



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

MARCELA DE MEDEIROS TEIXEIRA

**A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: posições e controvérsias no âmbito do direito
moderno**

Recife

2023

MARCELA DE MEDEIROS TEIXEIRA

A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: posições e controvérsias no âmbito do direito moderno

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para obtenção do título de bacharela em Direito.

Área de concentração: Direito Civil e Direito Médico.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão.

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Teixeira, Marcela de Medeiros.

A gestação de substituição: posições e controvérsias no âmbito do direito moderno / Marcela de Medeiros Teixeira. - Recife, 2023.
68 f.

Orientador(a): Silvio Romero Beltrão

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Gestação de substituição. 2. Reprodução humana assistida. 3. Direito civil. 4. Direito médico. 5. Bioética. I. Beltrão, Silvio Romero. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

MARCELA DE MEDEIROS TEIXEIRA

A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: posições e controvérsias no âmbito do direito moderno

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovado em: 28/04/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Antonieta Lynch (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Paulo Simplício Bandeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Aos meus pais, Francisco e Andréa,
pelo amor e suporte incondicionais,
além do incentivo durante todo esse processo.

RESUMO

Esta monografia trata da gestação de substituição, enquanto procedimento auxiliar à reprodução humana assistida, e suas controvérsias decorrentes no âmbito do direito moderno. Traça, assim, um breve histórico das técnicas de reprodução assistida, com a elucidação daqueles mais utilizados na atualidade, de modo a examiná-la enquanto mecanismo de exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar. Examina, também, o conceito de gestação substitutiva e a sua abordagem no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, e, na sequência, em razão da lacuna percebida no direito pátrio, traça um panorama no que se refere à abordagem concedida a esse tópico no direito estrangeiro e uma breve análise da temática sob o enfoque do Direito Internacional Privado. Por fim, analisa algumas das principais controvérsias que revestem essa prática, como a atribuição de caráter oneroso ao pacto, possíveis limitações pessoais a seu acesso, a questão da filiação do nascituro e o exercício do direito ao arrependimento. Não busca, assim, apresentar soluções definitivas para essas problemáticas, mas debater possíveis posicionamentos e disposições legais.

Palavras-chave: gestação de substituição; reprodução humana assistida; direitos reprodutivos; livre planejamento familiar; filiação.

ABSTRACT

This thesis deals with the subject of surrogacy, as an auxiliary procedure to human assisted reproduction, and its arising controversies in modern law. Thus, it draws a brief history of the assisted reproduction techniques, establishing the most popular methods today, in order to examine them as a means of exercising the right to free family planning. It also discusses the concept of surrogacy and its treatment by the Brazilian legal system, and, due to the verified gap, draws a comparison to foreign legal orders and how those specific countries handle the subject of surrogacy, in addition to analyzing the matter at hand from the perspective of International Private Law. Finally, it studies some of the main controversies in relation to this practice, like the attribution of a commercial aspect, possible personal limitations to accessing surrogacy, the matter of filiation and the exercise of the right to withdraw consent. Therefore, it doesn't aim to present definite solutions to the analyzed problems, but, on the other hand, to debate possible interpretations and legal dispositions.

Keywords: surrogacy; human assisted reproduction; reproductive rights; free family planning; filiation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

ART - *Assisted Reproductive Technology*

CC - Código Civil

CC/02 - Código Civil de 2002

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CFM - Conselho Federal de Medicina

CJF - Conselho de Justiça Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CRM - Conselho Regional de Medicina

CRR - *Center for Reproductive Rights*

DIPr - Direito Internacional Privado

FIV - Fertilização in vitro

GIFT - Transferência intrafalopiana de gametas

IA - Inseminação artificial

ICSI - Injeção intracitoplasmática de espermatozoide

IUI - Inseminação intrauterina

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LPMA - Lei de Procriação Medicamente Assistida

OGM - Organismos geneticamente modificados

OMS - Organização Mundial de Saúde

PMA - Procriação Medicamente Assistida

RA - Reprodução Assistida

Res. - Resolução

RHA - Reprodução Humana Assistida

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TEC - Transferência de embriões congelados

US - *United States*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	11
2.1	BREVE PANORAMA HISTÓRICO	11
2.2	QUAIS SÃO OS ATUAIS MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA?	15
2.3	DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA APLICAÇÃO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	18
3	DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: DO QUE SE TRATA?	22
4	A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO	27
4.1	PORTUGAL	27
4.2	ESPAÑA	30
4.3	ESTADOS UNIDOS	32
4.4	ÍNDIA	35
4.5	A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	38
5	DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: POSIÇÕES E CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DO DIREITO MODERNO	41
5.1	UM PACTO ONEROSO OU ALTRUISTA?	42
5.2	LIMITAÇÕES PESSOAIS PARA EMPREGO DO MÉTODO	47
5.3	CONSIDERAÇÕES SOBRE A FILIAÇÃO	50
5.4	O DIREITO AO ARREPENDIMENTO	55
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Na transição entre as décadas de 1970 e 1980, verificou-se uma revolução científica na esfera da fertilidade humana nunca antes vista, sendo introduzida à sociedade a possibilidade de geração de crianças por indivíduos previamente considerados inférteis¹.

Essa inovação seria possível através da técnica conhecida como reprodução humana assistida, viabilizando-se, ainda, a procriação a partir do auxílio de terceiros, seja enquanto doadores de gametas ou, tal como é o foco deste trabalho, através do método da gestação de substituição², coloquialmente conhecido como “barriga de aluguel”.

A partir desse contexto, inúmeras foram as problemáticas emergentes na aplicação dessa inovadora técnica, surtindo efeitos os quais, até aquele momento, não possuíam quaisquer precedentes no ordenamento jurídico.

No âmbito da legislação brasileira, passou-se a reconhecer juridicamente a filiação por técnicas artificiais a partir do Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597. Contudo, até a atualidade, além da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105), apenas conta-se com normas profissionais e bioéticas para a regulamentação dos procedimentos de reprodução assistida, não havendo, assim, uma norma pátria que verse acerca das múltiplas adversidades decorrentes dessa técnica reprodutiva com a especificidade que é demandada.

No que tange o tópico específico da gestação de substituição, o debate se torna ainda mais complexo, especialmente quando consideradas as perspectivas sociais, éticas, religiosas e políticas que revestem esse tópico, de modo que é possível observar tratamentos absolutamente diversos de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, constatando-se uma gritante lacuna legislativa acerca da matéria na esfera brasileira, o que justifica a necessidade de um estudo específico do tema.

Logo, a partir dessa obra, objetiva-se caracterizar a gestação por substituição e analisar a sua abordagem e algumas das controvérsias verificadas pelo direito moderno, tanto no âmbito nacional quanto estrangeiro, e, assim, evidenciar a necessidade de legislação específica no ordenamento jurídico pátrio.

¹ SHEFFER, Bruno Brum; *et al.* Reprodução assistida. Um pouco de história. **Revista SBPH**. Rio de Janeiro: v. 12, n. 2, p. 23-42, 2009.

² Também conhecida por “cessão temporária de útero”, “maternidade por sub-rogação”, “gestação por outrem”, “barriga de aluguel”, “barriga solidária”, dentre outras expressões.

Nesse ínterim, pretende-se realizar uma análise do acesso às técnicas de reprodução humana assistida a partir do direito constitucional ao livre planejamento familiar, fundamentado nos princípios basilares de liberdade, igualdade, autonomia e dignidade da pessoa humana.

Ademais, tenciona esclarecer dúvidas acerca da conceituação de “barriga de aluguel” e seu tratamento jurídico, ou falta dele, no âmbito da esfera legislativa e jurisprudencial brasileira, e, na sequência, em razão da lacuna percebida no direito pátrio, a fim de que a pesquisa não se restrinja a questões puramente normativas e teóricas, traçar um panorama no que se refere à abordagem concedida a esse tópico no direito estrangeiro, a partir de uma seleção de ordenamentos jurídicos que se distinguem pelo seu entendimento da gestação de substituição, a exemplo da *surrogacy* estadunidense e da *gestación de sustitución* espanhola, e, ainda, traçar uma breve análise da temática sob o enfoque do Direito Internacional Privado.

Por fim, o presente trabalho visa analisar a gestação por substituição e suas múltiplas facetas sob um enfoque jurídico e bioético, de modo a examinar algumas das principais controvérsias que revestem essa prática, a saber: é possível e/ou ético atribuir um caráter oneroso ao pacto de “barriga de aluguel”? Quem pode ceder o seu útero e a quem? O que poderá acontecer nos casos de arrependimento da gestante? E do casal ou indivíduo encomendante da gravidez? E a questão da maternidade e paternidade da criança?

Para tanto, utilizou-se da metodologia exploratória e descritiva, através da qual foi realizado um levantamento bibliográfico sobre a temática da gestação de substituição, além da adoção do método do direito comparado, no intuito de estudar e interpretar o tratamento concedido à matéria por sistemas jurídicos internacionais³.

Diante desse contexto, cumpre frisar que este trabalho não visa oferecer soluções definitivas às controvérsias acerca da gestação por substituição aqui tratadas, e sim, traçar um panorama das respostas existentes a essas questões, analisando a sua viabilidade, sob a perspectiva jurídica e bioética, no contexto brasileiro.

³ DANTAS, Ivo. **Direito comparado como ciência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

2.1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO

A denominada “Reprodução Humana Assistida” (RHA ou apenas RA) pode ser definida, nas palavras de Ribeiro, como “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando, principalmente, combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”⁴.

Logo, o termo se refere a um complexo de técnicas médicas desenvolvidas em meados dos séculos XIX e XX, com o propósito de tratamento da infertilidade, a qual pode ser definida, consoante a Organização Mundial de Saúde (OMS), como uma doença do sistema reprodutivo marcada pela falha em obter uma gravidez clínica após 12 meses ou mais de prática sexual regular sem o uso de métodos contraceptivos⁵.

Segundo constatado pelo mais recente relatório da OMS⁶, publicado em 03 de abril de 2023, 01 em cada 06 pessoas é afetada por essa condição, o que equivale a cerca de 17,5% da população adulta mundial.

A problemática da infertilidade, todavia, não se trata de preocupação nova na história, verificando-se a sua presença na mente dos seres humanos desde a antiguidade, haja vista o caráter elementar da reprodução para a sobrevivência e preservação de qualquer espécie⁷.

Egípcios, gregos e babilônios já compreendiam o vínculo entre relações sexuais e nascimentos, múltiplos são os rituais, costumes e folclores observados entre as culturas ao redor de todo o planeta e em toda a história da humanidade para a cura da infertilidade, a exemplo da antiga tradição Hindu de adoração aos órgãos genitais masculino (“*lingam*”) e feminino (“*yoni*”), em que, ao se deparar com uma fenda em rochas ou uma fissura em uma árvore,

⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 286.

⁵ *WORLD HEALTH ORGANIZATION. Infertility*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility> Acesso em 06 de mar. de 2023.

⁶ *Id. 1 in 6 people globally affected by infertility*: WHO. Genebra: 2023. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility> Acesso em 05 de abr. de 2023.

⁷ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&P Editores S.A., 2018.

símbolos do rito do nascimento, a mulher que atravessasse essa abertura teria a melhoria de sua fertilidade⁸. Outro costume Hindu, que estabelece a vaca como animal sagrado, provém, também, de sua relação simbólica com a fertilidade.

Narrativas de meios alternativos de reprodução, por sua vez, podem ser observadas dentre as lendas da mitologia greco-romana, como a história da deusa Juno, que, desejando “produzir um filho sem o concurso de seu esposo ou de qualquer outro homem”, dirigiu-se ao templo da deusa Flora que, atendendo a seu pedido, deu-lhe uma flor que apenas pelo toque engravidou, dando à luz a Marte, deus da guerra⁹.

Por sua vez, no que concerne à cultura cristã-ocidental, encontra-se na Bíblia uma multiplicidade de contos sobre a reprodução por pessoas inférteis divinamente curadas ou, ainda, sobre gestações ou nascimentos milagrosos, sem a necessidade da relação sexual propriamente dita, à exemplo, famosamente, da criação de Eva por Deus através da costela de Adão e, ainda, da gestação virginal de Maria, da qual teria nascido Jesus Cristo.

No que se refere à matéria da reprodução assistida através da gestação de substituição, também é patente a sua prática ao longo da história. Se destaca, em especial, a história bíblica de Raquel, esposa de Jacó, que, desejando um filho e consciente de sua própria esterilidade, aconselhou o marido a manter relações com Bila, sua escrava, dizendo: “Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela” (Gn, 30, 3).

Curioso, ainda, é o relato de Fustel de Coulanges, historiador francês do século XIX, que constatou em seu livro “A Cidade Antiga” que, nas sociedades de Atenas e Esparta, assim como entre os Hindus, existia o costume de, verificando-se a infertilidade por parte do marido, seu irmão ou outro parente deveria manter relações sexuais com sua esposa, sendo o fruto da união considerado prole do marido¹⁰. Uma “paternidade de substituição”, por assim dizer.

Ademais, distingue-se, enquanto primeira narrativa de uma possível inseminação artificial, a lenda árabe segundo a qual, em meados de 1332, em decorrência da rivalidade entre determinadas tribos, em que uma delas possuía cavalos de qualidade superior para as batalhas, um guerreiro inimigo foi enviado para coletar o sêmen do melhor garanhão, que acabou por ser

⁸ JOHNSTON, Donald Robert. *The History of Human Infertility. Fertility and Sterility*. Ottawa: v. 14, n. 3, p. 261-272, 1963.

⁹ SHEFFER, *op. cit.*

¹⁰ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 54-55.

utilizado para inseminar uma égua de sua cavalaria, gerando um potro semelhante àquele garanhão¹¹.

Todavia, o primeiro caso bem sucedido de inseminação artificial conhecido a caráter científico foi realizado por Lazzaro Spallanzani, em 1779, quando implantou em uma cadela o sêmen de um cachorro, vindo a gerar três filhotes¹².

No que se refere à técnica de transplante embrionário, isto é, quando ambas as gametas são implantadas conjuntamente, formando o embrião, a primeira tentativa é datada de 1890, quando o Professor Walter Heape, da Universidade de Cambridge, primeiro testou a técnica em coelhos, o que foi novamente tentado pelo biólogo estadunidense Gregory Pincus em 1934. Contudo, apenas em 1959, o biólogo sino-americano Min Chueh Chang obteve evidência indubitável da técnica hoje denominada de fertilização *in vitro* (FIV), com o nascimento de filhotes através da inoculação de um coelho branco com gametas de coelhos pretos¹³.

É possível observar, frisa-se, que, durante a primeira metade do século XX, a possibilidade da utilização dessas técnicas de reprodução em seres humanos, e que, até então, apenas tinham sido testadas em animais, já intrigava (e assustava) a população em geral, e não apenas a comunidade científica. Tal momento foi ilustrado pelo escritor inglês Aldous Huxley¹⁴ ao conceber a obra literária “Admirável Mundo Novo”, em 1932, considerada uma das grandes distopias do século XX, na qual retratava uma sociedade futurista em que os seres humanos eram fabricados em lotes através de inseminação artificial e, desde a fecundação, submetidos ao condicionamento farmacêutico e psicológico do governo.

Tal receio social acerca dos novos métodos não impediu o avanço tecnológico e, assim, a primeira gravidez humana bem sucedida através de FIV ocorreu em 1978, com o nascimento da inglesa Louise Brown. Seus pais, com dificuldades para engravidar, encontraram o embriologista Robert Edwards e o ginecologista Patrick Steptoe, dando origem à primeira “bebê de proveta” do mundo e representando uma nova era de tecnologia na reprodução humana¹⁵. No Brasil, o pioneiro da técnica foi o médico paulista Milton Nakamura, que, inspirado pelas

¹¹ OLIVEIRA, Flávia Ramalho Pelissar; *et al.* História da inseminação artificial. In: OELKE, Carlos Alexandre. **Zootecnia: Nutrição e produção animal**. Guarujá, SP: Científica Digital, 2020. p. 148-154.

¹² *Ibidem*.

¹³ KAMEL, Reman Moustafa. *Assisted Reproductive Technology after the Birth of Louise Brown*. **Journal of Reproduction and Infertility**. Teerã: v. 14, n.3, p. 96-109. jul/set 2013.

¹⁴ HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. 21ª ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2014.

¹⁵ SHEFFER, *op. cit.*

conquistas de Edwards e Steptoe, se aprofundou no estudo da FIV nos anos 1980, o que culminou no nascimento do primeiro bebê de proveta da América Latina, Anna Paula Caldeira.

Cumprido ressaltar que a técnica da fertilização *in vitro*, ainda que muito expressiva no tratamento de múltiplas hipóteses de infertilidade feminina, a princípio, não amparava os casos de homens inférteis, razão pela qual foi desenvolvida a técnica da injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), que será conceituada mais a frente, pelo médico italiano Gianpiero D. Palermo, ocasionando o nascimento da primeira criança através desse método em 1992¹⁶.

Já no que tange os casos de infertilidade por fator uterino, também não acobertadas pela FIV, desenvolveu-se o tratamento através de transplante de útero, primeiramente testado no ano 2000, na Arábia Saudita, não sendo, contudo, bem sucedido. Apenas obteve-se verdadeiro sucesso com o método a partir de 2014, quando, na Suécia, houve a primeira gestação com nascido vivo após a mãe sofrer um transplante de útero¹⁷. Necessário salientar que, nos casos de infertilidade decorrente de fator uterino, as opções oferecidas até então seriam a adoção, que confere a maternidade/paternidade sob o aspecto legal, ou a gestação de substituição, garantidora da maternidade/paternidade genética, sendo esta última proibida em muitos países e, consabido, objeto do presente trabalho.

Nesse ínterim, tem-se que a primeira regulamentação no que se refere às técnicas de RHA no ordenamento jurídico brasileiro se deu pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução nº 1.358/1992, que apenas dispunha acerca de normas profissionais éticas para adoção das técnicas. Frisa-se que já constava, ainda que de maneira genérica, previsão acerca da gestação por substituição, estabelecendo, desde já, a necessidade de parentesco entre a gestante e os beneficiários.

Apesar da proposta de múltiplos projetos de lei infrutíferos, a RHA apenas obteve caráter legal com o Código Civil de 2002, que, em seu, art. 1.597, fixou a filiação através de algumas técnicas de fecundação artificial:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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

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

¹⁶ SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos Santos. Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: questões éticas e legais. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, Recife, v. 10 (Supl. 2), p. S289 – S296, 2010.

¹⁷ ALENCAR, Ana Clara Silva de; *et al.* Transplante de útero: um caminho para fertilidade. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. 8ª ed., v. 01, p. 152-176, 2021.

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

Ademais, uma das escassas normas que ao menos tangenciam a temática da RHA é a Lei nº 11.105/05, conhecida como Lei de Biossegurança, que meramente dispõe acerca de pesquisas com células-tronco e organismos geneticamente modificados (OGM), apenas tratando da RA ao permitir a utilização de células-tronco embrionárias humanas obtidas por FIV para fins de pesquisa e terapia, em seu artigo 5º:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Atualmente, a regulamentação das técnicas de RHA provém da resolução vigente do Conselho Federal de Medicina nº 2.320 de 2022, sobre a qual este trabalho irá discorrer oportunamente.

2.2 QUAIS SÃO OS ATUAIS MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA?

Consoante o exposto no tópico supra, a reprodução humana assistida (RHA) se trata de um conjunto de técnicas voltadas ao favorecimento da fecundação, isto é, a manipulação de gametas ou embriões de modo a viabilizar a procriação humana quando esta não ocorre naturalmente, possibilitando, assim, a procriação por indivíduos inférteis ou que, por outras razões, não conseguem ter filhos pelos meios tradicionais.

Dentre essas técnicas, destacam-se, atualmente, a inseminação artificial (IA), a fertilização *in vitro* (FIV), a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) e a transferência intrafalopiana de gametas (GIFT).

Cumprе salientar que, quanto ao material genético utilizado nas diferentes técnicas de RHA, elas poderão ser classificadas como homólogas, ou seja, quando ambos os gametas são

provenientes do próprio casal, ou, ainda, heterólogas, em que é usufruído o material genético de doador(es). Nesta última hipótese, tem-se pela possibilidade de uso de apenas um dos gametas de um doador, caso em que será nomeada como heteróloga unilateral, ou através da doação de ambos os gametas, em que se tem a técnica na modalidade heteróloga bilateral¹⁸.

Ademais, as técnicas de RHA podem ser separadas, ainda, em duas principais categorias, quais sejam, técnicas intracorpóreas, isto é, quando a fecundação se dá no interior do corpo da mulher, e extracorpóreas, que, inversamente, seria quando a fecundação é realizada externamente ao corpo¹⁹.

Logo, entre as hipóteses de técnicas intracorpóreas, o principal exemplo observado é a inseminação artificial (IA), também denominada pela comunidade médica como inseminação intrauterina (IIU), que, segundo Lewis²⁰, é “a mais antiga tecnologia de reprodução assistida”. Se trata, assim, do depósito artificial de sêmen na cavidade uterina, sendo empregado, em especial, quando a causa da infertilidade é relacionada à impossibilidade de introdução natural dos espermatozoides no canal cervical.

Ainda sob o gênero dos métodos intracorpóreos de RHA, tem-se a transferência intrafalopiana de gametas (GIFT), técnica na qual os óvulos são aplicados através de uma sonda laparoscópica, separados dos espermatozoides por uma bolha de ar, e depositados na tuba uterina²¹. Assim, a fertilização ocorre nas trompas.

Por sua vez, a categoria de técnicas extracorpóreas é ilustrada, em especial, pela fertilização *in vitro* (FIV), conhecida popularmente como “bebê de proveta”, a qual consiste na coleta dos gametas feminino e masculino dos pais ou de doadores, os quais são misturados em uma placa de Petri para obter-se a fecundação em laboratório, e, com a obtenção dos embriões, eles são

¹⁸ SOUZA, Marise Cunha De. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. **Revista da Emerj** v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em: 06 de mar. de 2023.

¹⁹ CALDAS, Mayara S. C. G. **Técnicas de reprodução assistida: Repercussões da gestação por substituição no contexto do direito de família brasileiro.** Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 38. 2015.

²⁰ LEWIS, Ricki, **Genética Humana: conceitos e aplicações.** 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004. *apud*. AZEVEDO, Fabiano Uba; FERREIRA, Livia Pena; *et all.* **Reprodução assistida: a evolução da ciência no campo da reprodução humana.** Revista Saúde em Foco. 11ª ed. 2019.

²¹ **RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Manual de Procedimientos – Laboratório de Reprodução Assistida.** Cidade do México: 2006, p. 29. Tradução: Marina Diaz. Disponível em: https://redlara.com/images/arq/livreto_port_01_2007.pdf. Acesso em: 06 de mar. de 2023.

reinseridos no útero materno. A FIV costuma ser operada nos casos em que a mulher tenha problemas nas trompas ou endometriose, o que pode obstar o deslocamento dos espermatozoides até o óvulo, ou ainda, quando existe algum problema na produção de gametas pelo homem²².

Já no que se refere à injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), outra técnica extracorpórea de RHA, ela é considerada pela comunidade médica como uma alternativa aperfeiçoada da FIV. Se distingue, portanto, na medida em que a fecundação é obtida com a injeção do espermatozoide selecionado diretamente em um óvulo maduro por meio de uma agulha extremamente fina, conduta guiada por um embriologista com auxílio de microscópio²³. A ICIS é o método recomendado, comumente, para os casos de infertilidade masculina.

Por fim, cumpre ressaltar a existência de algumas técnicas caracterizadas como auxiliares na RHA. Tal é o caso da transferência de embriões congelados (TEC), a qual envolve o processo de criopreservação de embriões formados por FIV ou ICSI, isto é, a sua conservação através do congelamento em baixíssimas temperaturas, para posterior transferência para a cavidade uterina. O seu caráter auxiliar decorre do fato de que é aplicada quando existe um excedente de embriões fecundados de boa qualidade ou, ainda, quando constatado um óbice para sua transferência no ciclo a fresco²⁴.

Dentre os procedimentos auxiliares, também são consideradas a doação de gametas e embriões e, ainda, a gestação de substituição, que será melhor definida oportunamente.

Diante desse cenário, é possível verificar que as técnicas de RHA possuem expressa previsão no direito brasileiro por ocasião do art. 1.597 do Código Civil, incisos III, IV e V, que, rememora-se, estabelecem:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 [...]
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

²² AYRES, Nathalie. Fertilização *In Vitro* (FIV): O que é, como funciona e valor. **Minhavidia**, 2018. Disponível em: <https://www.minhavidia.com.br/materias/materia-10417> Acesso em 06 de mar. de 2023.

²³ INJEÇÃO intra-citoplasmática de espermatozoide (ICSI). **Clínica Conceber**. Disponível em: <https://www.clinicaconceber.com.br/tratamentos/injecao-intra-citoplasmatica-de-espermatozoide-icsi/#:~:text=O%20procedimento%20de%20inje%C3%A7%C3%A3o%20intracitoplasm%C3%A1tica,embriologista%20com%20aux%C3%ADlio%20de%20microsc%C3%B3pio>. Acesso em 06 de mar. de 2023.

²⁴ TRANSFERÊNCIA de embriões congelados. **Origen**. Disponível em: <https://origen.com.br/transferencia-de-embrioes-congelados/> Acesso em 06 de mar. de 2023.

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

É possível perceber, todavia, a imprecisão terminológica do dispositivo em referência, haja vista empregar-se indistintamente dos termos fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial, sem a propriedade necessária, razão pela qual fora severamente criticado tanto por juristas quanto por especialistas da área da RHA.

Em face disso, foi proferido pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) o Enunciado nº 105 na I Jornada de Direito Civil²⁵, que consolidou o entendimento de que “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”.

Todavia, em completa retroação, restou aprovado, por ocasião da III Jornada de Direito Civil do CJF, o Enunciado nº 257²⁶, que fixou a interpretação restritiva daquelas expressões, “não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”.

Permanece, diante disso, um regramento raso e inadequado acerca das técnicas de RHA no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA APLICAÇÃO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O direito fundamental ao livre planejamento familiar encontra-se respaldado pelo art. 226, §7º, da Constituição Federal, que estabelece o que segue:

§ 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.

²⁵ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em 06 de mar. de 2023.

²⁶ *Ibidem*.

Apesar de não constar no rol do art. 5º da Constituição, tem-se que seu status enquanto direito fundamental decorre da interpretação sistemática do §2º²⁷ daquele artigo, que atribui o caráter fundamental aos demais princípios adotados pelo texto constitucional, ainda que não inclusos no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse ínterim, tem-se que tal garantia constitucional foi regulamentada em sede da Lei nº 9.263/1996, a qual assegura a todo cidadão direito de regular sua fecundidade através dos meios disponíveis para tanto, estabelecendo, assim, o dever do Estado de, “através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”.

O direito em análise também é fixado pelo Código Civil pátrio, em seu art. 1.565, § 2º, cujos termos colaciona: “§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Por sua vez, na esfera internacional são múltiplos os tratados que zelam pela família e sua formação, consoante ilustra a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao dispor, em seu art. 12º, que: “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”.

Denota-se, por conseguinte, a integração do direito ao livre planejamento familiar entre os direitos humanos e fundamentais, o qual deve englobar, consoante sustenta Maria Helena Diniz²⁸, tanto a liberdade de escolha no âmbito da procriação, seja para ter ou não ter filhos, quanto o acesso às novas tecnologias que venham a surgir para propiciar essa escolha.

Diante desse cenário, para a efetivação do livre planejamento familiar em sua faceta de liberdade de escolha de procriação, cumpre ressaltar a função estatal para o pleno exercício desse direito.

²⁷ Art 5º, §2: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 180. *apud*. VIEIRA, Pollyana G. Souza. **Direito fundamental à reprodução assistida**. Monografia (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Manaus, 2020.

Consoante os dispositivos previamente colacionados, é atribuído ao Estado o dever de proteção à família, configurando medida fundamental para tanto a disponibilização de recursos educativos e científicos com fins à conscientização básica do cidadão acerca do que constitui o planejamento familiar e quais são as ferramentas à sua disposição para concretizá-lo, tanto na esfera da concepção quanto da contracepção.

Indispensável, ainda, consoante Camila Monzani Gozzi²⁹, é a atuação do Estado, nas hipóteses em que ocorre a concepção, seja por escolha ativa do casal ou ato fortuito, na garantia dos recursos necessários ao desenvolvimento e criação daquela criança gerada. Sobre a matéria, sustenta Gozzi:

“(…) o pleno exercício do direito ao livre planejamento familiar envolveria, desde a concepção do nascituro, com a garantia de acesso ao acompanhamento adequado da gestação e da formação do feto, pré-natal de qualidade e demais cuidados médicos que a gestante e a criança devem ter, além do necessário acompanhamento do regular desenvolvimento da criança após o seu nascimento, com acompanhamento pediátrico, acesso a imunização adequada, creches, educação de qualidade, moradia adequada, enfim, inúmeros outros direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e que também passam longe de serem respeitados.”

Por outro lado, acerca do direito do livre planejamento familiar em sua expressão enquanto garantia de acesso às novas tecnologias reprodutivas, é especialmente relevante o que dispõe o art. 9º da Lei nº 9.263/1996:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

O referido dispositivo consolida o caráter vital das técnicas de RHA para o pleno exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar.

Tal previsão decorre do incontestado fato de que tecnologias reprodutivas permitem que pessoas incapazes de conceber, seja ou não por motivos relacionados à saúde, possam ter filhos biológicos. Logo, diante de um cenário global de inequidades latentes na obtenção de assistência médica de qualidade, que afetam desproporcionalmente pessoas em contextos

²⁹ GOZZI, Camila Monzani. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. **IBDFAM**, 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental#:~:text=O%20Referido%20princ%C3%ADpio%20encontra%2Dse,da%20autonomia%20privada%20do%20indiv%C3%ADduo>. Acesso em 10 de mar. de 2023.

periféricos, a garantia de acesso igualitário a recursos terapêuticos para a infertilidade se revela como parte essencial para o exercício dos direitos reprodutivos³⁰.

Ademais, as inovações tecnológicas em estudo podem ser operadas como ferramentas de transformação das noções tradicionais de família, fortalecendo a legitimidade de casais *queer*, famílias formadas por mães ou pais solteiros, ou demais estruturas familiares que transponham os padrões heteronormativos.

Destacam-se, nesse ínterim, as palavras do Diretor Geral da OMS, o Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, após a publicação do mais recente relatório daquela organização, quando constatou-se que 1 em cada 6 adultos sofre de problemas de infertilidade, ocasião em que salientou a importância de políticas de saúde pública voltadas ao tratamento dessa condição:

*“The report reveals an important truth: infertility does not discriminate. The sheer proportion of people affected show the need to widen access to fertility care and ensure this issue is no longer sidelined in health research and policy, so that safe, effective, and affordable ways to attain parenthood are available for those who seek it.”*³¹

Ante o exposto, torna-se relevante averiguar o papel da gestação por substituição, enquanto mecanismo auxiliar na RHA, em especial quando considerada a sua disseminação na modernidade e a manifesta lacuna legislativa nos âmbitos nacional e internacional, contexto que fomenta múltiplas problemáticas, sobre algumas das quais este trabalho irá se debruçar mais à frente.

³⁰ DUTTA, Brototi; MISHRA, Gargi. *With the Surrogacy Act, the judiciary has the chance to expand scope of reproductive rights. The Indian Express*, 2022. Disponível em: <https://indianexpress.com/article/opinion/columns/with-the-surrogacy-act-the-judiciary-has-the-chance-to-expand-scope-of-reproductive-rights-8232007/> Acesso em 10 de mar. de 2023.

³¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *op. cit.*, 2023.

3 DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: DO QUE SE TRATA?

Afinal, do que se trata a gestação de substituição?

De antemão, necessário pontuar que, apesar de frequentemente observar-se o emprego dos termos gestação de substituição, maternidade de substituição ou maternidade por sub-rogação, indefinidamente, em grande parte da bibliografia acerca do tema, esta monografia prioriza, em sua maior parte, a primeira expressão (gestação de substituição ou gestação por substituição).

Tal escolha decorre do entendimento de que o termo “maternidade” não envolve apenas o aspecto gestacional, mas, primordialmente, o afetivo, o qual, segundo Rodrigo da Cunha Pereira³², extrapola mero sentimento ou expressão de subjetividade humana, sendo concretizada no mundo jurídico através de condutas de zelo, assistência, responsabilidade, além do exercício dos deveres inerentes ao cuidado, como prover educação, saúde, moradia, etc.

Além disso, tem-se que gestação de substituição foi o principal termo adotado pelo Conselho Federal de Medicina nas múltiplas iterações das resoluções que trataram do tema, desde 1992 até o presente.

Partindo desse pressuposto, é possível definir a gestação de substituição enquanto uma técnica auxiliar³³ no âmbito da reprodução humana assistida em que, via de regra, se procede com a implantação do material genético de um casal no útero de uma mulher que, assumindo a responsabilidade de gerar nascituro, deverá, ao final da gestação, retornar ao casal o seu filho biológico, abdicando, assim, de qualquer direito sobre o infante.

O procedimento em tela tradicionalmente é destinado às hipóteses de contraindicação médica da gravidez pela mãe biológica ou, ainda, aos casais homoafetivos que desejem filhos biológicos.

Nesse íterim, a efetivação da gestação por substituição, que poderá ser por concepção homóloga (em que são utilizados ambos os gametas do casal) ou heteróloga (em que se aplica gametas de doadores, seja da gestante ou de terceiros, do sexo masculino ou feminino), requer

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parentalidade Socioafetiva: o ato fato que se torna relação jurídica. **Revista**

IBDFAM: Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: v. 9, maio/jun. 2015, p. 19-20.

³³ VIEIRA, Pollyana G. Souza. **Direito fundamental à reprodução assistida**. Monografia (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Manaus, 2020.

o emprego de outros métodos de RHA, sendo o mais comum a FIV³⁴, possibilitando-se o implante do embrião já formado na cavidade uterina da cedente.

Diante da popularização das técnicas de RA e, conjuntamente, da gestação por substituição, ao final do século XX, além da lacuna legislativa presente até os dias atuais, buscou o Conselho Federal de Medicina regular tais técnicas no domínio do profissional médico, o que fez através de resoluções.

Aliás, múltiplas são as discussões acerca da real competência do CFM para reger tal prática, uma vez que, enquanto autarquia reguladora da atividade profissional médica, não possui competência legislativa. Logo, apenas pode redigir normas de observância obrigatória para médicos no exercício de sua profissão³⁵, extrapolando a sua competência garantida pela Constituição Federal de 1988 a edição de normas que venham a regular, ainda que indiretamente, as relações jurídicas decorrentes da gestação por substituição³⁶. É possível, portanto, questionar a validade e eficácia de qualquer regramento do CFM que tenha o propósito de proibir ou limitar o exercício da gestação de substituição.

Diante deste cenário, está, atualmente, em vigor a Resolução CFM nº 2.320 de 2022³⁷, que dispõe sobre a matéria da seguinte forma:

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

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação.

1. A cedente temporária do útero deve:

- a) ter ao menos um filho vivo;
- b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos);
- c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).

2. A cessão temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

³⁴ ARAÚJO, D; PRESGRAVE, A. B. O contrato de gestação de substituição a título oneroso no direito brasileiro. **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**. Campinas: v. 1, n. 1, p. 10-32, 13 dez. 2018.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ SARMENTO, Liv Azevedo. **A gestação de substituição e seus desafios no direito internacional privado**. Monografia (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 10, 2019.

³⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução Nº 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> Acesso em 07/03/2023.

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

- a) 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;
- b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos;
- c) 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;
- d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério;
- e) compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; e
- f) aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Nota-se, diante disso, que o CFM impõe alguns requisitos principais para a aplicação das técnicas de RHA em uma gestação por substituição, a saber:

- i. Pré-existência de condição que impeça ou contraindique a gestação;
- ii. A gestante deve:
 - a) Ter ao menos um filho vivo;
 - b) Ser familiar até o quarto grau de um dos pais genéticos do nascituro;
- iii. Ausência de caráter lucrativo ou comercial, não podendo a escolha de quem será a gestante ser intermediada pela clínica.

Cumprido salientar que uma relevante mudança feita pela Resolução 2.320/2022 foi a alteração do texto do *caput*, em que constava, anteriormente:

“As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira”³⁸

Verifica-se que a expressão “problema médico” fora substituída por simples “condição”, enquanto o trecho em que constava a menção a casais homoafetivos e pessoas solteiras foi excluído por inteiro. Contrariamente ao que se pode imaginar, tal mudança não significa que esses grupos não serão acobertados. Em verdade, o seu efeito é o de ampliar o escopo do

³⁸ *Id.* **Resolução N° 2.294**, de 15 de junho de 2021. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf Acesso em 07/03/2023.

dispositivo para arranjos familiares diversos e afastar a necessidade de diferenciação quanto a quem acessa a técnica.

Ademais, necessário destacar que a exigência da gestante por substituição ter ao menos um filho vivo próprio foi introduzida em 2021, pela Resolução CFM 2.294/2021, substituída pela 2.320/2022. Tal previsão tem o intuito de garantir maior proteção ao feto gerado por substituição, assegurando que a gestante tenha experiência prévia com o processo da gravidez.

O requisito relativo à exigência de parentesco entre a gestante e o casal encomendante da gravidez, por sua vez, é considerado essencial para a realização do procedimento. Todavia, consoante termos da resolução, é permitida aos Conselhos Regionais de Medicina (CRM) a análise casuística para a autorização em situações distintas, não havendo, entretanto, quaisquer critérios objetivos para esse juízo, estando sob a arbitrariedade do Conselho pertinente.

Destaca-se, por seu turno, o pressuposto segundo o qual a gestação de substituição não pode ter caráter lucrativo ou comercial, ou seja, se trata de um ato de “solidariedade” ou “altruísmo” da gestante. Tal regra se justifica no princípio da dignidade da pessoa humana e, em especial, no preceito constitucional que proíbe a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, previsto no art. 199, §4º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...]

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

Esse é o motivo pelo qual o vocábulo “barriga de aluguel”, pontualmente utilizado nesta obra, não é tecnicamente apropriado no contexto brasileiro, haja vista implicar uma conotação monetária, não permitida no Brasil, ainda que seja o termo a que mais se recorre no cotidiano e na informalidade, e, portanto, tenha maior familiaridade para o leitor, motivo pelo qual foi previamente usado nesta monografia.

Por fim, pode-se constatar que o CFM impôs uma série de documentos os quais devem ser fornecidos para possibilitar o procedimento, a fim de garantir maior segurança jurídica às partes, quais sejam: (a) termo de consentimento livre assinado por todas as partes envolvidas; (b) relatório médico de saúde física e mental dos envolvidos; (c) termo de compromisso entre as partes constando de maneira clara a filiação da criança; (d) compromisso do casal encomendante de assegurar acompanhamento médico da gestante até o puerpério; (e) compromisso do registro civil da criança (que se relaciona com o art. 17, §1º, do Provimento

nº 63/2017 do CNJ³⁹) ; e, ainda, (f) aprovação por escrito do(a) cônjuge ou companheiro(a) da cedente do útero, caso exista.

Diante do exposto, tornam-se mais claros o conceito da gestação de substituição e seu tratamento, ou melhor, a falta de tratamento legal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, debruçar-se-á sobre o entendimento concedido à matéria por algumas ordens jurídicas estrangeiras, de modo a obter uma ideia mais abrangente acerca das possíveis acepções sobre o tema antes de debater suas controvérsias mais notáveis.

³⁹ Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: [...] § 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.

4 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Diante da lacuna legislativa percebida no direito pátrio, demonstra-se relevante traçar um panorama no que se refere à abordagem concedida a esse tópico no direito estrangeiro, a partir de uma seleção de ordenamentos jurídicos que se distinguem pelo seu entendimento da gestação de substituição, a exemplo da *surrogacy* estadunidense e da *gestación de sustitución* espanhola, e, ainda, ante o crescente número de famílias que obtém esse procedimento fora de seus países de origem, traçar uma breve análise da temática sob o enfoque do Direito Internacional Privado.

4.1 PORTUGAL

Não obstante partilharem a origem de seus sistemas jurídicos, o contexto legal português atual se diferencia significativamente do observado no ordenamento brasileiro no que tange o estabelecimento de regulações acerca da temática da gestação de substituição e da procriação medicamente assistida⁴⁰ (PMA), não podendo ser considerado, no entanto, menos controvertido.

Desde já, denota-se naquele ordenamento a existência da Lei de Procriação Medicamente Assistida (LPMA), a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, a qual inaugurou no território português uma sistemática legal para reger os procedimentos de RHA/PMA.

Tal documento legal se assenta em uma multiplicidade de relevantes princípios para a doutrina portuguesa, tal como o princípio da subsidiariedade, segundo o qual as técnicas de PMA não representam um mero método alternativo de reprodução, e sim, possuem caráter excepcional. Nos termos do art. 4º, nº 1, daquela lei, apenas podem ser aplicados os métodos de PMA às hipóteses de diagnóstico de infertilidade, tratamento de doença grave ou, ainda, para evitar a transmissão de patologias de origem genética, infecciosa, etc.

Outro relevante preceito no âmbito da PMA é o princípio da verdade biológica, previsto pelo art. 1.796 e seguintes do Código Civil Português, o qual traça uma correspondência direta entre a filiação jurídica e a filiação biológica.

⁴⁰ Vocábulo português equivalente ao termo reprodução humana assistida.

Sobre o tema, afirma Guilherme de Oliveira⁴¹:

“Isto implica que as normas pelas quais se rege o reconhecimento dos vínculos devam estar previstas de tal modo que produzam resultados jurídicos fiéis à realidade biológica; implica que não sejam considerados como pais jurídicos pessoas que não foram os progenitores do filho.”

Em decorrência da verdade biológica, tem-se o princípio da taxatividade, que estabelece a imperatividade das hipóteses de filiação previstas no Código Civil lusitano, retirando-se, portanto, a capacidade de negociação e a autonomia da vontade na criação dos vínculos de filiação. Distingue-se, assim, a determinação da maternidade, que resulta do fato biológico do parto (*mater semper certa est*), e da paternidade, que poderá ser presumida, quando a parturiente for casada (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), por perfilhação (reconhecimento voluntário) ou, ainda, por decisão judicial na investigação de paternidade⁴²,

Depreende-se, assim, que a LPMA nasceu sob a influência da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial o seu art. 3º/2, que fixa:

2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
 - o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei.
 - a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas,
 - a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,
 - a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Cumprе ressaltar que o texto originário da LPMA vedava o negócio jurídico, seja em caráter oneroso ou solidário, da maternidade de substituição, como então era chamada, consoante termos de seu artigo 8º, nº 1⁴³. Contudo, tal documento normativo sofreu por diversas alterações, até que em 2016, através da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, passou-se a regulamentar a agora denominada gestação de substituição, de modo que seu art. 8º passou a dispor o que se segue:

Artigo 8.º

Gestação de substituição

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

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

⁴¹ OLIVEIRA, Guilherme de. **Estabelecimento da Filiação**. Lisboa: Petrony, 2019.

⁴² PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 4ª ed., Lisboa: AAFDL, 2013.

⁴³ “São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”.

Tal norma estabeleceu as seguintes condições principais para o procedimento da gestação de substituição:

- (i) Natureza gratuita, excetuando-se despesas médicas e de transporte;
- (ii) Caráter excepcional, sendo possível apenas nos casos de ausência, lesão ou doença do útero que impeçam de forma absoluta a gravidez;
- (iii) Beneficiários apenas podem ser casais de sexo diferente ou casais de mulheres, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil ou orientação sexual, excluindo-se, portanto, os casais de homens e homens solteiros;
- (iv) Utilização de gametas de, pelo menos, um dos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, doar seus óvulos;
- (v) A celebração do negócio deverá ser antecedida de autorização pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que supervisionará o processo;
- (vi) Não é permitida a pré-existência de relação de subordinação econômica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas;
- (vii) O nascituro é tido como filho dos respectivos beneficiários;
- (viii) O consentimento de qualquer das partes é livremente revogável até o início dos processos terapêuticos de PMA;
- (ix) O contrato não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.
- (x) Quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes nas situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

No entanto, tais disposições foram objeto de inúmeras críticas pela comunidade jurídica portuguesa, em especial quando contrapostas aos princípios supratranscritos e, ainda, a dignidade da pessoa humana, razão pela qual o Tribunal Constitucional (TC), através do Acórdão nº 225/2018, declarou a inconstitucionalidade de significativa porção daquela lei. Com o intuito de não se demorar desnecessariamente neste tópico, não irá se debruçar sobre os fundamentos daquela decisão.

Diante deste cenário, foi promulgada uma nova legislação em 2021, tombada sob o nº 90/2021, de 16 de dezembro, no intuito de alterar o regime jurídico aplicável à gestação de substituição de modo a adequar-se às normas e preceitos constitucionais. Logo, verifica-se que o referido diploma legal acabou por alterar diversas das condições estabelecidas pelo regime jurídico prévio, no entanto, também preservou alguns daqueles requisitos, resultando na seguinte estruturação legal do instituto:

- a) Natureza gratuita, excetuando-se despesas médicas e de transporte;
- b) Caráter excepcional, sendo possível apenas nos casos de ausência, lesão ou doença do útero que impeçam de forma absoluta a gravidez;
- c) Beneficiários apenas podem ser casais de sexo diferente ou casais de mulheres, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil ou orientação sexual, mantendo-se a exclusão dos casais de homens e homens solteiros;
- d) Via de regra, a gestante já deve ter sido mãe;

- e) Utilização de gametas de, pelo menos, um dos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, doar seus óvulos;
- f) A celebração do negócio deverá ser antecedida de autorização pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que supervisionará o processo, além de prévia oitiva da Ordem dos Médicos e da Ordem dos Psicólogos;
- g) Não é permitida a pré-existência de relação de subordinação econômica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas;
- h) O nascituro é tido como filho dos respectivos beneficiários, salvo nos casos de revogação;
- i) O consentimento dos beneficiários é revogável até o início dos procedimentos de PMA, enquanto o consentimento da gestante é livremente revogável até o registro da criança nascida;
- j) Contrato deve ser escrito e constar as cláusulas previstas no nº 13 do art. 8º;
- k) Quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes nas situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

Contudo, cumpre pontuar que, apesar da Lei nº 90/2021 ter entrado em vigor em 01 de janeiro de 2022, sendo estabelecido um prazo de 30 dias para a sua regulamentação, tem-se que ele não fora respeitado, estando a referida legislação em um estado de limbo⁴⁴.

4.2 ESPANHA

Similarmente ao observado no Brasil e em Portugal, o ordenamento jurídico espanhol decorre de uma tradição legal romano-germânica, observando-se uma norma contratual com contorno bastante semelhantes.

No artigo 1.261 do Código Civil Espanhol, vê-se os elementos de um contrato para aquele ordenamento, quais sejam: o consentimento, o objeto e a causa. No que se refere, especificamente, aos contratos de *gestación de sustitución*, a doutrina espanhola entende que o segundo requisito, isto é, o objeto, é frágil, uma vez que deve ser possível, determinado e lícito,

⁴⁴ LEI da gestação de substituição continua por regulamentar, um ano depois de ter sido publicada. **Expresso50**, 2022. Disponível em:

isto é, que não seja contrário à moral ou à ordem pública, e, ainda, que não seja considerado como uma “*res extra commercium*”⁴⁵.

Isso significa que não serão objeto de contratos quaisquer bens que estejam fora do comércio dos homens, consoante termos do art. 1.271 do CC Espanhol⁴⁶. Estão inclusos nessa categoria órgãos humanos e tudo aquilo que se refere à pessoa. Portanto, infere-se que não é possível, segundo o diploma civil da Espanha, a celebração de contratos cujo objeto seja uma pessoa.

Diante desse cenário, a norma vigente no território espanhol é no sentido da proibição total da *gestación de sustitución*, também denominada na língua espanhola como *maternidad portadora, suplente, sustituta* ou *de encargo*, de modo que contratos dispendo acerca da técnica são considerados nulos e inexequíveis, haja vista contradizerem regulações internas e suscitarem conflitos de caráter moral e ético. Tal proibição é expressa no art.10.1 da Lei 14/2006, de 26 de Maio (*Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*): “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”.

Cumprе ressaltar que, consoante depreende-se do referido dispositivo, a proibição aplica-se tanto à modalidade onerosa quanto gratuita da gestação de substituição, haja vista a prevalência do entendimento de que a maternidade decorre do parto, consoante o princípio *mater semper certa est*, e não necessariamente do vínculo genético. A paternidade, por sua vez, pode ser reclamada pelo pai biológico da criança⁴⁷.

No entanto, apesar da negativa legal ao procedimento, é possível verificar que, em análises casuísticas, os tribunais espanhóis têm decidido favoravelmente aos *padres comitentes*, como ilustrado pela decisão proferida pelo *Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, que fixou: “*La*

⁴⁵ DOMINGO, Antonio Aznar; PLASENCIA, Nuria Ayala. *La gestación por sustitución*.

Elderecho.com, 2022. Disponível em: <https://elderecho.com/gestacion-por-sustitucion-como-forma-de-reproduccion> Acesso em 07 de mar. de 2023.

⁴⁶ *Artículo 1271. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios alas leyes o a las buenas costumbres.*

⁴⁷ DOMINGO, PLASENCIA, *op. cit.*

denegación de la prestación supone en realidad privar a los menores de la asistencia y dedicación que, a través de la prestación, se abona a los padres”⁴⁸.

4.3 ESTADOS UNIDOS

Consabido, o sistema legal estadunidense é baseado na tradição *common law*, no qual o direito é, em sua maioria, derivado de precedentes judiciais com força vinculante, com poucas leis e estatutos legislativos, em contraste à tradição *civil law* adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, tem-se, ainda, um federalismo bastante acentuado quando comparado ao modelo observado no Brasil, de modo que, consoante William Burnham⁴⁹, os estados-membro tem amplo poder para aprovar legislação em qualquer área, apenas sofrendo as limitações impostas pela Constituição⁵⁰.

Diante disso, no que se refere à temática da “*surrogacy*”, nomenclatura dada à gestação de substituição na língua inglesa, não existe lei federal que a delimite, criando-se uma sistemática em que subsiste uma multiplicidade de concepções díspares sobre o tema dentro de um mesmo país, haja vista a necessidade de cada um dos 50 estados americanos estabelecer um estatuto próprio.

Cumprе ressaltar, diante desse cenário, um precedente simbólico na história americana relativamente à gestação de substituição: o caso da *Baby M*, de 1985.

William e Elizabeth Stern, casal residente do estado de Nova Jersey, desejavam um filho, mas não podiam conceber por conta da esclerose múltipla sofrida por Elizabeth. Contataram, assim, um centro especializado na intermediação do processo de *surrogacy*, através do qual encontraram Mary Elizabeth Whitehead, casada e mãe de dois filhos, com a qual celebraram um *surrogacy contract* em que Mary Beth seria submetida a uma inseminação artificial com o esperma de William, aceitando abdicar de quaisquer direitos maternos em favor de Elizabeth.

⁴⁸ MARTÍNEZ, Antonio. *¿Es legal la maternidad subrogada en España?* Disponível em: <https://mibebeyo.elmundo.es/quedar-embarazada/quiero-tener-un-hijo/ventre-alquiler-espana>. Acesso em 07 de mar. de 2023.

⁴⁹ BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of The United States*. 4^a ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2006.

⁵⁰ “*States have the general power to pass legislation in any area and are limited only by limitations imposed on them by the Constitution*”.

Ocorre que, ao dar à luz ao bebê fruto da gestação, Mary Beth se negou a renunciar da criança, fugindo com ela para a Flórida. Diante disso, o casal contratante recorreu à justiça de Nova Jersey, onde prevalecia uma lacuna legislativa sobre a temática em tela⁵¹.

Na primeira instância, o juiz Harvey R. Sorkow, baseando-se no preceito da invulnerabilidade dos contratos e rejeitando, portanto, a tese de que a *surrogacy* constituiria um comércio de bebês, declarou a validade do contrato celebrado por Whitehead e o casal Stern e determinou o cumprimento integral de seus termos. Todavia, em sede de recurso à Suprema Corte de Nova Jersey, o tribunal decidiu por reverter a decisão do juízo de primeiro grau, declarando falha no consentimento da *surrogate* (gestante de substituição) e inválido, por conseguinte, o *surrogacy contract*. Concedeu-se, entretanto, a custódia ao casal Stern, com fundamento no melhor interesse da criança, com a restituição, ainda, da condição de mãe a Mary Beth, que teria direitos de visita⁵².

Diante desse incidente, estados como Nova Jersey e Nova York acabaram por proibir inteiramente a prática da gestação de substituição, de modo que, à época, acreditava-se que o caso da *Baby M* seria o estopim para a ruína dos *surrogacy contracts*⁵³, no entanto, isso não foi o que aconteceu, de modo que, inclusive, ambos os estados supramencionados aprovaram normas permissivas ao procedimento nos últimos anos.

Atualmente, o cenário estadunidense é de disseminação da prática da *surrogacy*, consoante ilustrado pela popularização do procedimento entre celebridades norte-americanas, a exemplo de Kim Kardashian e seu (ex) marido Kanye West, a sua irmã Khloe Kardashian, a atriz Priyanka Chopra e seu marido Nick Jonas, o ator veterano Robert De Niro, o jornalista Anderson Cooper, o apresentador e comediante Jimmy Fallon, e, mais recentemente, a socialite Paris Hilton, são todos adeptos da gestação de substituição⁵⁴.

Logo, tem-se que o estado cuja legislação é mais permissiva para a *surrogacy* no território norte-americano é a Califórnia, sendo o destino principal daqueles interessados no procedimento. Cumpre destacar, todavia, que a lei californiana apenas permite contratos da

⁵¹ SENDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 116-120.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ MOHAPATRA, Seema. *States of confusion: Regulation of surrogacy in the United States. New Cannibal Markets – Globalization and commodification of the human body*. Paris: MSH Paris, 2015. p. 81-94.

⁵⁴ JUNEAU, Jen. *Famous families who've welcomed children through surrogacy*. **People**, 25 de jan. 2023. Disponível em: <https://people.com/parents/celebrities-who-have-used-surrogates/> Acesso em: 07 de mar. de 2023.

chamada *full surrogacy*, também conhecida como *gestational surrogacy*, a qual, consoante define Gonzalez, é o arranjo em que todo o material genético envolvido provém dos pais pretendidos ou de doadores. Nesse sentido, não é permitida, por sua vez, a *partial surrogacy*, ou *traditional surrogacy*, em que a *surrogate* utiliza seu próprio material genético para conceber a criança, tal como na hipótese da *Baby M*⁵⁵.

Ademais, a lei californiana não estabelece quaisquer limitações a quem poderá atuar enquanto *surrogate*, além de possibilitar o acesso ao processo de *surrogacy* a quaisquer pais pretendentes, sejam solteiros ou casados, jovens ou velhos, heterossexuais, homossexuais, transgênero, etc.

Um relevante precedente na justiça da Califórnia foi o caso *Johnson v. Calvert*⁵⁶, de 1993, que estabeleceu a importância do elemento intenção em um *surrogacy contract*. Consoante expresso pelo Tribunal em sua decisão:

“A woman who enters into a gestational surrogacy arrangement is not exercising her own right to make procreative choices; she is agreeing to provide a necessary and profoundly important service without (by definition) any expectation that she will raise the resulting child as her own”.

Outra importante jurisprudência da *California Court of Appeal* foi o caso *In re Marriage of Buzzanca*, no qual restou estabelecido que, em um *surrogacy contract*, independentemente do vínculo genético entre os pais pretendentes e o nascituro, aqueles serão os pais legais do bebê, uma vez que a criança nunca teria nascido se o casal Buzzanca não tivesse iniciado e concordado com o procedimento⁵⁷.

Além da *case law* verificada, o Código de Família da Califórnia, em seu §7960, estabelece a legislação geral acerca da temática da *surrogacy* naquele estado.

Ademais, ainda que a Califórnia seja o estado mais preeminente no que se refere à normatização da prática da *surrogacy* e a popularidade e acessibilidade do método, ele não é o único estado-membro americano a legislar sobre o instituto.

⁵⁵ GONZALEZ, Alicia. *Commercial Surrogacy in the United States*. *The Georgetown Journal of Gender and the Law*. Washington: vol. 21, n. 1., 2019.

⁵⁶ JOHNSON, Anna; CALVERT, Mark. *Johnson v. Calvert*. Suprema Corte da Califórnia, Los Angeles, 17 de maio de 1993. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>. Acesso em 10 de mar. de 2023.

⁵⁷ MOHAPATRA, *op. cit.*

Em verdade, é possível verificar que a maioria dos estados americanos permite a gestação de substituição de alguma forma.

Logo, segundo o *US Surrogacy Law Map*⁵⁸, os estados tidos, em 2023, como de “sinal verde”, isto é, nos quais a *surrogacy* é permitida para todos os pais pretendentes, são: Califórnia, Colorado, Connecticut, Columbia, Delaware, Maine, Nova Hampshire, Nova Jersey, Nevada, Vermont e Washington.

Ademais, outros estados permitem a prática, mas requerem procedimentos legais adicionais após o nascimento da criança. Esse é o caso de: Alabama, Alaska, Arkansas, Flórida, Georgia, Havaí, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Massachussets, Maryland, Minnesota, Missouri, Mississippi, Montana, Nova York, Dakota do Norte, Novo México, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pensilvânia, Rhode Island, Carolina do Sul, Dakota do Sul, Texas, Utah, Wisconsin, Virgínia Ocidental e Wyoming.

Por sua vez, são considerados de “sinal amarelo”, ou seja, em que a *surrogacy* é praticada, mas a lei é omissa ou estabelece inúmeras restrições para a prática, os estados de Idaho, Tennessee e Virgínia.

Por fim, existem alguns estados tidos como de “sinal vermelho”, isto é, os *surrogacy contracts* de caráter oneroso são considerados nulos e inexecutáveis. Este é o caso de Lousiana, Michigan e Nebraska, nos quais a prática na *surrogacy* comercial pode ser sujeita a sanções criminais. Destaca-se, todavia, que o procedimento da gestação de substituição em caráter gratuito, com suas respectivas restrições, é permitido nesses estados. Cumpre, ainda, ressaltar que estados como Arizona e Indiana consideram nulos os *surrogacy contracts* onerosos, todavia, a prática ainda existe e a jurisprudência atual move-se no sentido de permissão do procedimento.

4.4 ÍNDIA

Por muito tempo, a Índia foi considerada um dos principais destinos para aqueles buscando realizar o procedimento da “barriga de aluguel”. Este fato se deve a um contexto em que as técnicas de RHA eram oferecidas por uma indústria multimilionária que permaneceu, por

⁵⁸ *The US Surrogacy Law Map. Creative Family Connections*, 2023. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/> Acesso em: 10 de mar. de 2023.

décadas, não regulamentada, fomentando o interesse de pais pretendentes nativos e estrangeiros a contratar *surrogates* indianas para gestar seus filhos⁵⁹.

Todavia, em 2016, ocorreu uma significativa alteração de paradigmas, ocasião em que foi proposta a *Surrogacy (Regulation) Bill*, que viria proibir a *commercial surrogacy*.

Diante desse contexto, em 2017, um Comitê Parlamentar Permanente manifestou-se no sentido da permanência da *surrogacy* em caráter oneroso, sob o argumento de que a obrigatoriedade do altruísmo na gestação de substituição seria fundada em premissas moralistas e paternalistas, de modo que a expectativa de que mulheres se dispusessem a oferecer trabalho reprodutivo gratuito seria absolutamente injusta e arbitrária⁶⁰.

Baseou-se, ainda, o Comitê em testemunhos de *surrogates*, as quais depuseram que a escolha de se envolver na prática da *comercial surrogacy* decorreu do fato de que outras atividades a sua disposição, como o trabalho doméstico ou na indústria têxtil, por exemplo, seriam mais insalubres ou exploratórias, enquanto a remuneração proveniente da prática da gestação de substituição beneficiaria satisfatoriamente suas famílias⁶¹.

No entanto, o Comitê Parlamentar Selecionado, em 2019, para examinar o projeto legislativo assumiu em seu relatório o posicionamento de que a *commercial surrogacy* seria antiética e contrária ao “nobre” e “abnegado” instinto maternal, ignorando, portanto, os testemunhos oferecido pelas *surrogates*⁶².

Tal conjuntura foi, então, confirmado com o *Surrogacy Act* e o *Assisted Reproductive Technology Act (ART Act)*, ambos promulgados em 2021 e atualmente vigentes, os quais incluem uma multitude de critérios legais para a prática da *surrogacy* e demais técnicas de RHA, além de estabelecerem um conjunto de direitos e garantias para as crianças geradas por esses procedimentos⁶³.

⁵⁹ DUTTA, Brototi; MISHRA, Gargi. *With the Surrogacy Act, the judiciary has the chance to expand scope of reproductive rights*. **The Indian Express**, 2022. Disponível em: <https://indianexpress.com/article/opinion/columns/with-the-surrogacy-act-the-judiciary-has-the-chance-to-expand-scope-of-reproductive-rights-8232007/> Acesso em 10 de mar. de 2023.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ DUTTA, MISHRA, *op. cit.*

⁶² *Ibidem*.

⁶³ **CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. New Laws in India Regulate Assisted Reproduction and Surrogacy**. 2022. Disponível em: <https://reproductiverights.org/assisted-reproduction-and-surrogacy-in-india/> Acesso em 10 de mar. de 2023.

O denominado “*Surrogacy Act*” reiterou a proibição total da gestação de substituição em caráter oneroso, vedando qualquer pagamento à gestante além daqueles relativos a despesas médicas ou cobertura securitária. Ademais, limitou o acesso ao procedimento apenas a cônjuges heterossexuais e mulheres viúvas ou divorciadas.

Já o *ART Act*, por sua vez, fixou garantias de proteção ao abandono e ao reconhecimento dos direitos sucessórios às crianças nascidas através de técnicas de RHA, inclusive aquelas geradas por gestação de substituição, além de outros direitos pertinentes ao menor.

Contudo, muitas são as críticas à nova legislação pelos especialistas na temática.

Consoante defende o *Center for Reproductive Rights (CRR)*⁶⁴, ambas as normas são estruturadas de forma heteronormativa e excludente, haja vista apenas viabilizar os procedimentos em tela para casais heterossexuais e mulheres divorciadas ou viúvas, excluindo totalmente a comunidade LGBTQI+ ou parceiros não casados. Tal disposição se contrapõe à atual orientação da Suprema Corte indiana, que descriminalizou as relações entre pessoas de mesmo sexo.

Ademais, o CRR argumenta que a proibição da *surrogacy* comercial perpetua um modelo paternalista que menospreza a autonomia feminina e o trabalho reprodutivo, fomentando, assim, a prática *underground* da gestação de substituição, o que submete as vidas e direitos de mulheres e crianças a situações de risco.

Perante essas circunstâncias, foram apresentadas petições em face da Suprema Corte indiana e da Alta Corte de Nova Delhi nas quais foi arguido o caráter discriminatório de ambos os atos promulgados, além da violação do direito à autonomia reprodutiva e livre escolha, haja vista terem negado acesso às técnicas de RHA a pessoas solteiras, casais LGBTQI+ e casais em união estável. No que se refere à vedação da prática da *commercial surrogacy*, aduziram que a proibição não seria razoável e estaria privando as gestantes substituintes de sua autonomia reprodutiva. É oferecida, dessarte, uma nova oportunidade para examinar os atos à luz dos direitos reprodutivos⁶⁵.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ DUTTA, MISHRA, *op. cit.*

4.5 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Em face da realidade relatada nos tópicos supra, isto é, de multiplicidade de tratamentos jurídicos conferidos à temática da gestação de substituição, tem-se que, em um contexto pós-moderno de globalização, é propiciada a celebração de contratos internacionais de “barriga de aluguel”, tornando-se necessário investigar como a matéria é abordada pelo Direito Internacional Privado (DIPr).

Segundo Martins e Squeff⁶⁶, dentre as controvérsias de cunho ético e jurídico no âmbito do DIPr, os principais desafios da nova realidade global se encontram na delimitação da autonomia privada para o uso do procedimento de gestação de substituição, assim como na ponderação da ordem pública e o melhor interesse da criança.

Já Trimmings e Beaumont⁶⁷ sustentam que, na ausência de uma resposta legislativa global, dentre as complexas problemáticas reveladas, a mais prevalente seria a questão do parentesco legal e nacionalidade da criança.

Nesse ínterim, necessário rememorar que, no ordenamento jurídico brasileiro, as normas de DIPr situam-se, em seu aspecto basilar, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). No que tange o direito de família, pertinente à discussão acerca da gestação de substituição em caráter internacional, distingue-se o seu artigo 7º, cujo *caput* fixa: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

Ademais, de maior relevância na matéria são as disposições da Conferência de Haia, organização intergovernamental voltada à codificação do DIPr em suas múltiplas facetas, mas, em especial, acerca do direito de família, da qual o Brasil é um país-membro. Pertinente, assim, salientar que, em seu desenvolvimento, um dos princípios orientadores da Conferência foi a proteção da infância, de modo que esse preceito permeia todas as suas disposições.

⁶⁶ MARTINS, Fernanda Rezende; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. C. Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro. **Revista de Direito Internacional**. Brasília: vol. 17, n. 3, 2020, p. 539-554.

⁶⁷ BEAUMONT, Paul; TRIMMINGS, Katarina. International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level. **Journal of Private International Law**. Oxford: vol. 7, n. 3, 2011, p. 627-647.

No que se refere ao tópico da gestação substitutiva, em face do aumento de casos de *international surrogacy arrangements*⁶⁸, foram iniciadas as discussões na Conferência em 2010, quando foi sugerida a formulação de uma codificação acerca do tema. Foi reunida, então, uma Comissão Especial que, a princípio, avaliou a possibilidade de aplicação por analogia da Convenção sobre adoção internacional, todavia, diante da incerteza acerca da proteção do menor, o relatório final concluiu pela necessidade de estudos específicos sobre o assunto⁶⁹.

Cumprido ressaltar, inclusive, que, segundo Araújo, Vargas e Martel⁷⁰, o aumento de casos internacionais de gestação de substituição é diretamente vinculado à maior inflexibilidade nos processos de adoção transnacional resultante da regulamentação pela Conferência de Haia.

De 2010 até o presente, múltiplos foram os relatórios apresentados em sede da Conferência acerca da gestação de substituição, os quais foram baseados em estudos multidisciplinares sobre o tema, ressaltando a necessidade de consideração do princípio do melhor interesse da criança, assim como a proteção das demais partes em seus respectivos contextos de vulnerabilidade.

Se destaca, em 2013, a apresentação de um questionário, formulado pelo Secretariado e encaminhado para os países-membros da Conferência, além de profissionais de saúde e operadores do direito, cujo resultado foi publicado no Documento Preliminar 3B, de 2014⁷¹. Neste último, restou evidenciada a preocupação dos Estados com a questão do parentesco da criança e da segurança jurídica de sua comprovação em contextos internacionais, além da problemática da proteção dos direitos de todos os envolvidos na gestação substitutiva, questões essas que devem ser consideradas como pontos fundamentais da futura legislação.

Logo, em novembro de 2022 foi publicado o relatório final⁷² pelo Grupo de Especialistas do chamado *Parentage/Surrogacy Project*, o qual obteve 17 conclusões, dentre elas, a urgente necessidade de um instrumento de DIPr relativo ao reconhecimento de decisões estrangeiras

⁶⁸ Acordos internacionais de gestação de substituição.

⁶⁹ HCCH, Portal. *Special Commission of June 2010*. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6162&dtid=57>. Acesso em 12 mar 2023.

⁷⁰ ARAUJO, Nadia de; *et al.* A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. **IBDFAM**, 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/278.pdf> Acesso em 12 de mar. de 2023.

⁷¹ HCCH, Portal. *The desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf> Acesso em 12 de mar. de 2023.

⁷² *Id.* *Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report "The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage"*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf> Acesso em 12 de mar. de 2023.

sobre a paternidade em geral, e, em caráter apartado, um protocolo sobre o reconhecimento de decisões estrangeiras sobre a paternidade nas hipóteses específicas de acordos internacionais de barriga de aluguel. O relatório apresenta, ainda, uma recomendação ao Conselho de Assuntos Gerais e Políticas de estabelecimento de um Grupo de Trabalhos que deverá explorar as possíveis provisões para um protocolo, no intuito de informar considerações de políticas e decisões relativas ao escopo, conteúdo e abordagem de futuros instrumentos legais.

Diante deste cenário, destacam-se as palavras de Trimmings e Beaumont⁷³, os quais se manifestam em prol da necessidade de uma normatização internacional sobre o tema, de modo a obstar a vulnerabilização de todas as partes envolvidas no procedimento:

“[...] it is hoped that the Convention will act as a deterrent to those who would like to take advantage of individuals involved in international surrogacy arrangements, i.e., vulnerable surrogate mothers as well as intended parents. It will do this by creating minimum standards in relation, inter alia, to health issues, informed consent, and checks on the suitability of the intended parents and of the surrogate mother. Last but not least, it is submitted here that in an increasingly globalized world, all attempts to impose a complete prohibition on cross-border surrogacy arrangements are doomed to failure. A global ban on surrogacy would simply move surrogacy arrangements to the black market, thereby exposing the parties to a greater risk of exploitation.⁹⁰ Therefore, the only way forward is regulated international surrogacy arrangements; especially for the sake of children born through these arrangements as their best interests must be the primary concern.”

⁷³ BEAUMONT, TRIMMINGS, *op. cit.*, p. 647.

5 DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: POSIÇÕES E CONTROVÉRSIAS NO ÂMBITO DO DIREITO MODERNO

Levando em consideração todo o exposto até então, pode-se, afinal, averiguar algumas das principais controvérsias decorrentes dos pactos de gestação substitutiva.

Consoante será demonstrado, tais adversidades possuem uma afinidade na medida em que perpassam pela necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos no procedimento, que, nas palavras de Sarlet⁷⁴, pode ser definida como:

“(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

Desse modo, tem-se que serão eticamente válidas as técnicas científicas de reprodução, desde que condizentes com os preceitos jurídicos e bioéticos de proteção à dignidade da pessoas humana e demais direitos inerentes.

No que se refere à cessão de útero, por si só, com o intuito de concretização do livre planejamento familiar, direito constitucionalmente garantido, não se vislumbra um ato atentatório à dignidade da pessoa humana, haja vista tratar-se de ação voltada a criação de uma nova vida, que será dotada de personalidade, direitos e deveres, e, presume-se, obterá todos os cuidados necessários para o seu desenvolvimento⁷⁵.

Cumprido averiguar, nesse ínterim, alguns de seus desdobramentos.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28.

⁷⁵ CARDIN, Valeria Silva Galdino; *et al.* Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos. *Revista de Bioética y Derecho*. Barcelona, 2015, p. 79-93. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300008&lng=es&nrm=iso&tlng=pt Acesso em 14 de mar. de 2023.

5.1 UM PACTO ONEROSO OU ALTRUÍSTA?

De início, para avaliar-se a possibilidade dos acordos de gestação de substituição enquanto pactos onerosos ou altruístas, é necessário rememorar os elementos formadores do negócio jurídico.

Para tanto, estudar-se-á esses elementos sob a perspectiva da Teoria da Escada Ponteano, idealizada pelo jurista Pontes de Miranda, segundo a qual o negócio jurídico possui três planos inconfundíveis, quais sejam: o plano de existência, o plano de validade e o plano de eficácia. Sua estruturação teórica parte da lógica de que, para que sejam verificados os elementos de validade, é preciso que o negócio seja existente, e, igualmente, para que seja eficaz, deve ser válido e existente⁷⁶.

Nesse sentido, tem-se que estão presentes no plano de existência os pressupostos elementares de um negócio jurídico, isto é, seus elementos mínimos que constituem o suporte fático do negócio jurídico. São eles: partes ou agentes, vontade, objeto e forma.

Já no plano de validade, é observada a adjetivação daqueles elementos, tal como são previstos em sede do art. 104 do Código Civil pátrio:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Apesar de não constar de forma expressa no rol supratranscrito, a validade do negócio jurídico também pressupõe a declaração de vontade livre, não viciada, inferindo-se sua inclusão no elemento do agente capaz.

Por fim, no plano da eficácia, verificam-se os elementos relativos às consequências jurídicas e práticas do negócio jurídico, a exemplo da condição, termo, encargo ou modo, etc.

Para os propósitos do presente trabalho, focar-se-á nos elementos típicos dos planos da existência e da validade e sua concretização nos pactos de gestação substitutiva.

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

Diante disso, é possível verificar que os elementos mais controversos nos negócios jurídicos em tela, em especial quando na modalidade onerosa, são a vontade livre e o objeto lícito.

No que se refere ao pressuposto da vontade livre, apresenta o CFM, em sede da Res. 2.320/2022, como requisito indispensável para a operação de quaisquer das técnicas de RHA o consentimento livre e esclarecido acerca do procedimento e possíveis ramificações. Veja-se:

4. O consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

No título específico acerca da gestação por substituição, é prevista a obrigatoriedade de assinatura de um termo de consentimento com as informações pertinentes entre o rol de documentos necessários para a realização do procedimento:

1. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações devem constar no prontuário da paciente: a) 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;

Nesse íterim, sustentam Costa e Lima que, constatando-se o pressuposto de consentimento informado e esclarecido, o ato de uma mulher de disposição de seu próprio útero não é mais violador da dignidade humana do que qualquer outra técnica RHA na modalidade heteróloga, ou seja, aquelas em que se utiliza material genético de um terceiro.

Também adepta a essa corrente, Arleta Acosta Cindy sustenta que a gestação substitutiva é uma prática fundada na livre decisão de adultos, que exercem seus direitos e prerrogativas, liberdade e autonomia, sem prejudicar a si ou prejudicar terceiros, não havendo, assim, vícios de consentimento:

“Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente; los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.”

Por outro prisma, Cardin, Guerra e Santos⁷⁷, ao se manifestarem acerca dos contratos de gestação por substituição, sustentam que, ainda que exista o requisito contratual da manifestação de vontade livre por pessoas plenamente capazes, os objetos mediato e imediato sempre viriam a recair sobre a pessoa, havendo, assim, a coisificação da pessoa humana, de modo que aduzem pela impossibilidade de aplicação da teoria geral dos contratos aos pactos de gestação substitutiva.

Similar é o argumento utilizado a título de fundamentação para a proibição dos contratos de gestação substitutiva em caráter oneroso pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o Conselho Federal de Medicina apoia-se na disposição do art. 199, §4º, da CF/88⁷⁸, o qual veda qualquer tipo de comercialização do corpo humano, e, ainda, na hipótese de nulidade do negócio jurídico em que o objeto seja dado como ilícito, consoante fixa o art. 166, inciso II, do CC/02⁷⁹.

No entanto, pertinente ressaltar o que leciona Miguel Reale⁸⁰, segundo o qual o objeto de uma relação jurídica pode ser uma pessoa, coisa ou uma prestação, de modo que será aquilo sobre o que incide o vínculo de atributividade, ou seja, a concreção da norma jurídica no âmbito do relacionamento estabelecido entre as partes envolvidas no negócio. Assim, é possível argumentar que o objeto do negócio jurídico da gestação substitutiva não seria o corpo em si da gestante ou da criança gerada, e sim, a pessoa da gestante que oferece sua capacidade reprodutiva.

Cumprе rememorar, aliás, que o direito ao próprio corpo, assim como à vida e à liberdade, é considerado direito da personalidade, isto é, nas palavras de Francisco Amaral⁸¹, aqueles “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. Assim, o direito ao corpo pode ser definido como a proteção

⁷⁷ CARDIN, *op. cit.*

⁷⁸ Art. 199 - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

⁷⁹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

⁸⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217-222.

⁸¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 243. *apud*. ARAÚJO, D.; PRESGRAVE, A. B. O contrato de gestação de substituição a título oneroso no direito brasileiro. **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**. Campinas: v. 1, n. 1, p. 10-32, 13 dez. 2018.

concedida à vida e à integridade física do ser humano, englobando, ainda, as partes dele destacáveis e sobre as quais seu titular exerce o direito de disposição⁸².

No entanto, a autonomia corporal não é um direito absoluto, devendo sua limitação, enquanto direito da personalidade, seguir o disposto pela I Jornada de Direito Civil ao tratar do art. 11 do Código Civil pátrio, cujo Enunciado nº 4 estipula: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária desde que não seja permanente nem geral”⁸³.

Similarmente, o art. 13º do CC/02 estabelece os critérios para disposição do próprio corpo: “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”.

Ora, evidente que nos casos de gestação substitutiva não há uma retirada permanente de qualquer órgão ou substância humana do corpo da mulher. Ocorre, em verdade, o fenômeno temporário da gravidez, com os respectivos riscos e eventuais incômodos inerentes a esse estado, ao final do qual, a criança gerada a pedido dos pais será a eles entregue.

Outrossim, necessário salientar que o critério de “bons costumes” se trata de conceito aberto e variável, não podendo ser interpretado de maneira estática, e sim, abrangendo as morais da sociedade enquanto ente de constante evolução e mutação⁸⁴.

Nesse ínterim, segundo Vera Lúcia Raposo⁸⁵, o direito à disposição do próprio corpo deverá sempre ser analisado sob o prisma da autonomia pessoal, fixando que:

“De acordo com este princípio cada pessoa é livre de escolher como conduz a sua vida e utiliza o seu corpo, desde que com isso não lese os outros. Aplicando-se este princípio à maternidade de substituição, conclui-se que as pessoas devem ser livres na realização da sua capacidade reprodutiva, seja colocando os seus ‘serviços reprodutivos’ à disposição (gratuita ou onerosa) de terceiros, seja superando a sua incapacidade reprodutiva (com o auxílio das técnicas reprodutivas ou com o auxílio de uma mulher que esteja disposta a gerar uma criança e, porventura, a transmiti-lhe o respectivo material genético).”

⁸² ARAÚJO; PRESGRAVE, *op. cit.*

⁸³ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em 10 de mar. de 2023.

⁸⁴ SILVA, Eneida Rosélia Nascimento. **Barriga de aluguel: Limites jurídicos e o direito fundamental ao próprio corpo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2016.

⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**. Coimbra: Coimbra, 2005, p.67.

Diante desse cenário, depreende-se que a escolha da gestante substitutiva em celebrar contrato em caráter oneroso, ou não, decorre diretamente de sua autodeterminação, além do exercício do direito de disposição de seu próprio corpo, o que faz em atenção aos princípios da liberdade e dignidade.

Ademais, sopesando os esforços demandados por uma gravidez, além dos riscos e desconfortos físicos, psicológicos e sociais próprios da gestação, não parece justa a proibição de que a gestante receba uma compensação monetária para ceder temporariamente suas capacidades reprodutivas.

Análogo é o entendimento de Maria Berenice Dias⁸⁶, segundo a qual “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”.

Cumprе relembrar, assim, o depoimento das *surrogates* indianas⁸⁷ quando da proibição da modalidade onerosa em seu país, ocasião em que defenderam a *commercial surrogacy* enquanto alternativa de maior segurança e subsistência quando comparada a outras formas de trabalho à disposição dessas mulheres.

Logo, desde que respeitados os preceitos da dignidade humana, liberdade, e demais princípios fundamentais, assim como atendidos os pressupostos de validade do negócio jurídico, em especial no que se refere à livre manifestação de vontade através do consentimento informado, além dos eventuais requisitos legais específicos e mecanismos de garantia do melhor interesse do nascituro a serem, eventualmente, consolidados pela legislação interna, não vislumbra-se, a princípio, empecilhos para a legitimação dos pactos onerosos de gestação de substituição tal como observados na legislação californiana.

Todavia, é importante ressaltar que se compreende a enorme complexidade que reveste o procedimento em tela e, quando o legislativo brasileiro resolver, finalmente, regular a gestação substitutiva, a consequente dificuldade que subsistirá para redigir um dispositivo legal apto a proteger suficientemente todos os integrantes de um pacto dessa modalidade de possíveis atentados a seus direitos, além de atender aos princípios fundamentais necessários, em especial quando se considera a disparidade social subsistente e a precariedade dos sistemas de seguridade social vislumbrados no país.

⁸⁶ DIAS, *op. cit.*

⁸⁷ DUTTA; MISHRA, *op. cit.*

Desse modo, apesar de defender a plena possibilidade de atribuição de caráter oneroso ao pacto de gestação por substituição em um modelo atencioso ao princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário reconhecer a sensibilidade dessa questão, especialmente no cenário político e social brasileiro, a fim de prevenir a banalização do procedimento e a atribuição de qualquer caráter exploratório à gestante substituinte ou ao menor, figuras, reconhecidamente, de maior vulnerabilidade.

5.2 LIMITAÇÕES PESSOAIS PARA EMPREGO DO MÉTODO

Revelou-se oportuno averiguar, para mais, as limitações de caráter pessoal ao emprego da gestação de substituição, tanto no que refere-se à gestante a ser selecionada quanto aos possíveis beneficiários desse procedimento.

Consabido, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a gestação substitutiva é limitada apenas a familiares do casal beneficiário da gravidez até o quarto grau, consoante termos da resolução CFM nº 2.320/2022. Isso significa que apenas

Tal limitação pessoal tem como fundamento o princípio da consanguinidade, que, nas palavras de Luís Fernando de Souza Machado⁸⁸, “fundamenta-se no reconhecimento dos laços biológicos e genéticos que unem os indivíduos”. Logo, tal dispositivo objetiva garantir a proteção da dignidade e integridade física e emocional do nascituro, bem como a manutenção dos laços familiares e a preservação da ordem social.

Ademais, é possível inferir que a referida limitação possui o intuito de obstar eventuais conflitos familiares e disputas por direitos de filiação, uma vez que a relação de parentesco entre a gestante de substituição, o casal beneficiário e o nascituro, de certa forma, torna mais objetiva a questão da filiação do menor, na medida em que os laços familiares já estariam pré-estabelecidos. Essa exigência poderia, por conseguinte, reduzir os riscos da gestante substitutiva não querer entregar a criança, haja vista que estaria carregando em seu ventre o seu neto, sobrinho ou primo, de modo que já haveria laços afetivos pela criança, os quais não precisariam ser rompidos após o parto.

⁸⁸ MACHADO, Luiz Fernando de Souza. **Direito da reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Nas palavras de Barboza⁸⁹, “a limitação da gestação de substituição a familiares do casal beneficiário é uma medida que busca evitar a manipulação do processo reprodutivo e garantir a proteção dos direitos fundamentais de todos os envolvidos especialmente do nascituro”.

Nesse ínterim, cumpre rememorar que a restrição a familiares dos beneficiários não é uma norma de caráter absoluto.

Tal constatação se verifica, em primeiro lugar, porque a limitação provém, repisa-se, de regramento proferido pelo CFM, isto é, órgão desprovido de competência legislativa e que, portanto, apenas pode estabelecer critérios para a atuação de profissionais médicos.

Além disso, a própria disposição que estabelece o princípio da consanguinidade, em seu item “c”, possibilita a realização da técnica em outras situações excepcionais desde que com a autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM) e observados os requisitos legais e éticos. Veja-se:

1. A cedente temporária do útero deve:

- a) ter ao menos um filho vivo;
- b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos);
- c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).

Logo, é possível inferir que a exigência de que a gestante de substituição possua parentesco com o casal beneficiário não seria, a princípio, prejudicial.

Todavia, é evidente que tal disposição acaba limitando o acesso a esse procedimento, principalmente naqueles casos em que a família do casal é pequena ou não possui mulheres em idade fértil dispostas a atuar como gestantes.

Diante disso, Bittar⁹⁰ aponta o risco desses casais, ao se encontrarem impossibilitados de recorrerem a familiares para satisfazer seu desejo de ter um filho através de gestação por substituição, voltarem-se para alternativas ilegais e perigosas.

⁸⁹ BARBOZA, Guilherme de Almeida. **A gestação de substituição no ordenamento jurídico brasileiro**: análise crítica da Resolução CFM nº 2.121/2015. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 152, abr 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15518 Acesso em: 12 mar. 2023.

⁹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das pessoas**: noções fundamentais e temas contemporâneos. São Paulo: Saraiva, 2019.

Por sua vez, Barboza⁹¹ sustenta que essa exigência também poderia reforçar estereótipos e papéis de gênero tradicionais, partindo-se de um pressuposto de que mulheres devem assumir o papel da gestação e cuidado com a criança.

Barboza aduz, por conseguinte, que a escolha da gestante de substituição deve levar em conta critérios mais amplos, como a adequação psicológica, a existência de vínculo afetivo e a livre escolha da mulher em atuar como gestante de substituição. Consoante o autor, a regulamentação da gestação de substituição deve priorizar a proteção dos direitos fundamentais das partes envolvidas e garantir a dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer grau de parentesco entre as partes.

Outro pressuposto para a seleção da gestante substitutiva, consoante pode-se depreender pela leitura do item “a” do dispositivo supratranscrito, é a exigência de que ela tenha ao menos um filho próprio vivo.

Para Pereira⁹², tal limitação teria o condão de assegurar a capacidade reprodutiva daquela mulher e, conseqüentemente, a segurança do processo. Ele afirma:

"A gestante substitutiva precisa ter tido pelo menos um filho próprio para que possa ser considerada apta a gestar e dar à luz a uma criança para outra pessoa. Essa exigência é justificada pela necessidade de se assegurar que a gestante substitutiva tenha um histórico de gestações bem-sucedidas e que esteja fisicamente e emocionalmente preparada para a gestação de substituição".

Dessarte, essa exigência implica, segundo o jurista, que a gestante já tenha a compreensão das implicações emocionais e psicológicas de se gestar e dar à luz a uma criança em favor de outra pessoa, em decorrência de sua experiência prévia.

Cumprе ressaltar, no entanto, que independentemente da fixação ou não dessa limitação pessoal, tem-se que o entendimento da gestante acerca das conseqüências emocionais da gravidez é imprescindível, em especial para garantir-se seu consentimento informado, de modo que impõe-se a sua avaliação psicológica, assim como dos beneficiários, além de acompanhamento nesse sentido ao longo de todo o processo.

Sob o enfoque daqueles que serão os beneficiários da gestação substitutiva, cumprе rememorar uma relevante mudança feita pela Resolução 2.320/2022, qual seja, a alteração da seguinte disposição, constante da Res. CFM 2.294/2021:

⁹¹ BARBOZA, *op. cit.*

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Famílias Contemporâneas**: novas configurações, direitos e deveres. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 274.

“As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira”

Já na Resolução atualmente vigente, lê-se: “As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação”.

Denota-se que a expressão “problema médico” fora substituída por simples “condição”, enquanto o trecho em que constava a menção a casais homoafetivos e pessoas solteiras foi excluído por inteiro.

À primeira vista, pode parecer que esses grupos não serão acobertados pela nova Resolução. Todavia, o seu efeito é, na realidade, a ampliação do escopo do dispositivo para arranjos familiares diversos e afastar a necessidade de diferenciação quanto a quem acessa a técnica.

Assim, não mais exige-se a constatação de algum problema de saúde propriamente dito que provoque a infertilidade, passando a abarcar, por exemplo, casais de idade avançada que, por questões decorrentes da própria natureza e biologia humana, não mais consigam conceber naturalmente, ou ainda, casais formados por pessoas transgênero. Mantém-se, ainda, a permissão a pessoas solteiras, sejam homens ou mulheres, e a casais de pessoas de mesmo sexo.

Necessário ressaltar que, no que se refere à exigência de alguma condição de impedimento à concepção por meios naturais para proceder-se com a gestação substitutiva, pode-se arguir que ela visa obstar a banalização desse procedimento, evitando sua realização por motivações meramente estéticas, por exemplo.

Perceptível, ante o exposto, a preocupação do CFM com a acessibilidade equitativa à gestação por substituição para aqueles que desejem conceber por esse método, em respeito aos princípios fundamentais da igualdade e não discriminação, além da proteção constitucional aos diferentes arranjos familiares, nos termos do art. 226 da CF/88.

5.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FILIAÇÃO

Quando se fala em um pacto de gestação substitutiva, podem ser questionadas ambas a paternidade e a maternidade da criança gestada. Isso porque, consoante previamente explanado,

para possibilitar a procriação nessa modalidade, utiliza-se de alguma técnica de RHA, em especial a FIV, que poderá ser homóloga ou heteróloga.

Desse modo, tem-se que são múltiplos os possíveis cenários no que se refere à origem genética da criança:

- (a) São utilizados os gametas de ambos os pais beneficiários (FIV homóloga), os quais são implantados na cavidade uterina da gestante substitutiva;
- (b) É utilizado o gameta de apenas um dos pais beneficiários e o gameta de um doador (FIV heteróloga unilateral), que serão implantados no útero da gestante;
- (c) São utilizados gametas apenas de doadores (FIV heteróloga bilateral), que serão implantados na gestante;
- (d) É utilizado o gameta masculino do pai beneficiário e o feminino da gestante (FIV ou inseminação heteróloga unilateral);
- (e) É utilizado o gameta masculino de um doador e o feminino da gestante (FIV ou inseminação heteróloga bilateral);

Patente, assim, a potencial complexidade a revestir esse procedimento, com a possibilidade de indicação de até cinco diferentes genitores da criança, a depender do considerado como vínculo paternal e maternal pela tradição legal prevalente, que poderá basear-se no componente genético, afetivo ou, no caso da maternidade, decorrer do elemento fático do parto (princípio do *mater semper certa est*).

Na esfera do ordenamento jurídico brasileiro, sabe-se que a concepção da filiação subordinada à constatação do laço biológico restou ultrapassada quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, ocasião em que foi reconhecida a possibilidade da filiação pautada no elemento da afetividade, ultrapassando-se, assim, a barreira da consanguinidade.

Sobre o tema, manifesta-se Paulo Lôbo⁹³:

“O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **IDBFAM**, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 14 de mar. de 2023.

essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).”

Tal concepção também foi consolidada pelo art. 1.593 do CC/02⁹⁴, cuja interpretação é orientada pelo Enunciado 103⁹⁵ aprovado na I Jornada de Direito Civil, segundo o qual:

“O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”

Diante dessa orientação, entende-se pela expressa previsão legal da presunção de vínculo parental nas hipóteses de emprego das técnicas de RHA.

Cumprе ressaltar, desse modo, que, nas hipóteses de RHA sob a modalidade heteróloga, é garantido ao doador de material genético o anonimato, através da já mencionada Resolução nº 2.320 de 2022 do CFM. Logo, verifica-se que o ordenamento brasileiro é adepto ao afastamento da admissão de qualquer vínculo de paternidade ou maternidade decorrente de mera doação de gametas, atribuindo-se esse vínculo àqueles que buscaram o método reprodutivo com o objetivo de conceber filhos próprios.

Tal noção deve ser aplicada, igualmente, ao vínculo de paternidade nas hipóteses de gestação por substituição através de técnicas heterólogas. Ou seja, será pai aquele que encomendar o procedimento, independentemente de seu vínculo genético com o nascituro, em decorrência do elemento afetivo presente na relação, isto é, o pai é aquele que deseja um filho para si e toma as medidas reprodutivas necessárias para concretizar esse desejo.

Por outro lado, no que concerne ao reconhecimento da maternidade na gestação substitutiva, tal questão merece ainda maior atenção.

⁹⁴ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

⁹⁵ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em 14 de mar. de 2023.

No estudo jurídico da filiação, sempre foi dada maior atenção à averiguação da paternidade, pois, tradicionalmente, o vínculo materno provinha, de maneira inequívoca, da gravidez e consequente parto⁹⁶. Consoante já aludido ao longo deste trabalho, tal seria o fundamento da postulação milenar da *mater semper certa est*.

Entretanto, denota-se que tal presunção não mais subsiste na atualidade, em particular quando contraposta às inovações tecnológicas no ramo da RHA e, em evidente, à gestação por substituição, haja vista que, evidentemente, haverá uma mulher encomendante da gravidez e outra que suportará, por sua vez, aquela gravidez. Pode haver, ainda, como previamente mencionado, uma terceira mulher que virá doar os seus óvulos, porém, esta não poderá ser considerada mãe, consoante já demonstrado.

Verifica-se, nesse contexto, uma relativização da presunção da maternidade certa em decorrência da gravidez ou do parto, de forma que a verdadeira mãe deverá ser aquela que possuiu o ânimo materno e, assim, não apenas deu origem ao procedimento de gestação, seja com o uso de seu próprio óvulo ou recorrendo-se a uma doadora, mas também assumiu todas as responsabilidades advindas da geração e criação de um filho.

Acerca dessa questão, Maria Berenice Dias⁹⁷ sustenta que a mãe é simplesmente aquela que deseja ter um filho, não mais sendo necessário o elemento gestacional ou genético para consagrar-se o vínculo maternal:

“Agora nem mais a maternidade é certa. Mãe passou a ter adjetivos. Nem sempre a mãe biológica é a mãe gestacional. E talvez nenhuma delas seja de fato a mãe registral. Ou seja, mãe não é somente aquela que teve um óvulo fecundado e nem quem o carregou no ventre por nove meses. Para ser mãe nem é preciso participar do processo reprodutivo. Mãe é quem deseja ter um filho. É o que basta para ser reconhecido o direito de registrar como seu o filho que não deu à luz e nem tem sua carga genética. O mesmo acontece com relação ao pai. Deixou de ser exclusivamente o marido da mãe.”

Diante disso, o Provimento N° 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acabou por melhor consolidar a questão, em seu art. 17, §1º:

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: (...)

⁹⁶ TEIXEIRA, Caroline Rocha Pereira. A maternidade de substituição e o conflito da presunção de maternidade certa: Um estudo de caso. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. 52ª ed. Brasília: 108, p. 125-144, 2016.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. De quem sou filho? **IDBFAM**, 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5107/+De+quem+sou+filho#:~:text=Esta%20sempre%20foi%20uma%20verdade,A%20m%C3%A3e%20%C3%A9%20sempre%20certa>. Acesso em 14 de mar. de 2023.

§ 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.

Depreende-se, portanto, que o ordenamento brasileiro optou pela exclusão do vínculo materno da parturiente, devendo constar do registro da criança aquela mulher que deu origem ao procedimento da gestação substitutiva no intuito de conceber o seu filho.

Cumpre salientar que, nas hipóteses de encomenda do procedimento por uma mulher solteira com a utilização de espermatozoide de um doador, deverá ser possibilitado o registro de nascimento daquela criança com a inclusão de apenas o seu nome, sendo dispensada a averiguação da paternidade.

Ademais, no que se refere a casais do mesmo sexo, é essencial a disposição decorrente do Provimento nº 52/2016 do CNJ, que consolidou a possibilidade de registro de filhos havidos por casais homoafetivos através de técnicas de RHA com o nome de ambos os pais, sem discriminação quanto à paternidade ou maternidade. Interpreta-se extensivamente, assim, esse dispositivo às hipóteses de gestação por substituição. Veja-se:

Art. 1º O assento de nascimento dos filhos havidos 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, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento. (...)

§ 2º Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna⁹⁸.

Ante o exposto, resta evidenciado que o desejo do casal ou indivíduo idealizador do procedimento de gestação substitutiva deverá ser o fio condutor do estabelecimento do vínculo de filiação, uma vez considerado que a criança gerada não existiria sem a iniciativa desse casal ou indivíduo, “não devendo haver dúvidas de que o pai e mãe serão aqueles que se submeteram voluntariamente a tratamento de reprodução artificial, devendo prevalecer a verdade sociológica, afetiva e individual”⁹⁹.

⁹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 50, p. 1-5, 15 mar. 2016. Seção 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2567>. Acesso em: 12 mar. 2023.

⁹⁹ FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 70.

5.4 O DIREITO AO ARREPENDIMENTO

A última questão controvertida que será debatida nesta obra será a problemática do direito ao arrependimento.

De antemão, necessário salientar que essa temática está intimamente relacionada ao pressuposto do negócio jurídico, já mencionado, do consentimento livre e informado, discutindo-se, portanto, até qual momento será possível revogar essa concordância.

Apesar de estar longe do ideal, sabe-se que, na prática, é plenamente possível o arrependimento tanto proveniente do casal encomendante da gestação de substituição, quanto da gestante em si.

No que se refere àqueles que idealizaram a gestação por substituição com a intenção de obter um filho para si, em decorrência do significativo dispêndio econômico, emocional, mental e físico para possibilitar a concretização de seu planejamento familiar, é possível verificar menor frequência de desistências por sua parte.

Entretanto, a realidade é que esses casos existem, sendo perceptível que costumam ocorrer por duas principais hipóteses: (i) em razão do término do relacionamento do casal encomendante da gestação, tal como ilustrado pelo notório precedente da apresentadora americana Sherri Shepherd, de 2014, a qual divorciou-se do marido após já ter celebrado *surrogacy agreement*, motivo pelo qual não quis mais a criança gestada¹⁰⁰; (ii) ou, ainda, quando constatada alguma má-formação fetal ou transtorno congênito da criança, hipótese observada no emblemático caso do “Baby Gammy”, também de 2014, em que um casal australiano contratou uma gestante de substituição da Tailândia, a qual deu à luz a gêmeos, sendo um deles portador de Síndrome de Down, e, portanto, foi rejeitado pelos pais que demandaram que a gestante abortasse o bebê, mas, por motivos religiosos, ela recusou, e, ao nascer, acabou por assumir a guarda da criança¹⁰¹.

No primeiro caso, da apresentadora estadunidense, ocorrido no estado da Pensilvânia, não havia qualquer interesse por parte da parturiente em reclamar para si o papel de mãe da criança,

¹⁰⁰ GROSSMAN, Joanna L. *Baby Mama: Appellate Court Declares Sherri Shepherd Is the Legal Mother of a Child Born to Her via Surrogate*. **Verdict**, 2015. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2015/12/01/baby-mama-appellate-court-declares-sherri-shepherd-is-the-legal-mother-of-a-child-born-to-her-via-surrogate> Acesso em 14 de mar. de 2023.

¹⁰¹ SURROGATE mother vows to care for abandoned Down's baby. **BBC News**, 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-28621639> Acesso em 14 de mar. de 2023.

pois apenas assumiu a gestação na condição de posteriormente entregá-la para seus verdadeiros pais, isto é, aqueles que comissionaram o procedimento de *surrogacy*. Verificou-se, por conseguinte, um conflito negativo sobre a maternidade do nascituro, que foi resolvido pela Corte da Pensilvânia, que concedeu a guarda do menor ao ex-marido de Sherri, único comprometido com o dever assumido com o acordo de gestação substitutiva e interessado em proporcionar os cuidados necessários à criança. Porém, a Corte não desobrigou a apresentadora, imputando-lhe a maternidade e dever decorrente de prestar pensão alimentícia ao menor¹⁰².

Ambas as situações atestam um dos perigos da omissão por parte de um ordenamento jurídico em regradar possíveis situações decorrentes dos acordos de gestação substitutiva, haja vista que tanto o estado da Pensilvânia, quanto a Austrália e a Tailândia não possuíam normas para solucionar os imbrólios ocorridos. O descarte e rejeição daquelas crianças por seus supostos pais demonstra com clareza como esses acordos podem facilmente objetificar aqueles que, a princípio, estariam sendo tão desejados, se não tratados pela ordem jurídica com a cautela demandada.

Evidente, portanto, que, no intuito de preservar a dignidade da criança envolvida nesses arranjos, assim como assegurar a segurança jurídica para a gestante, o consentimento dos pais pretendentes deve ser revogável apenas e unicamente até o momento em que o embrião é transferido com sucesso para a cavidade uterina da cedente, especialmente porque o objeto do contrato não poderá ser a criança, sob o risco de coisificá-la, e sim, a cessão temporária das capacidades reprodutivas da mulher que irá gestar aquela criança¹⁰³. Logo, uma vez iniciada a gravidez, o consentimento dos pais intencionais deve ser considerado irrevogável.

Em contrapartida, as hipóteses de exercício do direito de arrependimento pela gestante substitutiva, quando esta se nega a entregar a criança nascida aos pais pretendentes, detêm certa dimensão ética de maior relevo.

Relevante rememorar, diante dessa problemática, o notório e polêmico caso *Baby M*, já explanado em tópicos prévios, o qual, apesar de ocorrido nos anos 80, ainda é considerado referência quando discute-se a possibilidade de revogação do consentimento em *surrogacy agreements* pela cedente de útero.

¹⁰² GROSSMAN, Joanna L. *op. cit.*

¹⁰³ VIEIRA, *op. cit.* p. 94.

Segundo Lima e Sá¹⁰⁴, igualmente ao previamente elucidado acerca dos pais encomendantes do procedimento, deve ser garantido à cedente de útero a revogabilidade do consentimento até a transferência do embrião, uma vez considerado o envolvimento central do direito à disposição do próprio corpo.

Todavia, Ehrhardt e Rocha¹⁰⁵, por sua vez, defendem que, no intuito de assegurar-se a dignidade, a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade da gestante, seria necessário que o direito ao arrependimento fosse garantido até o nascimento da criança. Tal é a tese assumida, rememora-se, pelo ordenamento jurídico português, cuja Lei nº 90/2021 fixou a revogabilidade do consentimento da gestante até o registro do nascido.

Denota-se, entretanto, que tal permissividade com a flutuação do ânimo da gestante implica desmedido grau de insegurança jurídica em face dos pais pretendentes, que, mesmo após a celebração de um negócio jurídico perfeito, além de inúmeros óbices superados e amplos investimentos de ordem financeira e emocional, podem ver-se ao final do procedimento comissionado sem o bebê que desejavam por mera mudança de opinião daquela que está gestando-o.

Ademais, quando considerada a supramencionada irrevogabilidade do consentimento dos pais intencionais, tem-se que a concessão de distintas condições de exercício do direito de arrependimento à gestante substitutiva configuraria, ainda, um desequilíbrio contratual excessivo em desfavor dos encomendantes.

Colaciona, diante disso, as palavras de Lima e Sá¹⁰⁶:

“(…) Se é possível a desistência da gestante antes da transferência do embrião para o seu útero, depois de realizado o procedimento, a gestante deverá levar a termo a gravidez, dar à luz a criança e entregá-la aos pais jurídicos. Lado outro, a recusa do recebimento da criança pelos pais jurídicos é igualmente inadmitida. Noutros termos, o consentimento é irrevogável para ambas as partes, a partir do início da gravidez. Assim, os pais não poderão rejeitar o filho sob o argumento de que não era do sexo desejado, de que apresenta doença grave ou que houve nascimento de múltiplos bebês, quando se desejava apenas um. A recusa dos pais jurídicos em receber a criança, nesses casos, geraria conflito negativo de paternidade/maternidade, que deve ser evitado. Além disso, revelaria o grave equívoco de os pais acreditarem que

¹⁰⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e

vulnerabilidade. **Virtuajus**. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, jan. 2018, p. 23

¹⁰⁵ ERHARDT, Marcos; ROCHA, Patrícia Ferreira. A (im)possibilidade do reconhecimento de responsabilidade civil por incumprimento contratual ante a recusa de entrega ou de recebimento da criança na gestação de substituição: Subsídios do direito português para o Brasil. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte: vol. 28, p. 97-121, 2021.

¹⁰⁶ LIMA; SÁ, *op. cit.* p. 31-32.

o objeto do contrato é a criança –e não a cessão temporária de útero –como se fosse possível aplicar, a esse contrato, a teoria dos vícios redibitórios.”

Conclui-se, assim, que, enquanto pressuposto de existência e validade do negócio, o consentimento para a gestação substitutiva deve ser revogável pelas partes envolvidas desde que, e isso é primordial, ainda não tenha sido realizado nenhum ato definitivo do processo reprodutivo. Ou seja, consoante arguido por Presgrave e Araújo¹⁰⁷, 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 celebrado.

Todavia, necessário salientar uma faceta distinta do exercício do direito ao arrependimento, qual seja, a possibilidade de desistência da gravidez pela gestante quando, por motivos supervenientes, ela acaba por representar sérios riscos à sua saúde e integridade física ou até à sua vida.

Sabe-se que nenhum direito, por mais que fundamental, é absoluto. Consoante defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso¹⁰⁸, ainda que constitutivos, em sua dimensão objetiva, de limites à atuação do Estado e dos particulares:

“Os direitos fundamentais não são absolutos, nem podem sê-lo, porque qualquer exercício de direito implica a restrição de direitos de terceiros ou do próprio Estado. Não há, portanto, direitos absolutos, mas sim direitos que gozam de maior ou menor grau de proteção, conforme sua relevância no contexto histórico e social, a posição que ocupam no sistema constitucional e a amplitude do universo de pessoas que visam beneficiar.”

Diante dessa constatação, tem-se que, para analisar a possibilidade de relativização de direitos fundamentais, tais como o direito à vida e à integridade física, quando contrapostos a outros valores constitucionais, como, na hipótese em tela, a necessidade de segurança jurídica e equilíbrio contratual, é necessário aplicar o princípio da proporcionalidade enquanto critério racional para a aferição da validade de possíveis restrições a esses direitos¹⁰⁹.

No cenário em estudo, merece superior guarida, por evidente, o direito fundamental à vida e integridade física da gestante, o qual seria assegurado através da oportunização, em caráter excepcional, da retirada de seu consentimento quando constatado o grave risco a esse direito.

¹⁰⁷ ARAÚJO; PRESGRAVE, *op. cit.* p. 26.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Similar é o entendimento de Susan L. Crock¹¹⁰:

“The surrogate’s decision to withdraw consent should be respected even if it is made at a late stage of the pregnancy, because a decision to continue the pregnancy against the surrogate’s wishes would force her to undergo a substantial physical and emotional burden against her will.”

Assim, uma vez considerada a permissão do aborto pela legislação brasileira na hipótese de gravidez de risco à vida da gestante, nos termos do art. 128¹¹¹ do Código Penal pátrio, deve, igualmente e evidentemente, ser assegurada essa possibilidade à gestante de substituição, impondo-se, nesses casos, a dispensa de qualquer anuência por parte dos pais encomendantes.

Por motivos que aqui não cabe debater, é proibido o aborto, por outro lado, se o risco for à “mera” integridade física, de modo que ainda não seria possível oportunizar a terminação da gravidez substitutiva, ou de qualquer outra modalidade de gestação, nessas hipóteses.

Já no caso de anencefalia do nascituro, isto é, condição em que é constatada a morte cerebral do feto, não havendo qualquer expectativa de vida extrauterina, em que também é permitido o aborto nessa hipótese, consoante entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54¹¹², em 2012, essencial é o consentimento livre e informado da gestante para suportar o procedimento terminativo, que jamais poderá ser imposto pelos pais encomendantes ou quaisquer outras possíveis influências.

Denota-se, ante o exposto, a vasta complexidade e natureza multifacetada do direito ao arrependimento no âmbito da gestação substitutiva, o qual deve ser analisado em suas minúcias quando da deliberação pelo Poder Legislativo vernáculo para regularização desse instituto, de forma a assegurar, primeiramente, a dignidade de todos as partes envolvidas no processo e o melhor interesse da criança, assim como a segurança jurídica e equidade contratual, e, ainda, a vida e integridade física da gestante participe. Essencial, ainda, que tais problemáticas sejam objeto de previsões contratuais específicas, a fim de consolidar a concordância das partes envolvidas sobre as atitudes a serem tomadas na chance de sua ocorrência.

¹¹⁰ CROCK, Susan L. *Surrogate Motherhood and the Right to Withdraw Consent*. *Journal of Law and Society*, vol. 18, n. 2, p. 211-229, 1991.

¹¹¹ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 28 de abr. 2011.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segunda metade do século XX verificou uma revolução científica na esfera da fertilidade humana, com a introdução de novas tecnologias até então desconhecidas que possibilitaram a concepção por indivíduos previamente considerados inférteis.

De repente, vários foram os procedimentos a disposição daqueles que desejavam ter filhos e até então encontravam-se impossibilitados, consolidando-se, dentre eles, a prática da gestação de substituição, a qual veio a dissociar a gravidez da maternidade.

É possível constatar, assim, que o debate acerca da “barriga de aluguel”, ou *surrogacy*, como é conhecida na língua inglesa, é um de extrema complexidade, especialmente quando considerada a multiplicidade de perspectivas sociais e bioéticas que revestem esse tópico.

Nesse ínterim, através deste trabalho buscou-se caracterizá-la, em algumas de suas mais relevantes facetas, e analisar a sua abordagem jurídica e as mais pertinentes controvérsias verificadas no direito moderno, tanto na esfera nacional quanto estrangeira, de modo a evidenciar a necessidade de legislação específica no ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, enquanto técnica auxiliar à reprodução humana assistida, revelou-se a gestação substitutiva como ferramenta essencial para o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar, constitucionalmente garantido. Todavia, apesar de sua pertinência na modernidade, verifica-se que o direito brasileiro ainda se demonstra inerte em sua regulamentação, restando ao Conselho Federal de Medicina o estabelecimento dos critérios para sua operação por profissionais médicos.

Evidenciou-se, ademais, a pluralidade de enquadramentos concedidos por ordens jurídicas estrangeiras, com enfoque nos ordenamentos português, espanhol, estadunidense e indiano, e, em razão do surgimento de um novo “turismo reprodutivo”, a necessidade de uma normatização internacional sobre o tema, de modo a obstar a vulnerabilização de todas as partes envolvidas no procedimento.

Por fim, tratou de averiguar alguns dos mais pertinentes desdobramentos verificadas no direito contemporâneo quanto à prática da gestação por substituição, problemáticas as quais possuem identidades afins na medida em que perpassam pela necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana daqueles envolvidos, quais sejam, os beneficiários, a gestante ou cedente de útero e o nascituro.

Analisou-se, portanto, o dilema da atribuição ou não de caráter oneroso ao pacto de gestação, as diversas limitações pessoais ao emprego do método, a questão da filiação do nascituro, e, ao final, a possibilidade de exercício do direito ao arrependimento por quaisquer dos celebrantes do pacto.

A proposta dessa monografia jamais configurou, portanto, o esgotamento da matéria da gestação de substituição, nem, tampouco, apresentar soluções definitivas para as problemáticas selecionadas. Voltou-se essa obra, assim, à discussão dessa complexa temática, em algumas de suas múltiplas facetas, no intuito de demonstrar os riscos da falta de sua normatização, assim como oferecer possíveis posicionamentos quanto às controvérsias abordadas.

Diante de todo o exposto ao longo dessa obra, resta evidenciada a latente necessidade de regulamentação pelo Poder Legislativo pátrio, assim como no âmbito do Direito Internacional, para fins de evitar violações a direitos humanos elementares, obstando-se a objetificação do nascituro, cujo melhor interesse sempre deverá ser priorizado, a subjugação e exploração da gestante enquanto mera incubadora, e, ainda, assegurando-se aos pais beneficiários o exercício de seu direito fundamental ao livre planejamento familiar, em pé de igualdade, de modo a conferir, para todas as partes envolvidas, a segurança jurídica naquele procedimento e a proteção a sua plena dignidade.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Ana Clara Silva de. Et al. Transplante de útero: um caminho para fertilidade. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. 8ª ed., v. 01, p. 152-176, 2021.
- ARAÚJO, D.; PRESGRAVE, A. B. O contrato de gestação de substituição a título oneroso no direito brasileiro. **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**. Campinas, v. 1, n. 1, p. 10-32, dez. 2018.
- ARAÚJO, Nadia. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 154, p. 89-110, jul./set. 2019.
- AYRES, Nathalie. Fertilização In Vitro (FIV): O que é, como funciona e valor. **Minhavidia**, 2018. Disponível em: <https://www.minhavidia.com.br/materias/materia-10417> Acesso em 06 de mar. de 2023.
- AZEVEDO, Fabiano Uba; FERREIRA, Livia Pena; et al. Reprodução assistida: a evolução da ciência no campo da reprodução humana. **Revista Saúde em Foco**. Revista Saúde em Foco, v. 11, n. 1, p. 309-326, 2019.
- BARBOZA, Guilherme de Almeida. A gestação de substituição no ordenamento jurídico brasileiro: análise crítica da Resolução CFM nº 2.121/2015. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 152, abr 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15518 Acesso em: 12 mar. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- BEAUMONT, Paul; TRIMMINGS, Katarina. International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level. **Journal of Private International Law**, Oxford, v. 7, n. 3, p. 627-647, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das pessoas: noções fundamentais e temas contemporâneos**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Código Civil** (2002). Institui o Código Civil. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Código Penal**. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 12 de mar. de 2023.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 28 abr. 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=639280>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. 4ª ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2006.

CALDAS, Mayara S. C. G. **Técnicas de reprodução assistida: Repercussões da gestação por substituição no contexto do direito de família brasileiro**. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

CARDIN, Valeria Silva Galdino; et al. Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos. **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona, 2015, p. 79-93. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300008&lng=es&nrm=iso&tlng=pt Acesso em 14 de mar. de 2023.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. **New Laws in India Regulate Assisted Reproduction and Surrogacy**. Disponível em: <https://reproductiverights.org/assisted-reproduction-and-surrogacy-in-india/> Acesso em 10 de mar. de 2023.

CLÍNICA CONCEBER. **Injeção intra-citoplasmática de espermatozoide (ICSI)**. Disponível em: <https://www.clinicaconceber.com.br/tratamentos/injecao-intra-citoplasmatica-de-espermatozoide-icsi/#:~:text=O%20procedimento%20de%20inje%C3%A7%C3%A3o%20intracitoplasm%C3%A1tica,embriologista%20com%20aux%C3%ADlio%20de%20microsc%C3%B3pio.> Acesso em 06 de mar. de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 50, p. 1-5, 15 mar. 2016. Seção 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2567>. Acesso em: 07 mar. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução Nº 2.294, de 15 de junho de 2021**. Brasília, 2021. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf Acesso em 07/03/2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução Nº 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> Acesso em 07 de mar. 2023.

CORREGEDORIA DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados aprovados**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso em 06 de mar. de 2023.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

CROCK, Susan L. Surrogate Motherhood and the Right to Withdraw Consent. **Journal of Law and Society**, vol. 18, n. 2, p. 211-229, 1991.

DANTAS, Ivo. **Direito comparado como ciência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. De quem sou filho? **IDBFAM**, 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5107/+De+quem+sou+filho#:~:text=Esta%20sempre%20foi%20uma%20verdade,A%20m%C3%A3e%20%C3%A9%20sempre%20certa>. Acesso em 14 de mar. de 2023.

DOMINGO, Antonio Aznar; PLASENCIA, Nuria Ayala. La gestación por sustitución. **Elderecho.com**, 2022. Disponível em: <https://elderecho.com/gestacion-por-sustitucion-como-forma-de-reproduccion> Acesso em 07 de mar. de 2023.

DUTTA, Brototi; MISHRA, Gargi. With the Surrogacy Act, the judiciary has the chance to expand scope of reproductive rights. **The Indian Express**, 2022. Disponível em: <https://indianexpress.com/article/opinion/columns/with-the-surrogacy-act-the-judiciary-has-the-chance-to-expand-scope-of-reproductive-rights-8232007/> Acesso em 10 de mar. de 2023.

ERHARDT, Marcos; ROCHA, Patrícia Ferreira. A (im)possibilidade do reconhecimento de responsabilidade civil por incumprimento contratual ante a recusa de entrega ou de recebimento da criança na gestação de substituição: Subsídios do direito português para o Brasil. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte: vol. 28, p. 97-121, 2021.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 70.

GONZALEZ, Alicia. Commercial Surrogacy in the United States. **The Georgetown Journal of Gender and the Law**. Washington: vol. 21, n. 1., 2019.

GOZZI, Camila Monzani. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. **IDBFAM**, 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+com+o+direito+fundamental#:~:text=O%20Referido%20princ%C3%ADpio%20encontra%20se,da%20autonomia%20privada%20do%20indiv%C3%ADduo>. Acesso em 10 de mar. de 2023.

GROSSMAN, Joanna L. Baby Mama: Appellate Court Declares Sherri Shepherd Is the Legal Mother of a Child Born to Her via Surrogate. **Verdict**, Santa Clara, 2015. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2015/12/01/baby-mama-appellate-court-declares-sherri-shepherd-is-the-legal-mother-of-a-child-born-to-her-via-surrogate> Acesso em 14 de mar. de 2023.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&P Editores S.A., 2018.

HCCH, Portal. **Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report** "The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage". Hague Conference on Private International Law, 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf> Acesso em 12 de mar. de 2023.

HCCH, Portal. **Special Commission of June 2010**. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6162&dtid=57>. Acesso em 12 mar 2023.

HCCH, Portal. **The desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy project**. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf> Acesso em 12 de mar. de 2023.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. 21ª ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2014.

JOHNSON, Anna; CALVERT, Mark. **Johnson v. Calvert**. Suprema Corte da Califórnia, Los Angeles, 17 de maio de 1993. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html> Acesso em 10 de mar. de 2023.

JOHNSTON, Donald Robert. **The History of Human Infertility**. Fertility and Sterility. Ottawa: v. 14, n. 3, p. 261-272, 1963.

JUNEAU, Jen. Famous families who've welcomed children through surrogacy. **People**, 25 de jan. 2023. Disponível em: <https://people.com/parents/celebrities-who-have-used-surrogates/> Acesso em: 07 de mar. de 2023.

KAMEL, Reman Moustafa. Assisted Reproductive Technology after the birth of Louise Brown. **Journal of Reproduction and Infertility**. Teerã: vol. 14, n. 3, p. 96-109, 2013.

LEI da gestação de substituição continua por regulamentar, um ano depois de ter sido publicada. **Expresso50**, 2022. Disponível em: <https://expresso.pt/revista-de-imprensa/2022-12-06-Lei-da-gestacao-de-substituicao-continua-por-regulamentar-um-ano-depois-de-ter-sido-publicada-b376f289#:~:text=A%20lei%20n.%C2%BA%2090,esse%20prazo%20n%C3%A3o%20foi%20respeitado.> Acesso em: 08 de mar. de 2023.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. **Virtuajus**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 4, p. 19-36, jan. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **IDBFAM**, 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+filia%C3%A7%C3%A3o> Acesso em 14 de mar. de 2023.

MACHADO, Luiz Fernando de Souza. **Direito da reprodução assistida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARTÍNEZ, Antonio. ¿Es legal la maternidad subrogada en España? Disponível em: <https://mibebeyyo.elmundo.es/quedar-embarazada/quiero-tener-un-hijo/ventre-alquiler-espana>. Acesso em 07 de mar. de 2023.

MARTINS, Fernanda Rezende; SQUEFF, Tatiana de A. F. R. C. Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro. **Revista de Direito Internacional**. Brasília: vol. 17, n. 3, 2020, p. 539-554.

MOHAPATRA, Seema. States of confusion: Regulation of surrogacy in the United States. In: NOVITZ, David; DE GRAZIA, Laura (Orgs.). **New Cannibal Markets** – Globalization and commodification of the human body. Paris: MSH, 2015. p. 81-94.

OLIVEIRA, Flávia Ramalho Pelissar; et al. História da inseminação artificial. In: OELKE, Carlos Alexandre. **Zootecnia: Nutrição e produção animal**. Guarujá, SP: Científica Digital, 2020. p. 148-154.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Estabelecimento da Filiação**. Lisboa: Petrony, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parentalidade Socioafetiva: o ato fato que se torna relação jurídica. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: vol. 9, maio/jun. 2015, p. 19-20.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Famílias Contemporâneas: novas configurações, direitos e deveres**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 4ª ed. Lisboa: AAFDL, 2013.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**. Coimbra: Coimbra, 2005, p.67.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217-222.

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. **Manual de Procedimientos – Laboratório de Reprodução Assistida**. Cidade do México: 2006, p. 29. Tradução: Marina Diaz. Disponível em: https://redlara.com/images/arq/livreto_port_01_2007.pdf Acesso em: 06 de mar. de 2023.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 286.

SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos Santos. Injeção intracitoplasmática de espermatozoides: questões éticas e legais. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, Recife, vol. 10 (Supl. 2), p. S289 – S296, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28.

SARMENTO, Liv Azevedo. **A gestação de substituição e seus desafios no direito internacional privado**. Monografia (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 10, 2019.

SENDEL, Michael J. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, Eneida Rosélia Nascimento. **Barriga de aluguel: Limites jurídicos e o direito fundamental ao próprio corpo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2016.

SHEFFER, Bruno Brum; et al. **Reprodução assistida**. Um pouco de história. Revista SBPH, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 2, p. 23-42, 2009.

SOUZA, Marise Cunha De. **As Técnicas de Reprodução Assistida**. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, vol. 13, nº 50, p. 348-367, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em: 06 de mar. de 2023.

SURROGATE mother vows to care for abandoned Down's baby. **BBC News**, 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-asia-28621639> Acesso em 14 de mar. de 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TEIXEIRA, Caroline Rocha Pereira. A maternidade de substituição e o conflito da presunção de maternidade certa: Um estudo de caso. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, 52^a ed., p. 125-144, 2016.

THE US Surrogacy Law Map. **Creative Family Connections**, 2023. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/> Acesso em: 10 de mar. de 2023.

TRANSFERÊNCIA de embriões congelados. **Origen**. Disponível em: <https://origen.com.br/transferencia-de-embrioes-congelados/> Acesso em 06 de mar. de 2023.

VIEIRA, Pollyana G. Souza. **Direito fundamental à reprodução assistida**. Monografia (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Infertility**. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility> Acesso em 06 de mar. de 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **1 in 6 people globally affected by infertility**: WHO. Genebra: 2023. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/04-04-2023-1-in-6-people-globally-affected-by-infertility> Acesso em 05 de abr. de 2023.