

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: SITUAÇÃO FÁTICA E LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

SURROGACY IN THE INFORMATION SOCIETY: FACTUAL AND A LEGAL SITUATION IN BRAZILIAN LAW

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti*
Germano Schwartz**

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é analisar a situação fática e legal da gestação de substituição no Brasil. A gestação de substituição é mecanismo de reprodução humana artificial que possibilita a procriação para quem não pode, por motivos físicos e médicos, ter seus filhos de forma natural. A técnica tem sido utilizada cada vez mais, porém, a falta de legislação sobre o assunto causa situações de conflitos e incertezas. O procedimento utiliza terceira pessoa (*gestatriz*) para gestar um filho que não é seu e depende de vários requisitos impostos pelo Conselho Federal de Medicina, sendo a técnica somente admitida no Brasil se feita de forma gratuita e solidária. No aspecto jurídico, percebe-se que vários são os questionamentos, contudo, verificar-se-á que são questões de extrema importância a obrigatoriedade de os planos de saúde arcarem com os custos do tratamento como forma de respeito ao direito de planejamento familiar e direito à saúde e, também, a facilitação do registro de nascimento dos filhos nascidos por meio desta técnica, como forma de assegurar à família os direitos inerentes ao parentesco. Finalizando, percebe-se,

* Mestre e doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da graduação, pós-graduação e mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogada e membro da Comissão de Biotecnologia e Biodireito da OAB/SP. E-mail: E-mail aelwc@terra.com.br.

** Coordenador do mestrado em Direito do Unilasalle. Diretor executivo acadêmico da Escola de Direito e professor do mestrado em Direito e Sociedade da Informação na Escola de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Secretário do Research Committee on Sociology of Law (RCSL) da International Sociological Association (ISA). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq (Nível 2). E-mail: germano.schwartz@unilasalle.edu.br.

ainda, que a sociedade da informação tem importância significativa na divulgação e incentivo ao uso da técnica da gestação de substituição.

Palavras-chave: Direito brasileiro; Gestação de substituição; Planejamento familiar; Sociedade da Informação.

ABSTRACT

The objective of the present research is to analyze the legal and factual situation of the Surrogacy in Brazil. Surrogacy is an artificial human reproduction mechanism that enables procreation for those who cannot, for physical and medical reasons, have their children naturally. The technique has been used more and more, but the lack of legislation on the subject causes situations of conflicts and uncertainties. The procedure uses third person (*gestatriz*) to gestate a child that is not his and depends on several requirements imposed by the Federal Council of Medicine, being the technique only admitted in Brazil if made free of charge and in solidarity. On the legal side, it is noticed that several are the questions, however, it will be verified that it is extremely important issues the obligation of the Health Plans to bear the costs of the treatment as a form of respect for the right to family planning and right to health and also the facilitation of birth registration of children born through this technique, as a way of assuring the family the inherent rights of kinship. Finally, it can be seen that the information society has significant importance in the dissemination and incentive to use the technique of surrogacy.

Keywords: Brazilian law surrogacy; Family planning; Information Society.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é oferecer uma visão jurídica e fática a respeito da gestação de substituição no Brasil, demonstrando que a ausência de legislação específica sobre o assunto possibilita que questões éticas e jurídicas sejam levantadas.

As modificações tecnológicas modernas, o progresso da ciência e o uso de biotecnologias, em especial, das tecnologias ligadas à genética humana, permitem que a procriação humana pudesse acontecer sem o contato físico. A técnica da reprodução artificial pela “proveta” é, hoje, a saída para que muitos casais ou mesmo pessoas solteiras possam procriar e planejar sua família.

O fato de alguém não conseguir ter seus filhos naturalmente e ter a disposição técnica que possibilitem atingir o desejo de ser mãe ou pai é, sem dúvida nenhuma, uma questão atual e que atinge outras sociedades, além da brasileira. Muitos países já se posicionaram sobre a questão da gestação de substituição. Alguns simplesmente vedam, outros ainda estão silentes e, em outra direção, alguns permitem não só a forma gratuita, mas também a forma onerosa da gestação de substituição.

No Brasil, não existe ainda legislação específica regulamentando a reprodução assistida e, da mesma forma, não temos legislação que regulamente a gestação de substituição. O Conselho Federal de Medicina (CFM) determinou, contudo, por meio de resoluções, algumas normas deontológicas para que os profissionais da área da Medicina possam agir de forma ética e adequada aos ditames do Conselho. Nesse sentido, tem-se permitido no Brasil, seguindo-se orientação da nossa Constituição Federal, a gestação de substituição solidária, gratuita e, preferencialmente, entre pessoas com alguma relação de parentesco com o pai ou mãe biológicos. Está vedado no Brasil, portanto, o procedimento de “barriga de aluguel”, ou seja, da gestação de substituição onerosa, com finalidade econômica. A questão envolve o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar. Direitos reconhecidos pela legislação pátria vigente. Mas, não se pode dizer que, apesar de não ser permitida a gestação de substituição com caráter econômico, estas situações não ocorram.

O procedimento de reprodução humana assistida e, por consequência a gestação de substituição é cada vez mais rotineiro no Brasil.¹ Basta dizer que a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), em 14 de março de 2016, emitiu Provimento de n. 52 determinando que os Cartórios de Registro Civil do Brasil emitam a certidão de nascimento de filhos cujos pais optaram pela gestação de substituição, sem qualquer óbice. Ora, se o CNJ se preocupou com a questão, significa que não existe um ou outro caso de gestação de substituição. A verdade é que inúmeros casos chegaram ao Judiciário² para o reconhecimento de paternidade

¹ Não existe um número exato de quantos procedimentos de gestação de substituição são realizados por ano no Brasil. Contudo, segundo o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp), existem 106 clínicas de reprodução assistida no Brasil. Elas realizaram, em 2014, mais de 60 mil transferências de embriões em pacientes submetidas a técnicas de fertilização *in vitro*. Ao longo de 2014, foram registrados 27.871 ciclos de fertilização. Em 2013, foram mais de 52 mil transferências de embriões e aproximadamente 24 mil ciclos de fertilização. Em 2013, foram congelados 47.812 embriões nas clínicas de reprodução assistida. Desse total, 68% estão em bancos da região sudeste; 12% na região sul; 12% no nordeste e 8% no centro-oeste, sendo que na região norte o congelamento não chegou a 1%. Foram doados para pesquisa com células-tronco 1.110 embriões. Dados disponíveis em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=3790>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

² Em São Paulo podem ser citados como exemplos os seguintes julgados: Processo 1047574-08.2014.8.26.0100 (6ª Vara da Família e Sucessões do Fórum João Mendes) em que WFCN, HJ e KFM intentaram, em face do Hospital e Maternidade Pro Matre Paulista, ação de jurisdição voluntária com antecipação de tutela para que a Declaração de Nascido Vivo fosse emitida já em nome da mãe biológica que não foi responsável pelo nascimento do filho. Ainda em decisões favoráveis ao registro em nome dos pais biológicos, citam-se os processos TJSP 2009/00104323 de 19/03/2010, Juiz José Marcelo Tossi Silva, à época Juiz auxiliar da Corregedoria, em parecer aprovado pelo Des. Antonio Carlos Munhoz Soares, Corregedor Geral de Justiça e do Processo 1028191-10.2015.8.26.0100 – Pedido de providências – Registro Civil das Pessoas Naturais. Além disso, outras decisões sobre casos semelhantes podem ser encontradas, por exemplo, no Mato Grosso, em Ação reivindicatória de paternidade e maternidade

ou maternidade nos casos de gestação de substituição e, por conta disso, passou a ser necessária a uniformização dessas decisões judiciais, bem como o reconhecimento de que o registro de nascimento é um direito tanto da criança que nasce desta técnica como também dos genitores que a utilizam.

Apenas à guisa de informação, os Conselhos Regionais de Medicina têm permitido, com uma certa frequência, que procedimentos de gestação de substituição sejam realizados entre pessoas que não tenham qualquer vínculo de parentesco, desde que o procedimento seja gratuito e, portanto, solidário. O fato de vários casos serem levados ao Conselho para autorização demonstra a preocupação de alguns médicos e clínicas que trabalham com a Reprodução Humana Assistida, em fazer algo dentro da legalidade e dos conceitos éticos. Mas sabe-se, também, que acontecem muitos casos clandestinos. Nesse aspecto, a internet oferece ferramentas facilitadoras a pessoas que persigam seus objetivos, no caso, pagar pelo serviço de gestação de substituição. Com muita facilidade, encontram-se na internet redes sociais e sites destinados a esse fim,³ bem como informações e propagandas sobre a “barriga de aluguel”. Assim, o fato de não existir uma lei específica, no Brasil, sobre o assunto abre espaço para todas essas questões, que vão tomando vulto ainda maior com a atual sociedade informatizada e globalizada em que se vive.

No presente texto, serão abordados o conceito e a terminologia da gestação de substituição em seu primeiro item. Em seguida, na segunda parte, será abordado o direito à procriação, mesmo que na forma artificial, como direito à

com pedido de antecipação de tutela – sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara da Família e Sucessões de Cuiabá, Dr. Francisco Alexandre Ferreira Mendes Neto em julho de 2012 em ação reivindicatória de paternidade e maternidade (TJMT) entre R. D. A e T. R. S. D. A; no Paraná na Comarca de Passo Fundo, pelo Juiz da 2ª Vara Cível de Família e Sucessões – Dr. Luís Christiano Enger Aires em 13 de junho de 2014, no processo 021/1.14.0005837-8; em Pernambuco, onde foi reconhecida a dupla paternidade de dois homens que vivem em união homoafetiva e que se utilizaram da gestação de substituição pelo Juiz 1ª Vara da Família e Registro Civil da Comarca de Recife, Dr. Clicério Bezerra e Silva em 28 de fevereiro de 2012, por meio de ação para indicação de paternidade tendo por requerentes M. A. A. e W. A. A.; e, de Santa Catarina em decisão proferida pelo Juiz da Vara de Registros Públicos Dr. Gerson Cherem II, em 13 de agosto de 2010 e em 2014 pelo Juiz Luís Cláudio Broering em ação de reconhecimento de paternidade em relação a um casal homoafetivo.

³ O principal é o site <www.surrogatefinder.com>. Acesso em: 29 out. 2017. Ali se apresenta uma lista de brasileiras que se oferecem para doar óvulos ou para servirem de útero de substituição. Nessa lista consta a foto da mulher, sua idade, suas características físicas e suas informações educacionais e profissionais. Também é possível encontrar páginas no Facebook com perfis de pessoas que se oferecem para tal fim (www.facebook.com/barriga.de.aluguel). Acesso em: 29 out. 2017) e sites de classificados gratuitos que publicam anúncios de qualquer tipo. Fora do Brasil, são muitos os sites que trazem informações sobre o procedimento, os custos e a legislação a respeito da barriga de aluguel no exterior. Disponível em: <www.barrigadealuguelnobrasil.wordpress.com>; <www.tammuz.com/por/>; <www.surrogacysolutionsinc.com>. Acesso em: 29 out. 2017.

saúde e como forma de concretizar o direito ao planejamento familiar, devendo a técnica ser suportada pelo SUS e pelos planos de saúde. A terceira etapa destina-se a analisar a questão legal da gestação de substituição no Brasil. Complementando a questão jurídica, o item 4 é direcionado à análise do direito à maternidade e à questão do registro de nascimento nos casos de gestação de substituição. Por fim, o capítulo 5 traça um paralelo da questão fática do procedimento com a sociedade atual, a sociedade da informação e contemporânea e de que forma a nossa sociedade fomenta ou não o crescimento de situações à margem do Direito.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: CONCEITO E TERMINOLOGIA

A reprodução humana artificial consiste numa realidade que vem tomando espaço cada vez maior nas famílias modernas. Seja pelo fato de as partes envolvidas não terem condições físicas ou genéticas para terem seus filhos naturalmente, seja por conta das novas modalidades de família, que podem se formar por pessoas do mesmo sexo.⁴ Se antes a reprodução humana artificial era utilizada apenas para o caso de casais inférteis, estéreis⁵ ou com alguma dificuldade física para a reprodução natural, hoje, a técnica é utilizada não só por pessoas que se encontram nessas situações, mas também por quem se relaciona com pessoa do mesmo sexo. A técnica também tem sido utilizada cada vez mais por pessoas solteiras que desejam ter filhos sem constituir, necessariamente, uma relação familiar com outra pessoa, formando as chamadas famílias monoparentais (constituídas por um dos genitores ou ascendente e seus descendentes), conforme reconhece o art. 226, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a reprodução humana assistida (RHA) pode ser considerada como a intervenção médica no processo de procriação natural e divide-se em homóloga e heteróloga.⁶ A homóloga se caracteriza pela técnica que utiliza o material genético do próprio casal, enquanto a heteróloga é aquela que utiliza material genético de terceiro (seja por doação de sêmen, óvulo ou mesmo embrião já congelado).

Já a gestação de substituição denota uma situação peculiar na reprodução humana artificial e não se encaixa efetivamente na reprodução heteróloga e nem

⁴ Após julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277, em 2011, favorável ao reconhecimento, como união estável, das relações estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

⁵ Infertilidade e esterilidade não são sinônimos. *A esterilidade é a incapacidade para criar gametas e a infertilidade é a incapacidade para conceber*. MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. São Paulo: Grupo Gen. p. 522.

⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 16.

mesmo na homóloga. Isso porque, nesse caso, uma mulher gesta o filho biológico de outra mulher ou de outro casal. Assim, a mulher que está gestando a criança que nascerá dela não é a mãe biológica. Tal técnica somente foi possível com a evolução da medicina e com os conhecimentos da fertilização *in vitro*. Ou seja, para que a técnica seja viável, o profissional e técnico na área da reprodução humana assistida realizará a fertilização do embrião em laboratório (proveta), utilizando-se de material genético diverso da mulher que carregará o embrião em seu ventre. Portanto, primeiro, o embrião é fertilizado em laboratório e, somente depois, será transferido para o útero da mulher que será responsável pela gestação do embrião e do posterior nascimento. No caso, a mulher que dá à luz não é a mãe biológica e deverá entregar o recém-nascido à mãe biológica ou a quem terá direito de filiação.

Em relação à terminologia, importante ressaltar que o termo “barriga de aluguel”, como é mais conhecida a técnica, não é a mais apropriada para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que a utilização desse termo leva à ideia de onerosidade. Ou seja, utilizar o termo “barriga de aluguel” nos remete à possibilidade de alguém alugar a barriga, ou melhor, o útero, para gerar o filho de outrem mediante pagamento. No Brasil, não é permitida qualquer comercialização de parte do corpo humano (art. 199, § 4º, da CF).

Muitos foram os termos adotados até agora para descrever técnica, dentre elas: “doação temporária de útero”, “cessão temporária de útero”, “gestação de substituição”. O termo “doação temporária de útero” surgiu justamente para retirar o termo “aluguel” mostrando que, no território nacional, não é permitido o pagamento ou o aluguel do útero para gerar o filho de outrem. Porém, tecnicamente, o termo “doação” também não é o termo mais acertado, justamente porque, no contrato de doação, há a transferência gratuita de um bem, de uma pessoa para outra, de forma definitiva. E o mesmo acontece para o termo “cessão”. Realmente, nenhuma das terminologias apontadas é adequada. Ultimamente tem sido utilizado de forma mais frequente o termo “gestação de substituição”.

Em particular, acredita-se que esse seja, por ora, o termo mais adequado, levando-se em consideração que a terminologia indica que alguém está naquele momento substituindo outrem para a gestação. Entretanto, a única questão que poderia suscitar alguma discussão, nesse caso, é referir-se ao argumento de que o termo não indica a proibição da onerosidade. Entende-se desnecessário que tal informação conste da terminologia, mas, sim, de dispositivos legais e de normas que regulamentem a técnica.

No presente artigo, será utilizado o termo “gestação de substituição” para se referir à técnica em que uma mulher é responsável pela gestação de um embrião que não é compatível geneticamente com ela.

DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO DIREITO À SAÚDE.

O planejamento familiar é um direito de todo cidadão e está regulamentado na Lei n. 9.263 de 1996. O art. 226, § 7º da Constituição Federal expressamente reconhece o direito de uma pessoa ter ou não filhos, entendendo que se trata de decisão livre do indivíduo ou do casal, gerando, entretanto, a maternidade ou a paternidade responsável.⁷ A Lei n. 9.263 de 1996 conceitua planejamento familiar como sendo “o conjunto de ações para a regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento de prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. E ainda completa que “é proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico” (art. 2º, parágrafo único). Além disso, a mencionada lei, no seu art. 3º, reconhece que o planejamento familiar faz parte do atendimento global e integral à saúde. Assim, entendemos que o planejamento familiar no Brasil faz parte do direito à saúde e deve ser um direito do cidadão,⁸ seja no aspecto da saúde pública (Sistema Único de Saúde) como no da saúde complementar (planos e seguros de saúde).

A afirmação retrorreferida é deduzida do próprio plexo constitucional a respeito do direito à saúde. Nesse aspecto, saúde é promoção, prevenção e qualidade de vida.⁹ É cristalino que a gestação de substituição resta conectada ao aspecto promocional da saúde. Nessa mesma linha, o disposto no art. 198, combinado com seu artigo subsequente e com o art. 196, todos da Constituição Federal, deixam claro que cabe ao Sistema Único de Saúde – composto, também, pela saúde suplementar – proporcionar àqueles que necessitam o acesso à gestação de substituição.

As técnicas que permitem a reprodução humana assistida tiveram início substancial na década de 1970. Atualmente, diz-se que essas técnicas podem ser

⁷ Art. 226 § 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.”

⁸ Nesse sentido foi o entendimento da Apelação n. 0009908-342012.8.26.0302, cuja decisão foi proferida em 16 de abril de 2013 pelo Desembargador Piva Rodrigues do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Apelação n. 0106401-09.2012.8.26.0000, com teor exarado em 14 de agosto de 2012 pelo Desembargador Cesar Ciampolini, também do Tribunal de Justiça de São Paulo. Entendendo ser obrigatória a cobertura de procedimentos que busquem concretizar o planejamento familiar. No mesmo sentido, a Apelação de n. 032.2009.922.237-7, de decisão proferida em 25 de outubro de 2011 pela 5ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Ceará, que condenou a operadora do plano de saúde Hapvida Assistência Médica Ltda. a realizar procedimento de inseminação artificial em benefício de dois segurados.

⁹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 15-45.

de alta complexidade (fertilização *in vitro*) como de baixa complexidade (inseminação *in vivo*). E, além de questões éticas e econômicas, as técnicas de reprodução humana assistida, muitas vezes, geram nos casais fases e momentos de reflexão, discussão e decepções, sendo um procedimento complicado e penoso. Além de ser muito custoso economicamente,¹⁰ gera também um custo emocional. Nem sempre o casal engravida na primeira tentativa,¹¹ muitas vezes, na maioria, aliás, são necessárias várias tentativas para conseguir a gravidez, o que pode desgastar a harmonia do casal e, até mesmo, ocasionar abalos psicológicos em quem aposta todas as suas expectativas no procedimento, além dos efeitos colaterais que podem advir do uso de certos medicamentos com elevadas doses de hormônios.

Os questionamentos éticos e jurídicos decorrentes do uso das técnicas de reprodução humana assistida são muitos.¹² Não é raro encontrar alguém defendendo a tese de que o casal que, por algum motivo médico, não consegue gerar seu próprio filho, poderia resolver sua questão de planejamento familiar por meio da adoção.¹³ Para essa corrente, não existe direito à procriação artificial. Contudo, respeitando a posição de quem pensa dessa forma, entendemos que negar o direito a uma pessoa de utilizar técnicas de reprodução assistida, alegando que a pessoa pode utilizar-se da adoção para ter filhos, viola, em especial, o direito à intimidade, liberdade, direito à saúde e princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴ Uma pessoa deve ter o direito de optar, de forma consciente, se a adoção é a solução para o seu planejamento familiar ou se a reprodução assistida constitui o mecanismo mais adequado para a concretização dos seus direitos. Assim, a autonomia da vontade deve ser levada em consideração, mesmo porque não há proibição legal para o uso das técnicas de reprodução assistida no direito brasileiro.

¹⁰ Estima-se que, no Brasil (2016) um tratamento dessa natureza gire em torno de 10 a 20 mil reais.

¹¹ Estima-se que o sucesso da gravidez com as técnicas de Reprodução Assistida diminua com a idade da mulher. Em mulher de até 30 anos a taxa fica em torno dos 45%; acima de 30 até 35 anos, a taxa cai para 35%; de 35 a 40 anos, a probabilidade diminui para 25% a 30% e, acima de 40, a chance é de até 20%. PESSINI, Leo; BARICFONTAINE, Christina de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 398.

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995. p. 69.

¹³ De acordo com a Igreja Católica, a utilização de técnicas de reprodução artificial, em especial as heterólogas (uso de material genético de terceiros), é gravemente desonesta e moralmente inaceitável, uma vez que dissociam o ato sexual do ato procriador. Pode-se verificar tal posicionamento nas Instruções *Donum Vitae* de 1987 e *Dignitas Personae* de 2008 emitidas pelo próprio Vaticano e disponíveis no site <www.vatican.va/roma_curia/congregations/cfaith/documents>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁴ JORDANA, José Luiz Velásquez. Dignidade, direitos humanos e bioética. In. María Casado (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013. p. 115.

Sabe-se que, de acordo com dados da OMS, 8 a 15% da população mundial em idade fértil, tem dificuldades para gerar filhos.¹⁵ E como já se viu, de acordo com a legislação brasileira, ninguém, nem mesmo o Estado, pode interferir na vontade de as pessoas terem filhos, no número de filhos ou quando tê-los. No entanto, o Poder Público é encarregado pela informação adequada aos cidadãos a respeito de formas e de acesso aos meios, métodos e técnicas que possibilitem o planejamento familiar com responsabilidade (art. 4º da lei de planejamento familiar). E o direito ao planejamento familiar envolve tanto a informação em relação aos métodos contraceptivos como os métodos de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas envolvidas (art. 9º da lei de planejamento familiar), gerando, portanto, a possibilidade de acesso às técnicas que permitam a procriação, seja de forma natural, seja de forma assistida.¹⁶

Como o direito à procriação é uma decorrência do planejamento familiar e como o planejamento familiar é um direito garantidor também do direito à saúde, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria GM 426 de 22 de março de 2005, regulamentou a Política Nacional de Atenção Integral e Reprodução Humana Assistida. Na referida portaria, consta que o tratamento para infertilidade deve ser oferecido pelo SUS. Posteriormente, o mesmo Ministério determinou (Portaria n. 3.149 de 2012), a distribuição dos recursos financeiros, entre os Estados, para os tratamentos de infertilidade. Segundo consta,¹⁷ todavia, não são todas as capitais que possuem o serviço grátis. Entre os seguintes núcleos de atendimento favorecidos estão: o Hospital Pérola Byington em São Paulo, o Hospital da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), o Hospital das Clínicas de Porto Alegre, o Hospital Materno Infantil de Brasília, o Hospital Materno Infantil de Pernambuco (Imipe) em Recife e o Hospital Universitário de Ribeirão Preto – USP.

No âmbito da saúde suplementar, a lei de planos de saúde (Lei n. 9.656 de 1998) previu a exclusão de cobertura dos planos de saúde, os casos de inseminação artificial (art. 10 com redação dada pela Medida Provisória n. 2.177 de 2001). Em 2009, a Lei n. 11.935 acrescentou o art. 35-C à lei de planos de saúde, incluindo, no seu rol de cobertura, o planejamento familiar. Ocorre que, após modificação da Lei dos Planos de Saúde, com a inclusão do planeja-

¹⁵ De acordo com o site <www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹⁶ A Lei de Planejamento Familiar trata também da esterilização voluntária como forma de planejamento familiar e, estabelece os requisitos legais que permitem ao médico realizar a cirurgia de esterilização de homens e mulheres que não desejam ter mais filhos (art. 10).

¹⁷ Disponível em: <www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 12 maio 2016.

mento familiar, a Agência Nacional de Saúde (ANS) editou resoluções que expressamente excluíram a cobertura das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Foi assim com a Resolução Normativa n. 192 de 2009 e, posteriormente, com as Resoluções Normativas n. 211 de 2010 e n. 338 de 2013. Elas consideraram não fazer parte do planejamento familiar tais técnicas. Com isso, as empresas prestadoras de serviços de saúde complementar têm entendido que não cabe ao segurado requerer a cobertura das técnicas de reprodução humana assistida.

Afirmar, portanto, que a lei é silente sobre o assunto e que o rol de procedimentos obrigatórios para os planos de saúde é expresso e taxativo como quer fazer crer as empresas que oferecem esse serviço, não afasta a possibilidade de as partes interessadas verem seu direito resguardado em juízo. Certo é que o planejamento familiar está inserido expressamente na Lei n. 11.935 de 2009 e quem, de forma indevida, resolveu não considerar as técnicas de reprodução assistida foi a ANS que, por sua vez, interpretou de forma errônea o termo “planejamento familiar”.¹⁸ Indubitavelmente, o uso de técnicas de reprodução assistida é meio para se atingir e garantir o planejamento familiar, o direito à procriação e a realização plena do indivíduo, respeitando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹

Além disso, tanto a infertilidade masculina como a infertilidade feminina são consideradas como doença e, como tal, aparecem no CID n. 10 (Classificação Internacional de Doenças).²⁰ Em assim sendo, somente o fato de ser considerada doença já geraria a obrigatoriedade de cobertura pelos planos de saúde. Ainda nesse sentido, tais técnicas fazem parte do conceito atual de planejamento familiar. Tanto é assim, que o Ministério da Saúde reconheceu o oferecimento obrigatório e gratuito dos procedimentos de inseminação e de fertilização artificial por parte do SUS. Ora, para o SUS, planejamento familiar engloba reprodução assistida e para os planos de saúde, não? O custo alto desses procedimentos assusta as Empresas que prestam serviços de saúde suplementar. Contudo, não pode afastar a cobertura, pelos planos de saúde das técnicas de reprodução assistida, sob o risco de violação ao direito do planejamento familiar e ao direito à saúde, ambos previstos na Constituição Federal.

Importante também ressaltar que a questão relativa à cobertura ou não das técnicas de reprodução humana assistida nos contratos de saúde complementar já está sendo decidida em juízo. Assim, podemos encontrar algumas decisões

¹⁸ Importante dizer e lembrar que a Lei que regulamenta o planejamento familiar, como já se viu anteriormente, não trata apenas de meios contraceptivos, mas também de mecanismos que permitem a concepção de pessoas ou casais inférteis ou estéreis.

¹⁹ GUTIERREZ, Ignacio Gutierrez. *Dignidade de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005. p. 29.

²⁰ Para a infertilidade masculina, CID n. 46; para a feminina, CID n. 97.

reconhecendo a obrigação dos planos de saúde em arcar com os custos de tratamentos de reprodução humana assistida, cujo objetivo principal é o exercício do direito à procriação e ao planejamento familiar.²¹⁻²²

De todo o exposto, nesse item, percebe-se que a gestação de substituição é, portanto, além de um direito, um dever do Poder Público por meio de seu Sistema Único de Saúde, sendo que, da mesma forma, configura-se como obrigação dos planos de saúde. Passa-se, agora, a abordar a regulamentação da gestação de substituição no Brasil, com o intuito de reforçar os argumentos trazidos até o presente momento.

REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

O direito brasileiro sempre se pautou na presunção originária do Direito Romano de que *mater*²³ *semper certa est*, ou seja, a mãe é sempre certa. Nesse sentido, seguindo-se este raciocínio, a mãe é aquela que dá à luz uma criança; se nasceu dela, ela é a mãe. Tal conceito foi considerado absoluto enquanto não existia o conhecimento das técnicas de reprodução assistida. Com a evolução

²¹ TJSP Apelação com Revisão n. 0012087-34.2012.8.26.0562. Comarca: Santos. Ação: Plano de Saúde – Obrigação de Fazer. 03.02.2015. PLANO DE SAÚDE – Exclusão contratual da fertilização “*in vitro*” – Abusividade – Violação à Lei n. 9.656/98, que expressamente estabelece a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar – Patologia, ademais, prevista na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde – Ação procedente – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO. O acórdão está fundado em duas premissas bastante sólidas: (a) a infertilidade feminina é patologia reconhecida pela OMS sendo, portanto, coberta e (b) A derrogação do antigo óbice legal à cobertura dos procedimentos de reprodução assistida, pelo artigo 35-C da Lei n. 9.656/98 [...].

²² TJRJ – APELACAO 0002218-83.2014.8.19.0073 – Ementa DES. FERNANDO CERQUEIRA – Julgamento: 24/02/2016 – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FERTILIZAÇÃO *In vitro*. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. A autora, por ser portadora de endometriose infiltrativa profunda, depende da reprodução assistida para engravidar, não podendo arcar com o tratamento de fertilização *in vitro* por falta de recursos financeiros. Não há dúvidas quanto ao dever constitucional dos réus de contribuírem para a preservação da saúde e da vida dos cidadãos, e do direito fundamental destes ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços destinados a garantir-lhes tal condição – arts. 196 e 198, ambos da CF, e art. 292 da Carta Estadual. O direito à saúde da mulher engloba também as suas funções reprodutivas, principalmente, em hipóteses como a presente, na qual a infertilidade da autora, ora apelante, decorre de uma patologia. O direito da autora está consagrado também no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, como direito ao planejamento familiar, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana [...] Negar o procedimento requerido é, na verdade, negar a ela o direito de ser mãe, o que, de certo, causará um enorme abalo psicológico na autora. Pleito autoral que envolve não só o direito à saúde, como também o direito à família e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR QUE OS RÉUS CUSTEIEM O TRATAMENTO REQUERIDO NA INICIAL, BEM COMO OS MEDICAMENTOS SOLICITADOS PELO MÉDICO ESPECIALISTA.

²³ *Mater* para o latim significa mulher que deu à luz, vida.

dessas técnicas e com a possibilidade de fertilização do embrião em laboratório, passou a ser viável que a mulher que está gestando o embrião (*gestatriz*), não seja a mãe biológica do mesmo (*genetrix*).

Em tempos antigos, apesar de ainda não ser possível que uma mulher gestasse o filho de outra, já aconteciam casos de mães substitutas. De acordo com a Bíblia, Sara solicitou a Abraão que tivesse um filho com sua escrava Agar (Genesis 16:1). Da mesma forma, Raquel, esposa de Jacob, pediu que o marido concebesse um filho com sua escrava Bilha (Genesis 30:3). Os romanos, inclusive, poderiam ceder a própria mulher a um amigo que havia casado com uma mulher estéril para que assegurasse ao homem a sua descendência.²⁴

A questão é tão instigante que já foi, inclusive, tema de novela na televisão brasileira nos anos 1990.²⁵ O grande drama da novela se deu justamente pelo fato de a mulher que era considerada “mãe de aluguel” não querer entregar a criança para os pais biológicos. Aliás, esta é uma das principais preocupações com o procedimento.

Não existe, no Brasil, legislação específica sobre a reprodução assistida e, tão pouco, lei que regulamente a gestação de substituição. O que há são resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que estabelecem normas deontológicas para que os profissionais médicos possam agir, de forma ética, e de acordo com as diretrizes do Conselho. A primeira resolução que tratou da reprodução humana assistida no Brasil é datada de 1992. Trata-se da Resolução CFM 1.358. Nessa resolução, a gestação de substituição²⁶ foi reconhecida e permitida apenas quando a *gestatriz* fosse parente até o segundo grau da *genetrix*, devendo ficar a cargo da decisão do CRM (Conselho Regional de Medicina) os casos que não se enquadrassem neste requisito do parentesco, ressaltando-se não permitir a forma remunerada para a prática. Posteriormente, essa Resolução foi revogada pela n. 1.957 de 2010, mantendo, em relação à forma de reprodução assistida, as mesmas orientações anteriores, sem qualquer mudança. Em 2013 (Resolução n. 2.013/2013), o Conselho alterou novamente as diretrizes para a reprodução assistida, produzindo uma resolução mais detalhada no que se refere à gestação de substituição, determinando que o procedimento poderia ser realizado quando a doadora temporária do útero fosse parente consanguínea até o 4º grau²⁷ e não

²⁴ CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 313.

²⁵ A novela foi veiculada pela Rede Globo de televisão entre agosto de 1990 a maio de 1990.

²⁶ As resoluções do CFM se referem à técnica como Gestação de substituição e também como doação temporária de útero.

²⁷ De acordo com a resolução, estariam incluídos aqui as ascendentes como, por exemplo, mãe e avós, bem como as irmãs (colaterais de 2º grau); tias (colaterais de 3º grau); e primas (colaterais de 4º grau).

mais apenas até o 2º grau²⁸ como determinavam as resoluções anteriores. E, ainda nesse sentido, o parentesco não se limitava apenas à mãe genética, mas estendia-se ao pai genético, ou seja, parentesco consanguíneo dos “pais biológicos”. Em qualquer situação, a “doadora temporária de útero” deveria ter, no máximo, 50 (cinquenta) anos de idade. E, finalmente, determinou que as clínicas de reprodução deveriam providenciar documentos como: 1) Termo de Consentimento Informado assinado pelos pais genéticos e pela doadora temporária de útero. E, no caso de estar vivendo em situação de casamento ou união estável, assinatura também do seu cônjuge ou companheiro; 2) relatório médico atestando a condição física e psíquica da doadora temporária de útero; 3) relatório do médico atestando o seu conhecimento técnico das técnicas que seriam utilizadas; 4) contrato entre as partes envolvidas deixando claro questões como: aspectos médicos, éticos, jurídicos e econômicos do procedimento; esclarecimentos sobre a filiação da criança; riscos inerentes ao procedimento; impossibilidade da interrupção da gestação após iniciado o processo gestacional, salvo nos casos previstos em lei; garantia de acompanhamento médico para a doadora temporária de útero durante a gestação até o puerpério.²⁹

A última alteração nas regras do CFM a respeito da reprodução assistida ocorreu em 2015 com a Resolução n. 2.121, que regulamentou a técnica da gestação de substituição com mudanças significativas em relação à Resolução de 2013, como veremos a seguir: 1) permite o uso da técnica para uniões homoafetivas; 2) incluiu a orientação de que se a doadora temporária de útero não for parente consanguínea de uma das partes (“pais genéticos”), a gestação de substituição não está proibida, devendo, entretanto, o CRM avaliar e autorizar o procedimento; 3) retirou o limite de idade da doadora temporária de útero que, antes, deveria ter, no máximo, 50 (cinquenta) anos; 4) não mais se refere a Contrato de Gestação de Substituição, mas limita-se a dizer “Termo de Compromisso” entre os pacientes, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança. Como essas questões são de grande relevância, alguns comentários sobre tais modificações tornam-se, aqui, pertinentes.

Nesse sentido, estabelecer expressamente a legitimidade do CRM em decidir sobre os casos em que a “doadora temporária de útero”, como diz a resolução, não tem parentesco com qualquer um dos pais genéticos, foi uma medida muito importante, uma vez que põe fim às dúvidas em relação ao tema e coloca nas mãos do CRM uma decisão mais fácil, posto que a resolução embasa e permite expressamente que o CRM tome tal decisão. O CRM de São Paulo, por exemplo,

²⁸ A resolução contemplava as ascendentes e as colaterais de segundo grau (irmãs).

²⁹ **Puerpério** é o período que ocorre logo após o parto, também denominado de **pós-parto**. Nessa fase, o corpo da mulher está em processo de **recuperação da gravidez**, sofrendo uma série de **modificações físicas e psicológicas**.

já autoriza pedidos para essa situação desde 2001,³⁰ levando-se em consideração o fato de que muitos casais não possuem parentes (mulheres) que possam ou desejem passar por este procedimento.

Ressalta-se que tanto a Resolução n. 1.358 de 1992 como a Resolução n. 1.957 de 2010, falavam na possibilidade de o CRM se posicionar sobre casos em que a mulher “doadora temporária de útero” não era parente da mãe genética. Já a Resolução n. 2.013 de 2013 não previu essa possibilidade, deixando apenas ao final do texto a indicação de que qualquer caso omissivo a respeito das técnicas de reprodução assistida previstas na Resolução deveria ser analisada pelo Conselho Federal de Medicina. Esse fato gerou uma onda de dúvidas no mundo jurídico a respeito da possibilidade ou não de o CRM aceitar e autorizar tais casos. Apesar disso, os conselhos continuavam a autorizar os procedimentos sem a relação de parentesco consanguíneo, entendendo, em sua grande maioria, que decidir diferentemente seria um retrocesso e que a gestação, dessa forma, estaria, dentro dos preceitos éticos e profissionais. Afinal de contas, mesmo que não estivesse prevista a interferência do CRM nos casos especificamente de gestação de substituição, tal indicação constava da Resolução em cláusula genérica ao final da sua redação. Uma afirmação que não se pode dizer é que somente mulheres que tenham parentesco com os pais biológicos apresentam condições psicológicas para passar pelo procedimento ou mesmo dizer que o fato de a mulher “doadora temporária de útero” ser parente dos “pais biológicos” evita 100% a chance de problemas nesses casos. Cabe ao órgão responsável analisar a situação de caso concreto e verificar qual é a intenção da mulher que se coloca à disposição para ser a *gestatriz*. Aceitar gestar o filho de outrem deve ser um ato de amor, altruísmo e solidariedade, um ato que permite a uma pessoa ou a um casal realizar seu sonho de ter filhos.

Quando o pedido é feito no CRM para procedimento de gestação de substituição em que a “doadora temporária de útero” não é parente dos “pais genéticos”, a atual resolução determina que as partes envolvidas devem apresentar: 1) Termo de Consentimento Informado, redigido em linguagem acessível e clara, com todas as informações necessárias sobre o procedimento médico, riscos e obrigações das partes; 2) Termo de Compromisso, onde as partes reconhecem

³⁰ Há precedentes baseados nos seguintes documentos do Cremesp: Consulta n. 43.765/2001, aprovada em reunião plenária em 31 de agosto de 2001, que autorizou a transferência de embriões para uma terceira pessoa sem vínculo familiar; Consulta n. 126.750/2005 aprovada em reunião plenária realizada em 4 de abril de 2006 que se posicionou favorável ao procedimento entre pessoas sem vínculo de parentesco, seguindo a orientação da decisão de 2001 acima citada; Consulta n. 133.827/2010 aprovada em reunião plenária realizada em 13 de maio de 2011, que resolveu que não há impedimento ético para a utilização da técnica entre mulheres tidas como irmãs de criação; Consulta n. 45.510/2013 aprovada em reunião plenária realizada em aprovada em reunião da câmara de consultas realizada em 12 de abril de 2013, que permitiu o procedimento entre casais estrangeiros. Todos os documentos podem ser encontrados no portal do Cremesp. Disponível em: <www.cremesp.org.br/modulos/legisla%C3%A7%C3%A3o/pareceres>. Acesso em: 10 ago. 2016.

que a “doadora temporária de útero” não tem direitos sobre a criança resultante do procedimento e que ela dará à luz a criança e a entregará para os pais biológicos, logo após o nascimento dela.

Pode-se notar que a Resolução de 2015 não usa mais o termo “Contrato de Gestação de Substituição”, mas sim “Termo de Compromisso”. É uma questão que, provavelmente, tenha relação com questões jurídicas. É possível um contrato para esses casos? As principais indagações a respeito: 1) Um contrato pode ter como objeto a gestação de um embrião humano? 2) O “contrato” gera obrigações? De que tipo? Seria uma obrigação de fazer ou obrigação de dar? 3) Se algo acontecer ao feto durante a gestação, a “doadora temporária de útero” teria obrigação de indenizar?

Não é possível que o objeto de um contrato seja uma pessoa ou um embrião humano (Código Civil art. 104 II). Nesse aspecto, alguns doutrinadores³¹ defendem que não tem validade o “Contrato de Gestação de Substituição” uma vez que ilícito seria o seu objeto. No entanto, mesmo que se considere o contrato nulo, o fato é que as gestações têm acontecido. A relação pactuada aqui não seria uma relação meramente obrigacional no sentido de estabelecer obrigações e responsabilidades pelo descumprimento do contrato em si.

Desse modo, o “Contrato de Gestação de Substituição” seria um contrato *sui generis* com características muito diferentes dos contratos comuns, posto que não pode ter como objeto a própria gestação ou o feto, não seria um contrato para estabelecer uma obrigação de dar ou fazer e nem poderia ter características econômicas, mas sim um pacto que permitiria às partes apenas e tão somente reconhecer e estabelecer intenções sobre a filiação.³² É certo que não seriam aceitos ajustamentos contrários ao que permite a legislação. Mas, nesses casos, se não há proibição expressa a respeito desse tipo de reprodução assistida, nada obsta às partes poderem se utilizar desse mecanismo. Seria, portanto, o documento que confirmaria realmente que aquela que a tem intenção de ser mãe é quem fornece o material genético, ou, no caso das relações homoafetivas, daqueles declarantes pelo interesse na reprodução humana assistida, diferentemente daquela que gesta, a qual, apesar de ser a futura responsável pela gestação e pelo nascimento da criança, não é (ou não deve ser) considerada a mãe. Portanto, a mudança da terminologia de “Contrato” para “Termo de Compromisso” foi muito interessante tanto no aspecto ético como no jurídico, mas não acaba com a discussão técnica a respeito da validade desse tipo de negócio jurídico.

³¹ LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 1995. p. 140 e segs.

³² FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 58 e segs.

Outra alteração interessante realizada pela Resolução n. 2.121 de 2015 do CFM foi a retirada da idade limite da “doadora temporária de útero”. Na Resolução n. 2.013 de 2013, a mulher não poderia ter mais do que 50 (cinquenta) anos. Na verdade, a Resolução de 2015 colocou no seu preâmbulo que a idade adequada deve ser de até 50 (cinquenta) anos para qualquer mulher passar por um procedimento de reprodução assistida, mas que caberá ao médico verificar o caso concreto e apresentar às partes interessadas os riscos e os insucessos possíveis da realização do procedimento com mulheres cuja idade seja superior aos 50 (cinquenta) anos. Portanto, agora, o médico poderá realizar o procedimento em mulher nessa faixa etária, se achar conveniente.

Não menos importante é a condição de que a gestação de substituição não pode ter caráter econômico. Ou seja, a técnica deve ser livre de pagamentos, onerosidade e contraprestações. Trata-se de ato solidário, altruísta. O termo “barriga solidária” passa a ser utilizado a partir dessa concepção. E o CRM, ao permitir que alguém que não seja parente sirva de “doadora temporária de útero”, deve verificar com cuidado se é caso de “barriga de aluguel”, havendo contraprestação, ou se é caso de solidariedade.³³ Lembre-se ainda que a Constituição Federal, no seu art. 199, § 4º, determina que: “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”. Portanto, está expressamente proibido o uso de qualquer parte do corpo humano de forma onerosa e isso, sem dúvida, serve também para a gestação de substituição.

DIREITO À MATERNIDADE E REGISTRO DE NASCIMENTO NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

As transformações sociais no mundo globalizado e o conhecimento de técnicas de reprodução assistida permitem ao leitor repensar nas relações familiares e, por consequência, no conceito de filiação. A ideia é que cada um possa ter liberdade e o direito de planejar e executar seu projeto pessoal de família, mas sempre se pautando pelos estandartes éticos e morais. Assim, a verdade afetiva deve bastar para a filiação, em especial quando falamos da filiação decorrente de técnicas de reprodução assistida. A maternidade, no caso de gestação de substituição, deve ser atribuída à pessoa que teve a vontade de ter o filho e que assu-

³³ Nas lições de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 67: “A solidariedade vai além da noção de alteridade, para significar ajuda e proteção mútuas, um importar-se com o outro, com o seu desenvolvimento e a busca da felicidade.”

miu a condição de mãe ou de pai, ainda que tenha empregado para a fecundação óvulo alheio (óvulo doado).³⁴

Em relação à maternidade, o Direito Brasileiro ainda hoje se serve da presunção *mater semper certa est*, porém, com o advento das técnicas de reprodução assistida não é mais possível considerar essa presunção absoluta. Percebe-se que o Direito Brasileiro, bem como o ordenamento jurídico de outros países, entende que a maternidade é definida pelo parto. Assim, mãe é aquela que dá à luz a criança. Tanto é assim que no momento em que uma mulher tem um filho num hospital, essa instituição emite uma Certidão de Nascido Vivo atestando que, daquela mulher, nasceu criança com determinadas características. E, munida dessa certidão, a mulher poderá registrar o filho em seu nome no Cartório do Registro Civil competente.

Mas, como proceder a fim de que o registro de nascimento da criança tenha a informação de que a mãe não é aquela que gerou e que possibilitou o nascimento da criança e sim aquela que cedeu o material genético e que teve realmente vontade da procriação? Qual o procedimento para a mãe biológica, neste caso, seja reconhecidamente a mãe jurídica? No passado, não muito remoto, a mãe biológica precisava ir ao judiciário (ações de jurisdição voluntária, previstas atualmente pelos artigos 719 a 725 do Novo CPC) para requerer que, no Registro Civil, constasse o seu nome como mãe. Na maioria das vezes, o juiz requeria o exame de DNA e tal atuação somente era possível após o nascimento da criança. Até lá as pessoas ficavam apreensivas, sem saber qual seria a decisão judicial sobre o assunto. Em momento posterior, o judiciário começou a permitir que o pedido fosse realizado antes do nascimento da criança³⁵ e determinava que o hospital deveria emitir a Declaração de Nascido Vivo em nome da mãe biológica e não em nome da doadora temporária de útero. Essa situação gerou um certo desconforto para hospitais e maternidades que tinham de afirmar algo que não era verdade.

Atualmente, existe o Provimento n. 52 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) de 14 de março de 2016, que determinou aos Cartórios de Registro Civil do Brasil que emitissem a certidão de nascimento de filhos, cujos pais optaram pela gestação de substituição. Trata-se de um avanço muito importante, primeiro porque permite que o registro seja feito de forma mais fácil, sem a necessidade de ação judicial; segundo porque demonstra que a técnica tem sido utilizada com certa frequência, fazendo, portanto, parte do nosso cotidiano.

O provimento reconheceu também a possibilidade do registro no caso de gestação de substituição entre homoafetivos. Nesse sentido, somente a partir

³⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, p. 535-536.

³⁵ Como é o caso da decisão proferida no Processo n. 1047574-08.2014.8.26.0100, Fórum João Mendes Júnior, 6ª Vara da Família e Sucessões. São Paulo – SP. Outros procedimentos de jurisdição voluntária – Relações de Parentesco – W. F. C. N. e outros.

desse momento faz-se possível constar no registro o nome daquele que realmente teve a intenção na procriação. Para tanto, basta que as partes levem ao Cartório, além da Declaração de Nascido Vivo, os documentos utilizados para fazer o procedimento médico, ou seja: 1) Termo de Consentimento Informado, feito por Instrumento Público, provando que as partes autorizaram o procedimento; 2) Declaração com firma reconhecida do médico responsável (diretor técnico da clínica) que fez o procedimento, atestando a realização da gestação de substituição e quem é, de direito, mãe ou pai da criança nascida; 3) Termo de Compromisso, feito por Instrumento Público, em que a doadora temporária de útero reconhece a condição da filiação em relação aos pais biológicos ou ao casal homoafetivo; 4) Certidão de casamento ou reconhecimento da união estável do casal que pretende registrar a criança. E mais: caso a doadora temporária de útero seja casada ou mantenha união estável, deve constar no documento também a autorização do seu cônjuge ou companheiro para o registro.

A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO CONTEMPORÂNEA

Apesar da proibição de onerosidade na gestação de substituição, é cada vez mais fácil encontrar, no ambiente informacional, em especial, na internet e nas redes sociais, como o Facebook, mulheres que se colocam à disposição para servir de “barriga de aluguel”. Tanto mulheres que já tiveram filhos como aquelas que ainda não tiveram buscam casais ou pessoas desesperadas e que fariam qualquer coisa para terem filhos. Pesquisas simples na internet demonstram a existência de vários sites direcionados para o aluguel de útero e “doação” de óvulos.³⁶ Nesses sites são encontrados perfis de mulheres informando, inclusive, quanto pretendem receber pelo serviço. Nesse caso, a internet ajudou e muito a movimentação desse “comércio” ilegal de aluguel de útero para procriação. No entanto, não se pode dizer que sem a internet os casos não aconteceriam, mas, certamente, ficariam limitados a um número menor.

A internet acelera a comunicação, movimentando as informações de forma extremamente rápida, e o fato de se ter um número cada vez maior de pessoas acessando a rede possibilita que uma informação atinja pessoas que, de outra forma, não teriam esse acesso facilitado. A informação, neste ambiente, gira o mundo em segundos e isso tem dado suporte, também, para o crescimento de casos de “barriga de aluguel” no Brasil e em todo o sistema social global.

³⁶ Apenas a título exemplificativo, veja-se o site: <www.surrogatefinder.com>. Há outros sites que trabalham com a intermediação de barriga de aluguel no exterior. Disponível em: <<https://barrigadealuguelnobrasil.worldpress.com>>; <<http://www.canadiansurrogacyoptions.com>>; <<https://surrogacy.ca>>; <<http://www.britishtsurrogacycentre.com/surrogacy-in-brazil/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

Em alguns países, o comércio do útero de substituição não é ilegal como no Brasil. É o caso da Índia, da Ucrânia e de alguns estados dos Estados Unidos como a Califórnia. O mercado movimenta hoje milhões de dólares por ano. A Índia é um dos destinos mais procurados. A Tailândia e o Nepal já foram o destino de muitos casais, inclusive brasileiros, para a concretização do sonho de ter filhos, mas, atualmente, os dois países resolveram proibir a técnica para estrangeiros. A Índia também estuda a possibilidade de proibir o comércio da “barriga de aluguel”, uma vez que parte da população indiana é contra o procedimento.

Para as agências de “barriga de aluguel” que lucram com o negócio, a proposta é humanizar esse procedimento, possibilitando que várias pessoas possam realizar seus sonhos de paternidade ou de maternidade. Ocorre que utilizar esse procedimento onerosamente, envolvendo tantas questões éticas, jurídicas e sociais com mulheres desprovidas cultural e economicamente, como acontece na Índia, por exemplo, pode ser entendida como uma forma de exploração da miséria alheia. Tais mulheres, em sua grande maioria, dizem que só aceitaram ser “barriga de aluguel” para dar uma condição boa de vida para seus filhos, proporcionando-lhes estudos ou meios para que possam viver melhor e que, se não fosse a necessidade financeira, não aceitariam a proposta.

Como já foi dito anteriormente, o Brasil não permite a “barriga de aluguel”, uma vez que a Constituição Federal no art. 199, § 4º proíbe o comércio de partes do corpo humano. Apesar disso, é possível encontrar sites nacionais e estrangeiros que publicam perfis de mulheres brasileiras e de outras nacionalidades que se oferecem para servir de “barriga de aluguel” ou para vender seus óvulos no Brasil. Não se tem conhecimento nem comprovação de que esses casos tenham realmente acontecido, embora não possamos negar que eles podem existir. Lembre-se de que não há legislação específica sobre o assunto, apenas uma Resolução do Conselho Federal de Medicina. Apesar disso, alguns defendem que, para o caso, caberia a aplicação do art. 15 da Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos Humanos – Lei n. 9.434 de 1997,³⁷ que considera crime quem compra ou quem vende parte do corpo humano. A aplicação desse artigo encontra um impasse que se dá na seguinte questão: Na “barriga de aluguel”, não há a venda do útero, mas tão somente o seu aluguel! Isso demonstra a importância da regulamentação das práticas de reprodução humana assistida, em especial, da gestação de substituição no Brasil, para que se possa ter, de forma mais clara, quais são as consequências pelo uso indevido dessas técnicas.

³⁷ Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena: Reclusão de 3 a 8 anos e multa de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação. Sobre o assunto, verificar o texto de Nena Sales Pinheiro publicado no site: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4897/novosite>. Acesso em: 20 ago. 2016.

As resoluções do CFM foram e são importantes, mas eliminam outras necessidades. Nesse sentido, tramitam na Câmara dos Deputados vários projetos de lei,³⁸ alguns que, inclusive, proíbem a gestação de substituição, o que não é aconselhável, uma vez que a prática do procedimento na forma não onerosa, além de já ser uma realidade em nossa sociedade atual, contribui, como já verificamos neste trabalho, para o exercício do direito ao planejamento familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade global contemporânea, a saúde não pode ser encarada apenas como ausência de doenças, mas sim como o produto de condições que permitem uma existência digna e saudável. Promover a saúde, nesse sentido, é também agir para diminuir as desigualdades sociais.³⁹ Ora, se o homem ou a mulher tem alguma dificuldade na procriação natural e se a ciência oferece métodos confiáveis para a procriação de forma assistida, é seguro dizer que o direito ao uso das técnicas de reprodução assistida consiste um direito de qualquer pessoa. Cabe ao Poder Público a obrigação de arcar com os custos desses procedimentos via Sistema Único de Saúde (SUS). É, também, obrigação dos planos de saúde, que devem suportar estes tratamentos para os seus segurados.

Seguindo-se esse raciocínio, negar a uma pessoa o direito de ter filhos, dificultando-lhe ou impossibilitando-lhe o uso de técnicas de reprodução assistida é uma violação efetiva ao direito fundamental à saúde (art. 196 a Constituição Federal).

No Brasil, o fato de o Conselho Federal de Medicina ter tratado, em resolução, sobre a reprodução humana assistida, em especial, o uso da técnica da gestação de substituição como forma de planejamento familiar, possibilitou que muitas famílias pudessem ser formadas e que muitas pessoas pudessem se realizar e atingir a felicidade. Além disso, permitir a gestação de substituição não onerosa, solidária e altruísta entre pessoas que não tenham relação de parentesco respeita os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, a ausência de legislação específica sobre o assunto deixa a questão passível de discussões e, portanto, faz-se necessária a regulamentação legal da matéria.

É justamente pelo fato de não existir legislação sobre o assunto no Brasil que algumas situações ocorrem de maneira mais frequente. Muito se fala do comércio de “útero”, “óvulos” e “embriões” e, com o advento da sociedade contemporânea, calcada no ambiente informacional, percebe-se um aumento significativo desse “mercado”. Isso não quer dizer que a internet não tenha seu lado positivo

³⁸ Os principais projetos atualmente são os de n. 1.184 de 2003, n. 5.730/2009, n. 4.292/2012 e n. 115/2015. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2017.

³⁹ PESSINI, Leo; BARICHFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. p. 195.

em relação ao tema. Com a informação mais fácil, muitas pessoas conseguiram tratamento gratuito no SUS e outras tiveram informação para o seu planejamento familiar. É possível encontrarem-se no Facebook, por exemplo, páginas dedicadas a divulgar o procedimento da “barriga solidária” ou gestação de substituição com relatos emocionantes e que mostram o quanto o procedimento pode mudar vidas, desde que seja um ato gratuito, altruísta e de solidariedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Quinta Turma Recursal determina que Hapvida realize reprodução assistida para casal infértil. Notícia publicada em 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/5a-turma-recursal-determina-que-hapvida-realize-reproducao-assistida-para-casal-infertil/>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Ação Reivindicatória de paternidade e maternidade. Decisão proferida pelo juiz de Direito Auxiliar da Quarta Vara Especializada da Família e Sucessões da Comarca da Capital, Francisco Alexandre Ferreira Mendes Neto, que determinou à maternidade (Clínica Femina ou outra unidade hospitalar) a expedição da Declaração de Nascido Vivo da criança que está sendo gerada por E.C.D.A.R. em nome dos pais biológicos R.D.A. e T.R.S.D.A. Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.inrpublicacoes.com.br/boletimnoticias.asp?id=5048#3>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo 021/1.14.0005837-8. Comarca de Passo Fundo, Juiz da 2ª Vara Cível de Família e Sucessões – Dr. Luís Christiano Enger Aires. 13 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/FERTILIZACAO-IN-VITRO-UTERO-DE-SBSTITUICAO-LUIS-CHRISTIANO-ENGER-AIRES.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Reconhecimento de dupla paternidade de dois homens que vivem em união homoafetiva e que se utilizaram da gestação de substituição. Juiz 1ª Vara da Família e Registro Civil da Comarca de Recife, Dr. Clicério Bezerra e Silva em 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Bebê será registrado com nome de dois pais em caso de gestação por substituição. Decisão proferida pelo Juiz Luiz Claudio Broering. Disponível em: <http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/noticias/visualizar/-/asset_publisher/122DU7evsBM8/content/bebe-sera-registrado-com-nomes-de-dois-pais-em-caso-de-gestacao-por-substituicao;jsessionId=F7CD945BF4634E93F38B4B1ABCE3B197>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1047574-08.2014.8.26.0100. 6ª Vara da Família e Sucessões do Fórum João Mendes. WFCN, HJ e KFM contra Hospital e Maternidade Pro Matre Paulista. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/122256845/processo-n-1047574-0820148260100-da-comarca-de-sao-paulo>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Processo 2009/00104323 de 19/03/2010, Juiz José Marcelo Tossi Silva. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. Processo 1028191-10.2015.8.26.0100 – Pedido de providências – Registro Civil das Pessoas Naturais. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/207529775/andamento-do-processo-n-1028191-1020158260100-pedido-de-providencias-registro-civil-das-pessoas-naturais-13-07-2015-do-tjsp>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. Apelação cível n. 0009908-342012.8.26.0302, Relator Des. Piva Rodrigues, da 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 16 de abril de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6673122&cdForo=0&v1Captcha=rtcsu>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. Apelação cível n. 0106401-09.2012.8.26.0000, Relator Des. Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6116853&cdForo=0>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Ferandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASADO, María (Org.) *Sobre a dignidade e os princípios*. Porto Alegre. Edipucrs. 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras. 2016.

CREMESP. Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Reprodução Assistida. *Nova resolução atualiza normas para uso de técnicas para mulheres com mais de 50 anos e casais homoafetivos*. Notícia de 22.09.2015. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=3790>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. *Consultas e pareceres*. Disponível em: <www.cremesp.org.br/modulos/legislacao/pareceres>. Acessado em: 10 ago. 2016.

FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

GUTIERREZ, Ignacio Gutierrez. *Dignidade de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005.

IBDFAM. *Útero de substituição e as novas repercussões jurídicas*. Entrevista. Notícia publicada em 10 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4897/novosite>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

JORDANA, José Luiz Velásquez. Dignidade, direitos humanos e bioética. In: CASADO, María (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013.

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

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 1995.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. São Paulo: Grupo Gen, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PESSINI, Leo; BARICFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

PORTAL BRASI. *Planejamento familiar*. Notícia divulgada em 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VATICANO. *Instruções Donum Vitae de 1987*. Disponível em: <www.vatican.va/roma_curia/congregations/cfaith/documents>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. *Instruções dignitas personae de 2008*. Disponível em: <www.vatican.va/roma_curia/congregations/cfaith/documents>. Acessado em: 15 ago. 2016.

Data de recebimento: 24/04/17

Data de aprovação: 04/05/17