se trata de técnica médica que oferece riscos, físicos (decorrente da própria gravidez) e psíquicos, aos envolvidos, sendo indispensável que o profissional responsável informe sobre todas as consequências éticas, médicas e jurídicas referentes à sua prática, com fins a viabilizar o consentimento informado dos pacientes³².

Destaca-se também que, por se tratar de circunstância existencial, o consentimento para realização da Gestação de Substituição pode ser revogado pelas partes, desde que ainda não realizado nenhum ato definitivo do processo reprodutivo. Isto é, deve-se garantir a revogabilidade do consentimento até o momento em que se torna inviável o retorno ao *status quo ante*, sob pena de ferir a finalidade inicial do negócio jurídico celebrado³³.

Já no que se refere à idoneidade do objeto do contrato, deve-se esclarecer que, ao contrário do que a expressão popular “Barriga de Aluguel” propõe, este negócio jurídico não se enquadra na espécie de locação ou empréstimo de coisa. Isso porque, nessas figuras, o titular da coisa entrega para terceiro, durante certo período, mediante remuneração ou não, o uso e gozo de bem não-fungível (art. 565 e ss. e art. 579 e ss. do CC), o que não ocorre no caso da cessão do útero, o qual permanece sob a posse da gestante.

Para Arnaldo Rizzardo, a prestação de serviços é a figura que melhor se afeiçoa às

31 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 215.

32 Por força do art. 15 do CC “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”; e ainda no art. 15, §3º, do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009 “É vedado ao médico praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo”.

33 Nesse sentido, a Lei portuguesa nº 32/2006, modificada pela Lei nº 25/2016, a qual dispõe sobre a Procriação medicamente assistida, estabelece em seu art. 14, item 4, que “O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida”. In: PORTUGAL, *Lei nº 32/2006, de 26 de Julho*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis>. Acesso em: 19 fev. 2018.

funções desempenhadas por aquela que cederá o útero³⁴, uma vez que sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais do filho gerado e entre esses com aquela.

Nesse sentido, dispõe o art. 594 do CC que “toda a espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante remuneração”. Assim, está autorizada a contraprestação pecuniária pela prestação de qualquer serviço desde que seu objeto seja lícito.

Por outro lado, para avaliar a licitude do objeto de um contrato é necessário percorrer todo o direito brasileiro na busca de normas que o regulamentem, restrinjam ou proíbam.

No caso da cessão temporária do útero, como dito no tópico anterior sobre a Gestação de Substituição (ponto 4 *supra*), não há qualquer lei ordinária que discipline a matéria reprodução humana medicamente assistida e, por consequência, a Gestação de Substituição.

O único instrumento normativo que trata do tema é a Resolução nº 2.168 de 2017 do CFM, que efetivamente determina que o procedimento seja realizado apenas de maneira gratuita. Ocorre que tal norma é de observância obrigatória exclusivamente aos profissionais da medicina no exercício de sua profissão, não podendo ser utilizada para regulamentar contratos celebrados entre “não médicos”.

Somado a isso, não foi observada a existência de qualquer restrição constitucional à sua prática, sendo inclusive dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, nos termos do art. 226, §7º, da CF.

É de se destacar que a Gestação de Substituição não importa diminuição permanente da integridade física da gestante, estando presentes apenas os riscos inerentes à própria gravidez³⁵. Assim, diante das condições clínicas adequadas, insta assegurada a livre disposição do corpo da pretensa gestante para concretização do projeto parental daqueles que não possuem meios de efetivá-lo.

Também não é possível vislumbrar no contrato de Gestação de Substituição, desde que pautado na autodeterminação das partes, violação às normas de ordem pública ou aos bons costumes, mesmo diante do caráter oneroso. Isso porque o que se pretende é a efetivação do plano parental de indivíduos que já buscaram outras alternativas disponíveis à concretização de sua família e não obtiveram êxito. Portanto, o consentimento daquela que se propõe a gerar o filho, submetendo-se às condições adversas impostas pela gestação, mesmo que mediante contraprestação, revela-se em verdadeira ação altruísta, solidária, e que deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

34 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.512.

35 Não há, portanto, violação ao disposto no art. 13 do CC. Ademais, a gestação de substituição trata de questão existencial que proporciona o desenvolvimento da personalidade tanto do autor do projeto parental quanto da pretensa gestante.

Em verdade, não se pode considerar tal prática atentatória à moral ou contrária à ordem jurídica pátria, visto ser, ao lado das demais técnicas de reprodução assistida, mais uma benesse trazida pelo desenvolvimento da biotecnologia que busca proporcionar o pleno e efetivo desenvolvimento da personalidade humana daqueles que, por questões naturais (infertilidade ou esterilidade) ou sociais (casais homoafetivos ou pessoas sozinhas) não o podem fazer por métodos autônomos, bem como daquelas que veem na cessão de seu útero a possibilidade de ajudar o próximo.

Rose Meireles destaca que as situações subjetivas existenciais, como é o caso da Gestação de Substituição, não têm propriamente função social, porque são, *per si*, função social³⁶. Ou seja, enquanto as relações jurídicas patrimoniais têm a efetivação da dignidade da pessoa humana como fim secundário aos fins econômicos, as relações existenciais têm a dignidade como fim imediato, satisfazendo os interesses coletivos em sua essência.

Feitas tais considerações, constata-se que inexistente qualquer vedação em nosso ordenamento, aplicável aos contratantes, que impeça a onerosidade do negócio, em especial pela ausência de competência do CFM para regulamentar negócios jurídicos celebrados por “não médicos”.

Assim, é válido o contrato de Gestação de Substituição desde que não haja qualquer vício de consentimento e garantido o direito de autodeterminação das partes, ainda que celebrado a título oneroso, diante da ausência de lei dispendo em sentido contrário.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma que “nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem”³⁷. Adverte-se, ainda, que é dever dos titulares do projeto parental arcar com as despesas naturais decorrentes da gestação, a exemplo das despesas hospitalares, exames médicos, medicamentos, alimentação e vestuário apropriado a grávidas. Destarte, a remuneração da gestante seria devida em razão da observância aos cuidados necessários ao desenvolvimento saudável da criança, ao longo dos nove meses de gestação – verdadeira prestação de serviços, e não apenas uma indenização pelos gastos advindos da gravidez.

E mais, a própria previsão no art. 22 do Projeto de Lei nº 115 de 2015³⁸, de autoria do deputado federal Juscelino Rezende Filho, de que a Gestação de Substituição “não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação” leva a

36 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. Cit.* p.300-301.

37 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* n.p.

38 Projeto de Lei 115/2015 institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais, e se encontra, desde 04 de março de 2015, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Inteiro teor da PL e tramitação legislativa disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 25 out. 2016.

crer que a contraprestação pecuniária não é, na atualidade, formalmente proibida, sendo, com fulcro no princípio da legalidade (CRFB/88, art. 5º, II), permitida.

6. Conclusão

A Gestação de Substituição é uma técnica de reprodução assistida que visa proporcionar a efetivação do projeto parental daqueles indivíduos que estão impedidos de gerarem o próprio filho por meios naturais. De modo geral, sua prática ocorre com a implantação do material genético dos pretensos pais (ou de doadores) no útero daquela que se propõe a gestar a criança e que a entregará quando do nascimento. Para tanto, é firmado um acordo entre as partes dispondo sobre os direitos e deveres dos envolvidos, bem como sobre aspectos formais do procedimento.

A liberdade é um direito fundamental constitucionalmente garantido e somente pode ser limitada, por força do art. 5º, II, da CF, por lei. No que se refere especificamente à liberdade de contratar, resta assegurada a possibilidade de particulares firmarem acordos sobre qualquer assunto de seu comum interesse, da forma como desejarem e sob as condições que elegerem, desde que respeitados os preceitos constitucionais e demais limitações impostas pelo Direito brasileiro.

Tais limitações dizem respeito às condições formais e materiais de validade do contrato. Além disso, é necessário que o negócio jurídico atenda à uma função social e que as partes estejam guiadas pela boa-fé objetiva tanto na celebração do acordo quanto na sua execução.

O direito ao próprio corpo é um direito da personalidade, portanto expressão da dignidade da pessoa humana, e abrange não apenas a integridade física, mas também o bem-estar psíquico. E apesar de, em um primeiro momento, o corpo ser objeto de tutela jurídica apenas da esfera criminal, atualmente encontra proteção expressa na CF e no direito civil.

Em regra, o indivíduo é livre para dispor de seu próprio corpo, desde que não lhe cause, injustificadamente, diminuições permanentes à integridade física, observada a garantia da dignidade da pessoa humana. São possíveis, todavia, atos que diminuam a integridade física, desde que visem o bem-estar físico – por exigência médica – ou psíquico.

Especificamente com relação à gestação em substituição, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina regulamenta a sua realização. Entretanto, suas normas possuem força cogente apenas para os médicos no exercício de sua profissão.

O contrato firmado entre os autores do projeto parental, quando celebrado por pessoas capazes, não viola condições formais de validade do negócio jurídico. Ademais, por não existir norma que proíba sua prática e ainda por não afrontar norma de ordem pública, bons costumes e guardada a boa-fé objetiva, o objeto do contrato se revela lícito, possível e determinado.

A mulher que cede o corpo não sofre diminuições permanentes de sua integridade física, estando exposta somente aos riscos inerentes à gravidez. Desta maneira, gestar em seu útero o filho de outrem se revela ato de livre disposição do corpo, garantido constitucionalmente a todos os indivíduos. Ressalve-se, entretanto, que por se tratar de procedimento que expõe a titular do corpo a certos riscos, é imprescindível que esta ofereça consentimento livre e informado, sob pena de invalidação do ato de disposição.

Diante o exposto, chegou-se à conclusão que, por não haver no Direito brasileiro qualquer norma limitadora ou reguladora da Gestação de Substituição, sua prática é permitida, inclusive sob o caráter oneroso. Em verdade, tal técnica permite o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e a concretização dos direitos à livre disposição do corpo, ao planejamento familiar e à paternidade responsável.

No entanto, deve-se reconhecer que a atual conjuntura do Direito brasileiro quanto à ausência de disciplinamento legal da Gestação de Substituição, bem como das demais técnicas de reprodução assistida, ocasiona conflitos jurídicos e sociais das mais diversas ordens.

Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Gestação de substituição: Regramento do Direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*. Disponível em: < <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016.

BONDIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818. Set./dez. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 115/2015*. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BUENO, José Geraldo Romanello; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Os limites da gestação de substituição na reprodução assistida. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, n. 24, p.17-33, Jan./Dez. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias [Livro digital]*. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. n.p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

_____. *Direito Civil Brasileiro: Parte geral*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

KANT, Emmanuel *apud* NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão, com um ensaio de Bernhard Schlink questões atuais da proteção da vida pré-natal*. São Paulo: Atlas, 2014.

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

OLIVEIRA, Aluísio Santos de. *apud* AFONSO, Paula. *A Geração por Substituição e a lacuna normativa no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16990&revista_caderno=14>. Acesso em: 18 out. 2016.

PESSINI, Leocir; CARCHIFONTAINE, Chistian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

PORTUGAL, *Lei nº 32/2006, de 26 de Julho*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis>. Acesso em: 19 fev. 2018

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria geral e contratos em espécie*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.4.

_____. *Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. V.1.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 Distrito Federal*. Rel. Min. Ayres Britto. DJe 28/05/2008. DJ 29/05/2008.

SOBRE AS AUTORAS:

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2013). Estágio pós-doutoral na Westfälische Wilhelms-Universität. Professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Débora Medeiros Teixeira de Araújo

Mestranda em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.