

**JULIANA BARBOSA GOMES<sup>1</sup>**

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: Barriga de aluguel e seus contornos civis**

**Orientador: Rosângela Morais<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> Estudante de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.  
Email: eu.jugomes@hotmail.com

<sup>2</sup> Professora de Direito Civil do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

## **GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: Barriga de Aluguel e seus contornos civis.**

Juliana Barbosa Gomes<sup>3</sup>

### **RESUMO**

Aborda-se a reprodução assistida como um avanço médico-científico que tem como objetivo dar às mulheres inférteis ou estéreis a dádiva de procriação, respeitando a Constituição Federal e o Princípio dignidade da pessoa humana. Tais técnicas provocaram uma revolução na sociedade moderna, principalmente quanto à filiação. A inexistência de legislação específica no Brasil, é um grande atraso no que se refere ao tema em questão. Tendo em vista que a única norma que é capaz de regulamentar tal assunto, é a Resolução n.º 1.957/10, do Código de Ética Médica, que nos permite resolver questões formais sobre tais técnicas, ficando a justiça encarregada resolver casos de análise de paternidade e maternidade através do DNA do bebê e do Direito Comparado.

**Palavras chave:** Reprodução Assistida. Infertilidade ou esterilidade. Gestação por substituição. Necessidade de regulamentação. Direito Comparado

### **PREGNANCY BY SUBSTITUTION: Surrogacy and its boundaries civilians**

### **ABSTRACT**

Approaches to assisted reproduction as an advance medical science that aims to give women infertile or sterile the gift of procreation, respecting the Constitution and the principle of human dignity. Such techniques have caused a revolution in modern society, especially regarding membership. The absence of specific legislation in Brazil is a large backlog with regard to the issue at hand. Considering that the only standard that is capable of regulating this matter, is the Resolution no. 1.957/10, of the Code of Medical Ethics, which allows us to resolve questions about such formal techniques, leaving the Justice in charge of resolving cases analysis parenthood through DNA baby and Comparative Law.

**Keywords:** Assisted Reproduction. Infertility or sterility. Pregnancy by substitution. Need for regulation. Comparative Law

---

<sup>3</sup> Estudante de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.  
E-mail: eu.jugomes@hotmail.com

## 1 - Introdução

O presente trabalho pretende analisar a evolução da reprodução diante das novas tecnologias reprodutivas. Abordaremos os conceitos de técnicas de reprodução assistida, focando principalmente na análise dos aspectos relativos à gestação por substituição, mas popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, desempenhada no procedimento médico conhecido como fecundação *in vitro*.

As técnicas de reprodução assistida, tem como objetivo dar a um casal estéril a oportunidade de ter um filho utilizando-se de seus materiais genéticos reprodutivos ou dos gametas de terceiros. A técnica de gestação por substituição ocorre quando o óvulo da mãe biológica ou de aluguel é colhido e fecundado ao sêmen do marido da mãe biológica, com sua expressa autorização. Assim, após a fecundação, o embrião será colocado na barriga da mãe gestacional, que dará continuidade a gestação pretendida, ficando a mãe de aluguel encarregada de entregar o bebê aos pais biológicos no momento do seu nascimento.

As técnicas de reprodução assistida têm como objetivo, sanar um problema real que é a esterilidade e a infertilidade, por esse motivo, a medicina estudou maneiras de reprodução para mulheres que não têm útero, ou por alguma razão de natural, não têm a possibilidade de gerar um bebê.

Em contrapartida, a realidade da reprodução assistida não é muito bem vista pela maioria da sociedade. Sejam por questões sociais de filiação, questões religiosas, morais ou até questões judiciais.

A verdade é que tal prática, mesmo com a discriminação por parte de algumas pessoas, vem ganhando força, por ser uma maneira de realizar um desejo tão importante para as famílias, que é o nascimento de um filho, com seu DNA ou não.

E desde o nascimento do primeiro bebê de proveta, na Inglaterra, as discussões vêm sendo cada vez mais comum a utilização das técnicas de reprodução assistida. Porém, nem sempre são usadas da maneira correta, não é difícil encontramos sites de aluguel de barriga na internet, anúncios nos jornais descrevendo contratos de reprodução. Por esse motivo, diante dos avanços científicos das práticas de reprodução assistida e dos abusos cometidos e publicados nos veículos de comunicação, é de grande importância a regulamentação do tema

em questão, criando normas próprias que formalizem o procedimento e penalizem as pessoas que desempenharem as técnicas de forma incorreta.

Questões como: a quem é devida a filiação do bebê gerado por uma barriga de aluguel? É devida a adoção do bebê por um casal que tenha afeto pela criança, quando a mãe biológica e a mãe de aluguel não querem cumprir com as suas obrigações? Tais questões são de total relevância diante do cenário atual e, infelizmente, são questões ainda sem resposta concreta devido a não regulamentação do tema no sistema jurídico brasileiro.

Por esse motivo, iremos ressaltar a necessidade da criação de uma lei própria, no Brasil, que regule o tema em questão, visto que sem ela ficamos sempre sujeitos a utilização do Direito comparado, bem como do resultado do teste de DNA da mãe biológica, gestacional e da criança.

São esses e outros pontos que iremos analisar ao longo da apresentação do presente artigo. Tendo em vista que o tema em análise é bastante polêmico e cheio de lacunas, pretendemos destrinchar cada ponto que necessita de regulamentação, para que alcancemos um entendimento comum, de acordo com as bases legais, morais e sociais.

As mulheres, em regra, quando se casam e chegam a uma certa idade, desejam ter filhos, aumentar a família, deixar descendentes. Porém, se esta for acometida por alguma limitação que a impossibilite de gerar uma criança, ainda há dois caminhos que podem tornar o seu sonho de ser mãe, em realidade, são eles: a adoção ou a utilização de técnicas de reprodução assistida.

A adoção é regulamentada por lei, bastando que os pais preencham os requisitos legais (adotantes maiores de 21 anos, independente do estado civil, que possuam capacidade e legitimação para adotar), e que a criança esteja abandonada ou, de alguma maneira, esteja necessitando de carinho e afeto, para que o casal interessado possa adotar a criança.

Já o instituto da reprodução assistida, não tem lei própria que o regule, e conforme adverte Tycho Brahe Fernandes (2000, p. 62), “a dúvida que assombra o momento atual da evolução das técnicas de reprodução assistida é saber se esse desejo tem cunho de direito, ou é algo que lhe seja garantido por lei”.

Não há, na nossa Constituição Federal, dispositivo que regule sobre o direito de procriar. Porém, é dever do Estado proporcionar os recursos necessários para a educação e informação sobre os métodos existentes e sua eficácia. Assim, dispõe o artigo 226 da Carta Magna:

Art. 226, § 7º da CF. 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. (BRASIL, 1988)

Nesse dispositivo, a Constituição Federal instituiu ao patamar da dignidade humana, a satisfação e o exercício do direito ao planejamento familiar, a ser assegurado pelo Estado.

O planejamento familiar pressupõe a existência de uma família, por isso, não obstante, o Art. 2º da Lei 9263/96, considera planejamento familiar, assegurado pelo Estado, o conjunto de ações de regulação de fecundidade.

Art. 2º da Lei 9.263/96 - Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação de fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem e pelo casal. (BRASIL, 1996)

Dessa maneira, de acordo com tais dispositivos, faz-se concluir que o Estado tem o dever de assegurar medidas mais eficazes e seguras de reprodução assistida bem como regulamentar uma legislação própria que discipline cada caso.

Outro fundamento que autoriza as técnicas de reprodução assistida é o Princípio da Legalidade. Visto que o direito de ter filho não pode ser vedado, tendo em vista que, tudo o que não é proibido é permitido, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal). Assim, é de se afirmar que no ordenamento jurídico não há qualquer barreira ou impedimento para a concepção artificial, necessário apenas o consentimento da mulher, e se casada, de seu marido ou companheiro. Devendo-se respeitar, em todos os momentos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto relevante, ainda de acordo com os Princípios Fundamentais, é o da Igualdade, é que não deve haver discriminação entre mulheres férteis e inférteis, o direito de fundar família e de procriar é inerente à mulher que deseja ter filhos, ressalvado os direitos da criança.

Porém, mesmo com tais dispositivos e princípios que autorizam a utilização das técnicas de reprodução assistida, não há lei, no ordenamento jurídico brasileiro que regule tal prática de forma satisfatória. Não há previsões jurídicas para cada caso concreto, para casos de crime contra a vida do embrião, ao material genético coletado ou a vida da mãe de aluguel, por exemplo. Somente se tem notícia de que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2.855, de 1997, de autoria do deputado Confúcio Moura, o qual regulamenta a utilização das técnicas de procriação artificial. Mas que nada foi efetivamente regulamentado.

Com a ausência de regulamentação, todos os procedimentos de reprodução assistida são feitos com base na Resolução nº 1.957/10, do Código de Ética Médica (anexo), como já foi dito anteriormente.

### 3 - Evolução da reprodução humana.

Há tempos atrás, entendíamos como filho, aquela criança gerada por um casal casado, pai e mãe, pelas vias naturais do ato sexual. Contudo, com a modernização dos tempos, não se pode mais ter total certeza de que um filho realmente nasceu do ventre da sua mãe ou que esse filho tem o mesmo DNA de seus pais.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, consagrou-se a igualdade de direitos entre os filhos chamados legítimos, originados da forma tradicional na constância do casamento, e os havidos de diversas formas de concepção, sejam elas biológicas ou não. A Constituição Federal de 2002 veio retificar o que já havia sido descrito na Constituição anterior, asseverando somente que as presunções de paternidade e maternidade se incluem também, na idéia de união estável.

Porém, muito se sabe que há complicações que tornam esse momento da maternidade mais difícil ou até impossível para algumas mulheres, devido à esterilidade ou infertilidade. Tal condição, antigamente, era irremediável, tornando as famílias menores por não possuírem descendentes ou então sujeitas a condição da adoção de uma criança para que esse vazio fosse preenchido.

No entanto, a ciência foi desenvolvendo novas técnicas de reprodução humana que tornaram possíveis a obtenção de filhos por casais com problemas de reprodução. Objetivando sanar ou amenizar tais problemas, a ciência desenvolveu a chamada reprodução humana assistida

A reprodução humana assistida é um conjunto de artifícios que visa unir os gametas feminino e masculino, formando assim um pré-embrião que, posteriormente, nascendo com vida, dará origem a um ser humano. Essa técnica pode ser desenvolvida de várias formas, utilizando-se apenas medicamentos para estimular a ovulação ou com a utilização de técnicas com manuseio de gametas como a fertilização *in vitro* e a fertilização *in vivo* (inseminação artificial).

Segundo Maria Helena Diniz “A coleta de material genético e a sua utilização dependerá da anuência expressa dos interessados, ligados pelo matrimônio ou união estável, uma vez que têm propriedade das partes destacadas de seu corpo, como sêmen e o óvulo (...).” Assim como disciplina a Resolução do CFM, de 1992, a seguir:

O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil. (BRASIL, 1992).

#### 4 - Técnicas de Reprodução Assistida

A fertilização *in vitro*, se dá com a retirada do óvulo para fecundá-lo com o sêmen do marido ou de outro homem na proveta, fora do corpo da mulher. Após a realização da fecundação do óvulo com o espermatozóide, o embrião é introduzido no útero da mãe ou de outra mulher. Esse tipo de técnica pode ocorrer de forma homóloga ou de forma heteróloga.

A fertilização homóloga é a primeira opção de inseminação para os casais inférteis, porque utiliza-se o sêmen do marido e o óvulo da esposa. Essa técnica se resume na coleta de material genético reprodutor do casal, para posterior fecundação em um útero saudável.

Já a fecundação heteróloga é quando se utiliza da ajuda de terceiras pessoas. Esse procedimento consiste na coleta de material genético reprodutivo feminino ou masculino, ou ambos dos doadores, para ser fecundado com o material genético de um terceiro doador. Tal modalidade é utilizada em último caso, visto que pode trazer transtornos morais, jurídicos e psicológicos a relação família no futuro.

Nesse tipo de procedimento, quinze óvulos são fecundados, em média, e desses quinze serão escolhidos e implantados no útero na mulher três ou quatro para que não haja complicações ou engravidamento múltiplo. O restante dos óvulos deverão ser congelados para um futuro implante, pois segundo a Resolução n.º 1.358/92 é proibido o descarte de pré-

embriões, se tal Resolução for desrespeitada, poderá ensejar processo e pena administrativa do médico responsável.

No entanto, não basta apenas o encontro do espermatozóide com o óvulo, deve haver a fixação do pré-embrião (zigoto) na parede uterina. A partir desse momento, o pré-embrião passa a ser um embrião, nascituro, e por esse motivo passa a ter proteção jurídica, como nascituro.

A fertilização *in vivo* ocorre quando o gameta masculino é inserido no aparelho genital feminino, ocorrendo assim a fecundação dentro do corpo da mulher. Não havendo, nesse tipo de fertilização, a manipulação de gametas externamente.

## 5 - Gestação por substituição

A gestação por substituição, ocorre quando uma mulher cede seu útero para que ali seja gerado um filho, inseminado com os gametas de terceiros, a quem a criança deve ser entregue no momento do nascimento.

Esse tipo de técnica só é possível quando a mulher interessada na maternidade não possui condições biológicas para a gestação, quando o estado do útero materno da doadora dos óvulos não permite o desenvolvimento normal do embrião fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe. Tais anormalidades devem ser comprovadas.

Essa prática também possui outras nomenclaturas tais como gestação por subrogação, gestação por outrem, gestação por substituição e mais popular, barriga de aluguel. Porém, segundo o CRM, só as denominações “por substituição” e “por subrogação” são adequadas para a técnica em questão. Pois as outras duas nomenclaturas remetem a disposição onerosa do corpo humano, que é crime.

No Brasil, diante da inexistência de regras jurídicas que disciplinem o caso, temos como base as orientações do Conselho Regional de Medicina, que em sua Resolução 1.957/10 que trata de algumas limitações para utilização da técnica em questão.

De acordo com a CRM, a gestação por substituição só pode ser realizada em mulher que seja parente até segundo grau da fornecedora do óvulo fecundado. Porém, em casos em que não houver parentes disponíveis para ser doadora do útero, pode-se utilizar mulher estranha, desde que haja prévia autorização do CRM. Não é permitido, também, a utilização de úteros de terceiras com finalidade lucrativa ou comercial. Conforme se pode verificar nos dispositivos, da Resolução 1.957/10:

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

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

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (BRASIL, 2010)

Diante desse quadro, podemos ter inúmeras situações que, por falta de regulamentação, não saberemos lidar com exatidão. Por haver duas mães gerando um mesmo filho. Pode não nos parecer justo que se dê a guardada do filho para uma mãe que cedeu o material genético, mas não carregou o bebê durante os nove meses de gestação, não sofreu com as oscilações de humor e com as limitações decorrentes da gravidez. Como também pode não parecer justo que o juiz de ganho de causa a mãe de aluguel, que não teve a intenção inicial de gestar a criança, que pode ter passado por inúmeras situações, mas que naquele caso serviu apenas como hospedeira, concordando em apenas gestar e depois entregar o bebê aos pais biológicos.

É verdade que se deve analisar caso a caso, devido às suas peculiaridades, mas se houvesse uma legislação própria sobre o assunto, as decisões a esse respeito seriam mais iguais e mais comuns, não sendo necessário utilizar o direito comparado.

### 5.1. Conflitos quanto à filiação

Antigamente, não havia dúvida qual a maternidade de uma criança (*mater semper certa est*), visto que mãe era aquela que gestava e dava à luz a criança porque era impossível

fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa. Contudo, diante da modernidade das técnicas de reprodução assistida, fica impossível afirmar com total certeza se a criança gerada pelo ventre de tal mulher é realmente seu filho. Por tal ocasião, fez-se necessário impor novos critérios a afirmação de maternidade.

Nos dias de hoje, segundo a doutrina e a jurisprudência, podemos investir o direito a filiação, não só os pais biológicos, com também os pais afetivos, definidos como filiação socioafetiva. Ou seja, a filiação não se define apenas pelos laços biológicos entre o bebê e os pais, mais sim pelos laços de carinho e afeto, de vontade de ser pai e mãe, dando a criança, condições dignas sobrevivência. Podendo, portanto, definir filiação do bebê, tanto pelo aspecto biológico quanto pelo aspecto socioafetivo, levando-se em consideração sempre o melhor interesse da criança. Explica Maria Berenice Dias:

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais se buscar exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozóide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.” (DIAS, 2007. p. 321)

Nos casos de gestação por substituição, o bebê terá a mãe biológica, a mãe gestacional e a mãe socioafetiva. Quando tudo ocorre como planejado, o bebê fica aos cuidados da mãe biológica, pois, conforme aduz José Roberto Moreira Filho, a nossa doutrina entende que a mãe de substituição é apenas a hospedeira daquele ser gerado sem a contribuição de suas células germinativas e que se engravidou apenas para ajudar na concepção do filho de outrem.

Porém, esses tipos de reprodução estão sujeitos a conflitos quanto a filiação do bebê. Podem ocorrer casos em que mãe de aluguel não querer entregar o bebê para a mãe ou os pais genéticos desistem de receber o filho quando ele nasce. Tais casos levam a necessidade de inicialmente, atribuir-se a guarda da criança a uma terceira pessoa, enquanto aguarda-se a decisão judicial da maternidade.

Segundo José Roberto Moreira Filho:

Se a mulher casada, realizar uma fertilização artificial com o sêmen do doador e sem o consentimento do marido, a paternidade poderá deixar de ser imputada ao marido e constituirá até mesmo causa da dissolução do vínculo matrimonial e de ação negatória de paternidade cumulada com anulação do registro de nascimento, se houver sido feita enganadamente. (BRASIL, 2002)

E, nos casos em que a mulher se utilizar das técnicas de reprodução assistida para formar uma família monoparental, não poderá atribuir ao doador do sêmen qualquer vínculo de filiação. Conforme aduz José Roberto Moreira Filho:

Nesses casos não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação. Ainda que não exista lei específica, por analogia usamos o instituto da adoção em relação à doação do sêmen. A criança somente será registrada em nome da mãe, mas poderá no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo genético de filiação biológica. Isto, porém, não acarreta ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, uma vez que, ao doar seu sêmen ele abdica voluntariamente de sua paternidade, da mesma forma que o faz quem entrega uma criança para adoção ou quem perde o poder-familiar.

## 6 – Direito Comparado

Apesar do Brasil não possuir legislação própria sobre o assunto em questão, vários países já possuem dispositivos legais regulamentadores e coercitivos acerca do tema, relacionando-se não só com o direito civil, mas também com os direitos administrativo e criminal.

Na Alemanha, a gestação por substituição é vedada em razão da Lei de Proteção aos Embriões, que, em seu art. 1º, que enquadra com crime a conduta da mulher que ceder seu ventre para abrigar filhos de outrem. Podendo a pena para tal delito ser de multa a até 3 anos de prisão.

O Direito Espanhol considera ilícito todo o contrato gestação em que a mulher renunciem o seu filho em favor de terceiro, considerando que tal prática é entendida como comércio. Por esse motivo o contrato estará sujeito a anulação com base nos artigos 1305 e 1306, c.c. artigos 1271 e 1275, todos do Código Civil espanhol.

Nos Códigos Civis Francês e Português e em suas leis específicas, existem expressa vedação sobre reprodução humana assistida.

No Direito norte-americano, após inúmeros julgamentos sobre o assunto em questão, os Estados constituíram comissão para estudar e apresentar sugestões sobre a técnica da maternidade de substituição, com isso foi reconhecida a constitucionalidade de tal prática, entendendo que a gestação por substituição só pode ser utilizada em casais inférteis e não por mera conveniência dos pais.

E no direito Inglês, após o *Surrogacy Arrangements Act*, de 1995, a prática da gestação por substituição foi proibida de forma remunerada, prevendo sanções para aqueles que descumpram a norma. Contudo, sem legislação em contrário, permitiu a utilização de tal técnica quando realizada sem qualquer remuneração.

Porém, na Índia, mesmo não tendo uma regulamentação a cerca do assunto, de acordo com Conselho de Pesquisa Médica, é permitida gestação por substituição, bem como acordos financeiros para gestar filhos alheios.

Então, diante da inexistência de normas brasileiras que regulamentem determinados casos específicos, pode-se utilizar o direito comparado, utilizando-se normas regulamentadas e específicas de outros países

## 7 – Divergências doutrinárias

Segundo José Roberto Moreira Filho (BRASIL, 2002) solução dos impasses relativos à disputa ou imposição da maternidade deve variar em cada caso concreto diante das peculiaridades levantadas; mas a tendência é a de que o julgador deve sempre ter em mente quem primeiro externou a vontade relativa à inseminação e, também, o melhor interesse da criança.

Em um caso sobre direito de filiação, os pais biológicos, Hélio Ferreira da Cunha Júnior e Sandra Regina Locatelli, requereram a filiação do bebê, gerado com a utilização de gestação por substituição juntando uma declaração da doadora do útero, informando que esta não tinha a pretensão de assumir a maternidade da criança assim gerada. Conforme, Ementa do **PARECER Nº 82/2010 do PROCESSO Nº 2009/104323:**

EMENTA: REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS - Assento de nascimento - Filha gerada mediante fertilização in vitro e posterior inseminação, artificial, com implantação do embrião em mulher distinta daquela que forneceu o material genético - Pretensão de reconhecimento da paternidade pelos fornecedores dos materiais genéticos (óvulo e espermatozóide) - Cedente do óvulo impossibilitada de gestar, em razão de alterações anatômicas - "Cedente do útero", por sua vez, que o fez com a exclusiva finalidade de permitir o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem intenção de assumir a maternidade - Confirmação, pelo médico responsável, da origem dos materiais genéticos e, portanto, da paternidade biológica em favor dos recorridos - Indicação da presença dos requisitos previstos na Resolução nº1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, em razão das declarações apresentadas pelos interessados antes da fertilização e inseminação artificiais - Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos - Recurso não provido. (BRASIL, 2010)

No caso acima, o MPSP interpôs o recurso, discordando com decisão do MM. Juiz, alegando que a maternidade é presumida pela gestação, sendo mãe aquela que pariu a criança. E que o contrato de reprodução assistida firmado entre as partes, não supera o princípio da maternidade certa pela gestação e parto. Assevera ainda, que no caso em tela, não há segurança jurídica da origem dos materiais genéticos que resultaram na fertilização artificial, para o que seria necessária a produção de exame de confronto do DNA da criança com os dos requerentes.

Porém, o MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria, decide pelo não provimento do recurso, tendo como fundamento, a idéia de que prevalece a paternidade biológica dos pais que doaram o material genético fecundado para a inseminação artificial, matéria de tal discussão.

Diante desse caso concreto, podemos notar a real necessidade da regulamentação de uma lei própria, que discipline os casos de reprodução assistida. É bem verdade que a decisão depende de cada caso concreto, mas muitas vezes, a divergência vai de doutrinador para doutrinador.

Segundo Paulo Lôbo, seguindo linha não dissonante, diz que:

O Brasil, ao lado maioria dos países, não acolheu o uso instrumental do útero alheio, sem vínculo de filiação (popularmente conhecido como "barriga de aluguel"). Com a natureza de norma ética, dirigida à conduta profissional dos médicos, a Resolução n. 1.358, de 1992, do Conselho Federal de Medicina, admite a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde

que a cedente seja parente colateral até o segundo grau da mãe genética. (Direito Civil: famílias, 2008, São Paulo: Saraiva, págs. 199/200)

E segue esclarecendo que o § 1.591 do Código Civil alemão, com a redação dada por lei de 1997, prevê que a maternidade da mãe parturiente "não pode ser anulada por falta de ascendência genética, nem desafiada por ação de investigação de maternidade" (obra citada, pág. 200).

Rolf Madaleno, sobre o tema, assim se posiciona:

Define a maternidade pelo parto e esta é a orientação que tem prevalecido de ser mãe aquela que dá à luz a criança, sendo negados efeitos jurídicos aos contratos de gestação substituta e que a quase totalidade dos países consideram inclusive um ilícito penal. (Curso de Direito de Família, 2008, Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., págs. 395/396).

Os doutrinadores Paulo Lôbo Saraiva e Rolf Madaleno, entendem que a maternidade se define no momento do parto, visto que mãe é quem dá a luz a criança. Em contra partida, o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, entende que a maternidade se define pelos materiais genéticos, ou seja, é considerada mãe aquela mulher que cedeu seu material genético reprodutivo já fecundado, tenho a mãe de aluguel somente gestado o bebê que é da mãe e do pai biológico. Conforme aduz:

"Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa"(Direito Civil: direito de família, 2007, São Paulo: Atlas, 7ª ed., pág. 224)."

Diante do mesmo tema, temos mais uma opinião divergente. O doutrinador Luiz Edson Fachin, entende que diante de tão questão têm que se levar em consideração a relação socioafetiva dos pais biológicos e gestacionais em relação à criança. Conforme se pode observar abaixo:

"O avanço da técnica médica presta relevantes serviços aos fins do Direito de Família. Sem embargo, a plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame em DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, da verdade socioafetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação.

De outra parte, verifica-se que a procriação artificial tem a finalidade de possibilitar a geração de um descendente de sangue. Neste aspecto, também aqui surge o problema da valoração da verdade socioafetiva.

No vazio legislativo ordinário, contempla a temática na perspectiva da inseminação artificial a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina. Das "Normas Éticas para a Reprodução Assistida" daquela Resolução emergem algumas características: 1) A reprodução assistida é "subsidiária"; 2) Toda manipulação genética deve evitar a seleção da espécie, princípio fundamental para evitar a eugenia; 3) A mulher, para submeter-se à reprodução assistida, deve ser casada ou manter união estável; 4) A Resolução prevê a gestação por substituição, desde que seja com pessoa da família, parentes de segundo grau. Assim, em tese, estaria vedada a contratação de terceiro para realizar a gestação por substituição.

Em suma, parentesco e benemerência, gratuidade e impossibilidade da reprodução pelas vias normais equilibram esse regime de "doação gratuita e temporária" do útero".

Compartilha da mesma opinião, o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama, afirmando que deve-se prevalecer a vontade volitiva que se revela em prol dos interesses da criança, como podemos observar abaixo:

No Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais relativamente à maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a licitude da prática da maternidade-de-substituição, conforme foi analisado, mesmo na modalidade gratuita. Contudo, em havendo a prática - mesmo que de forma ilícita -, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema. Quanto à paternidade,

maternidade e filiação originárias, no entanto, é oportuno observar o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvidos a respeito da vontade como principal pressuposto para o estabelecimento dos vínculos, em substituição à relação sexual, já que também na maternidade-de-substituição - como prática associada às técnicas de procriação assistida - não há que se cogitar na conjunção carnal para o fim de permitir a concepção e o início da gravidez da mulher gestante. (O Biodireito e as Relações Parentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 862/863).

Na minha opinião, em casos de conflitos de filiação onde há negação de maternidade, ou seja, quando a mãe biológica não deseja mais ficar com o bebê e a mãe gestacional não quer ou não possui condições para a criação do bebê, esta criança deve ficar com um terceiro, que tenha pela criança alguma relação de afeto e cuidado, que possa proporcionar a criança uma vida confortável e afetuosa.

E nos casos em que as duas mães (biológica e gestacional) querem ficar com o bebê, a justiça deve decidir que a criança tem que ficar com a mãe biológica, visto que ela forneceu o material genético e idealizou toda essa gestação, e só não pode realizá-la por alguns fatores alheios a sua vontade. Tendo em vista que a mãe gestacional sido apenas hospedeira do embrião de outrem. E também por, na maioria dos casos, a mãe gestacional abrir mão do bebê no momento da realização do contrato de gestação por substituição.

## 8 - Conclusão

Como pudemos ver, as inovações na medicina científica, como as novas tecnologias reprodutivas revolucionaram a sociedade, e são, até hoje motivos de discussão por causa das diversas opiniões quanto a sua utilização.

As discussões entre os doutrinadores e legisladores deixam a sociedade ainda mais confusa, pois cada um aponta sua opinião como correta, seja pela utilização ou não das técnicas de reprodução assistida, seja pela maternidade da mãe biológica ou da mãe afetiva.

A verdade é que esse avanço foi de suma importância para a sociedade atual, proporcionando aos casais inférteis ou com qualquer outro problema de reprodução, a oportunidade de realizar um sonho, que é ter uma família, com filhos seus, com o seu DNA.

Infelizmente, assim como acontece com o Direito do Trabalho, as inovações aconteceram rápido demais e a legislação não foi capaz de acompanhar esses avanços. Deixando uma lacuna imensa nesses casos, fazendo a justiça julgar com base no direito comparado e no princípio da dignidade humana.

O biodireito e a bioética vem ganhando cada vez mais força no cenário jurídico atual, pois vêm se tornando realidade os que antes não se acreditava, como clones, reprodução de filhos com mães diferentes e até mesmo filhos biológicos envolvendo casais homoafetivos. E isso só aumenta o questionamento da sociedade acerca do que fazer com tais casos. Por esse motivo, reitero aqui, a urgência na regulamentação de normas no direito brasileiro que disciplinem não só os casos de gestação por substituição como também todos os outros casos envolvendo reprodução assistida e biodireito.

## REFERÊNCIAS:

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética**. 3. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2003

WALD, Aronoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as Relações Parentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BRASIL, CRM. **RESOLUÇÃO CRM Nº 1.358, DE 1992**. Disciplina a gestação por substituição. São Paulo, SP. 1992. Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm) Acesso em 03. Mai 2012.

BRASIL, CFM. **RESOLUÇÃO CFM 1.957/2010**. Revogou a [Resolução CFM nº 1.358/92](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Brasília, DF. 2010. Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acesso em 03. Mai 2012.

BRASIL, **PARECER Nº 82/2010** e **PROCESSO Nº 2009/104323**. São Paulo, SP. 2010. Disponível em <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgi-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323>>. Acesso em 10. Jul, 2012

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Brasília, DF. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 03. Mai, 2012.

SOUZA, Marize da 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/RJ. v. 13, n. 50, p. 344 – 363, jul. 2010.

LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. 2001. 46 f. Artigo (Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social) - **Universidade Federal do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2001.

MENDES, Christine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução mediante assistida na fertilização in vitro heteróloga**. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

MARTINS, Flávio Alves (Coord.). **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6607&revista\\_caderno=6](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6). Acesso em: 10 jul. 2012

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2588/conflitos-juridicos-da-reproducao-humana-assistida#ixzz20uPsv9Pn>. Acesso em: 11 jul. 2012

# CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

## RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010

(Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79)

A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

**CONSIDERANDO** a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

**CONSIDERANDO** que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

**CONSIDERANDO** que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

**CONSIDERANDO** a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

**CONSIDERANDO**, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

### RESOLVE

**Art. 1º** - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

**Art. 2º** Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010

**ROBERTO LUIZ D'AVILA**

Presidente

**HENRIQUE BATISTA E SILVA**

Secretário-geral

## **ANEXO ÚNICO DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/10**

### **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

#### **I - PRINCÍPIOS GERAIS**

**1** - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

**2** - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

**3** - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

**4** - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

**5** - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

**6** - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

**7** - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

## **II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA**

**1** - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

## **III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA**

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

**1** - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

**2** - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.

**3** - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

## **IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

**1** - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

**2** - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

**3** - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em

situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

**4** - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

**5** - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

**6** - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

**7** - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

## **V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

**1** - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.

**2** - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

**3** - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

## **VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES**

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

**1** - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

**2** - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

**3** - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

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

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

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

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

## **VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM**

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.