

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

**Patrício Alves de Souza**

**A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO**

**Porto Alegre**

**2018**

PATRÍCIO ALVES DE SOUZA

**A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientadora:** Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody.

Porto Alegre

2018

PATRÍCIO ALVES DE SOUZA

**A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 09 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody

---

Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

---

Prof. Me. Rodrigo Ustárroz Cantali

## AGRADECIMENTOS

Ao Colégio Militar de Porto Alegre, cujo ensino constitui *conditio sine qua non* do meu acesso à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, querida *Alma Mater*.

Aos professores que me inspiraram por este caminho, em especial a minha orientadora, Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody, que me conduziu, desde o primeiro semestre, pelo caminho do rigor científico. Também aos mestres com quem tive contato na *Justus-Liebig-Universität Gießen*, Prof. Dr. iur. Horst Hammen, Prof. Dr. iur. Christoph Benicke e Prof. Dr. iur. Thilo Marauhn, M. Phil. Ainda, àquela que foi minha mãe por todo tempo em que estive na Alemanha, Deborah Alcici Salomão, LLM.

Aos meus amigos, os que trouxe da época do Colégio e os que fiz nesta Casa, por representarem a válvula de escape nos momentos de maior dificuldade e pela camaradagem nos bons tempos, amores que se fortaleceram com o tempo.

Aos escritórios de advocacia *Matter, Boettcher & Zanini Advogados; Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral Advogados* e *Zavagna Gralha Advogados*, pela confiança demonstrada no meu trabalho e pela aprendizagem diária, que me fez advogado, pelo que serei eternamente grato.

Ao meu pai, que nos últimos dezessete anos tem sido também mãe, que fez de tudo, sempre, a fim de que nada me faltasse. À Jussara, que há mais de dez anos me tem como filho, a quem eu amo como se minha mãe fosse. A estes dois, o meu mais sincero agradecimento, *ab imo corde*.

Aos colaboradores deste trabalho, meus amigos Alexej Kusakin, Amanda Leal de Lima Alves, Anna Luiza Dal Molin, Caroline Pedroso, Lucianna Ifarraguirre, Maria Laura Pisanelli e Marianna Ifarraguirre.

Por último, mas não menos importante, aos cidadãos brasileiros, homens e mulheres invisíveis, que, com árduo esforço – que muitas vezes nem mesmo a eles próprios dignamente sustenta – respondem pelo financiamento do sistema público de ensino superior, no qual se insere a Casa de André da Rocha, principal responsável pela minha formação jurídica.

## EPÍGRAFE

Quia mater semper certa est, etiam si  
volgo conceperit: pater vero is est, quem  
nuptiæ demonstrant.  
(Digestorum seu pandectarum, Liber  
Secundus)

Mutter eines Kindes ist die Frau, die es  
geboren hat.  
(Bürgerliches Gesetzbuch, §1.591)

The pessimist complains about the wind;  
The optimist expects it to change;  
The realist adjusts the sails.  
(William Arthur Ward)

## RESUMO

O presente trabalho é monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Tem por objetivo, *prima facie*, estudar o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à gestação por substituição em perspectiva comparada com o que ocorre em outros sistemas jurídicos, tanto de *common law* britânico e norte-americano quanto de direito continental de matriz romano-germânica de *civil law*, e outros direitos do leste europeu. A realização do trabalho dá-se através dos métodos comparativo-funcional e comparativo-factual, bem como do método contextualizado. O primeiro, na medida em que se analisam os institutos de direito estrangeiro que, funcionalmente, regulam o mesmo negócio jurídico; o segundo, na medida em que forem examinados os fatos jurídicos, para que se analise a resposta que cada sistema deu à ocorrência da mesma situação, de modo a expor a regulamentação dada pelo direito estrangeiro em cada caso estudado, posteriormente comparando com o direito brasileiro contextualmente. Ainda, é realizado um estudo acerca da viabilidade de regular-se, em sede de direito nacional, a gestação por substituição através de contrato oneroso, em que a barriga não é solidária, mas sim de aluguel, ao contrário do que ocorre atualmente, embora inexista lei *stricto sensu* sobre a matéria. Ao fim do trabalho pretende-se demonstrar os principais aspectos que caracterizaram a diferenciação na resposta de cada sistema aos problemas descritos e então delinear, a partir da experiência do direito comparado, o desenvolvimento de uma legislação visando a solucionar estas questões no sentido do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Barriga de aluguel; barriga solidária; gestação por substituição.

## ZUSAMMENFASSUNG

Bei dieser Abschlussarbeit handelt es sich um eine Voraussetzung für den Erwerb des Bachelorgrades in Rechtswissenschaften der Bundesuniversität von Rio Grande do Sul, Juristische Fakultät. Ziel der Arbeit ist es das brasilianische Recht in Bezug auf die Leihmutterschaft mit dem anglo-amerikanischen, römisch-deutschen und anderen osteuropäischen Rechtssystemen zu vergleichen. Die Arbeit wird durch funktional-komparative und sachlich-komparative sowie kontextualisierte Methoden durchgeführt. Die erste Methode wird durch die Analysierung der ausländischen Institutionen verwendet, die das gleiche Rechtshandlung funktionsfähig regulieren. Die zweite Methode wird durch die Analysierung der Fakten verwendet, damit man jeder Antwort, dass das System zu jeder Frage gegeben hat verstehen kann. Danach werden die Antworten mit dem brasilianischen Recht verglichen. Es wird auch auf die Regelung der Leihmutterschaft durch belastende Verträge im brasilianischen Recht eingegangen, da dies durch den heutigen Rechtsrahmen nicht erlaubt ist. Auch wenn es keine streng vertrauliche Gesetzgebung zu diesem Thema gibt. Am Ende dieser Arbeit sollen die Hauptaspekte der verschiedenen Systeme herausgearbeitet werden und basierend auf diesen Erkenntnissen der Rechtsvergleichung eine Gesetzgebung herausgearbeitet werden, die das Problem der Leihmutterschaft lösen soll. Ein Hauptaugenmerk soll auf das Kindeswohl gelegt werden.

Schlüsselwörter: Ersatzmutterschaft; Leihmutterschaftsabkommen; Pakt der Leihmutterschaft.

## **ABSTRACT**

This paper is a conclusion work monography presented at the Federal University of Rio Grande do Sul, College of Law, as partial requirement for obtaining the title of Bachelor of Laws. It aims primarily at studying the treatment given by Brazilian law to surrogacy motherhood in a comparative perspective to what happens elsewhere, either within the British and North American common law or the Roman-German civil law, as well as other eastern European law systems. The work is executed through the functional-comparative and the factual-comparative methods, as well as the contextualized one. The first one will be used as foreign law institutions that regulate the same legal acts are analysed; the second, as the juridical facts are examined, so that the answer provided by each system to the occurrence of the same situation is analysed, so that the regulation given by each system in each of the situations is exposed, subsequently being compared contextually with Brazilian law. Also, a study over the viability of regulating the surrogacy motherhood via onerous contract within Brazilian law is carried out, as it is not allowed by today's legal framework, although no *stricto sensu* legislation exists about this issue. At the end of this work the main aspects characterizing the differentiation of the answers provided by each of the systems to the problems described are intended to be understood and then outline, starting from the experience of the comparative law, the development of a legislation aiming at solve the issues in the sense of the best interest of the child.

Keywords: Surrogate motherhood; surrogacy agreement; pact of surrogacy.

## RIASSUNTO

Il presente elaborato rappresenta il lavoro conclusivo presentato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federale di Rio Grande do Sul, come requisito parziale per conseguire il titolo di Laurea di I Livello in Scienze Giuridiche e Sociali. Il suo scopo principale è studiare il trattamento della maternità surrogata secondo la legge brasiliana attraverso una prospettiva comparativa a ciò che accade in altri sistemi giuridici, tanto in quelli di common law di tradizione britannica e nord-americana, quanto in quelli di matrice romano-germanica di civil law, così pure come in altri sistemi giuridici dell'Europa orientale. Il lavoro verrà eseguito attraverso i metodi comparativo funzionale e comparativo fattuale, oltre che a quello contestualizzato. Nello specifico, il primo analizzerà le istituzioni di diritto straniero che regolano funzionalmente la stessa attività legale; il secondo, nella misura in cui verranno esaminati i fatti giuridici, analizzerà la risposta che ciascun sistema ha dato al verificarsi della stessa situazione, al fine di esporre la normativa data dalla legge straniera in ciascun caso studiato, il quale in seguito verrà contestualmente confrontato con la legge brasiliana. Inoltre, verrà effettuato uno studio sulla fattibilità della regolamentazione della maternità sostitutiva tramite contratto oneroso all'interno della legge brasiliana, in quanto questa pratica non è consentita dal quadro giuridico di oggi, anche se non esiste una legislazione rigorosa, in senso stretto, a riguardo. Infine, al termine di questo lavoro, gli aspetti principali che caratterizzano la differenziazione delle risposte fornite da ciascuno dei sistemi ai problemi sottolineati verranno descritti e compresi per delineare, a partire dall'esperienza della legge comparativa, lo sviluppo di una legislazione volta a risolvere i problemi nell'interesse superiore del bambino.

Parole chiave: Maternità surrogata; accordo di maternità surrogata; gestazione per sostituzione.

## RESUMEN

La presente monografía es trabajo de fin de grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul - UFRGS como requisito parcial a la obtención del diploma de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales. Su objetivo es analizar el tratamiento dado por el ordenamiento jurídico brasileño a la gestación por sustitución en perspectiva comparada con lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, tanto de common law británico y norteamericano como de derecho continental de matriz romano-germánica civil law, y otros derechos del este europeo. Los métodos aplicados para su confección fueron el comparativo-funcional y el comparativo-factual, bien como el método contextualizado. El primer método se aplica para analizar los institutos de derecho extranjero que, funcionalmente, reglamentan el mismo negocio jurídico; el segundo, en la medida en que serán examinados los hechos jurídicos, para que se analice la respuesta que cada sistema dio a la ocurrencia de la misma situación, para exponer la reglamentación dada por el derecho extranjero en cada caso estudiado; posteriormente, comparando con el derecho brasileño contextualmente. El trabajo, además, contiene reflexión acerca de la viabilidad de reglamentar la gestación por sustitución bajo la lógica de los contratos onerosos, según la cual la gestación podría ser remunerada, al contrario de lo que ocurre actualmente, aunque no haya legislación *stricto sensu* expresa sobre el tema. Por fin, la monografía busca demostrar las principales características de las soluciones de cada sistema jurídico para, al final, con vistas a la experiencia del derecho comparado, proponer el desarrollo de una solución legislativa que resguarde los mejores intereses del bebé en Brasil.

Palabras clave: Vientre de alquiler; vientre de alquiler altruista; gestación por sustitución.

## RESUMÉ

Ce travail correspond au mémoire de fin d'études qui précède à l'obtention du diplôme en Licence Droit à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul – UFRGS. Cette étude porte sur la maternité de substitution depuis une perspective comparée. L'objectif de ce travail est d'évaluer le traitement juridique du phénomène de la grossesse par substitution dans la loi brésilienne, ainsi que mener une étude comparée avec les systèmes continental, du common law, et de l'Europe de l'Est. L'étude est faite par les méthodes comparative-fonctionnelle et comparative-factuelle, ainsi que la méthode contextualisée. La première est invoquée en tant que les instituts de droit étranger qui règlent fonctionnellement les mêmes affaires juridiques sont analysés; la seconde, dans la mesure où la réponse de chaque système à l'occurrence des faits juridiques sont examinés, afin d'indiquer la réglementation donnée par le droit étranger dans chaque pays étudié et de mener une comparaison contextuelle avec la loi brésilienne. Ce mémoire s'intéressera d'ailleurs à la faisabilité du règlement de la grossesse par substitution à titre onéreux au niveau du droit national. Cette modalité s'agit d'une gestation contre paiement, en opposition à la gestation solidaire habituelle, malgré l'absence de réglementation concernant ce sujet. Par ailleurs, cette étude présentera les principaux aspects qui caractérisent la diversité des réponses de chaque système aux problèmes décrits, puis de délimiter, à partir de l'expérience du droit comparé, l'élaboration des lois visant à résoudre ces problèmes dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Mots-clefs: maternité de substitution rémunérée; maternité de substitution; mères porteuses;

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
1.1 METODOLOGIA .....	14
1.2 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA.....	15
1.3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	17
1.3.1 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL .....	17
1.3.2 DA FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> .....	18
1.3.3 DA CONCEPÇÃO HOMÓLOGA.....	18
1.3.4 DA CONCEPÇÃO HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> .....	19
1.3.5 DA CONCEPÇÃO HETERÓLOGA.....	19
1.3.6 DA CONCEPÇÃO BISSEMINAL .....	20
 <b>PARTE I</b>	
 <b>2 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO</b> .....	<b>21</b>
2.1 PAÍSES QUE PERMITEM A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO .....	22
2.1.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA .....	22
2.1.2 FEDERAÇÃO RUSSA E UCRÂNIA.....	23
2.2 PAÍSES QUE PROÍBEM A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	24
2.2.1 REPÚBLICA FRANCESA.....	24
2.2.2 REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA .....	26
2.2.3 REPÚBLICA ITALIANA .....	27
2.3 SISTEMAS MISTOS .....	28
2.3.1 REINO UNIDO E REPÚBLICA HELÊNICA .....	28
2.3.2 ESTADO DE ISRAEL .....	29

## **PARTE II**

<b>3 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	31
3.1 HISTÓRICO .....	31
3.1.1 RESOLUÇÃO N.º 1.358, DE 1992, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA .....	31
3.1.2 RESOLUÇÃO N.º 2.013, DE 2013, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA .....	32
3.1.3 RESOLUÇÃO N.º 2.168, DE 2017, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA .....	35
3.2 ESFORÇOS LEGISLATIVOS .....	35
3.3 DA POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA POR CONTRATO ONEROSO.....	36
3.3.1 DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO.	37
3.3.1.1 AGENTE CAPAZ .....	38
3.3.1.2 OBJETO LÍCITO, POSSÍVEL, DETERMINADO OU DETERMINÁVEL.....	38
3.3.1.3 FORMA PRESCRITA OU NÃO DEFESA EM LEI .....	40
3.3.1.4 DA EFICÁCIA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO .....	41
<b>4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS</b> .....	42
4.1 DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR .....	42
4.2 ART. 199, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	44
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	47
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	51

## 1 INTRODUÇÃO

Carecem algumas famílias das condições necessárias à concepção de uma criança, seja por infertilidade do pai ou da mãe, pela incompatibilidade biológica – no caso de casais homoafetivos, e.g. Mesmo pela simples vontade de formar independentemente uma família, há casos em que o auxílio da medicina se torna *conditio sine qua non* da constituição da mesma.

Em virtude de eventuais dificuldades possíveis em processo de adoção e, até mesmo porque alguns indivíduos preferem criar um ser humano desde os primeiros passos, a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial são os mecanismos dos quais os indivíduos lançam mão no intento de gerar descendência e, ao fim e ao cabo, levar a termo um projeto parental.

Antes do advento da fertilização *in vitro*, no final dos anos 1970, a única possibilidade que havia era a da inseminação artificial, em que a mãe biológica era a mesma mãe genética, de modo que o que havia de externo era apenas a participação do pai, cujo zigoma masculino vinha a fecundar o óvulo da mãe biológica. A possibilidade de fertilização fora do corpo humano abriu, no entanto, o leque de possibilidades no que tange à maternidade, de modo que, atualmente, é possível se falar em uma *maternidade cindida*, ou *split motherhood* (SCHWENZER, 2006): (i) a *maternidade biológica*, consubstanciada na parturiente, que será responsável pela gestação da criança; a (ii) *maternidade genética*, incorporada na pessoa da doadora do óvulo que, não necessariamente, está envolvida no projeto de concepção do bebê; e, ainda, (iii) a maternidade que diz respeito à *autoria do projeto parental* – sendo esta a mulher que, embora não tenha podido gerar a criança ou mesmo fornecer o óvulo que dará origem ao ser humano, será, no desfecho, a mãe (ARAÚJO, 2014) – podendo, neste caso, figurar inclusive um homem como sujeito, porquanto exista a possibilidade de um projeto de parentalidade levado a cabo única e exclusivamente por um indivíduo do sexo masculino.

Vacila o direito, no entanto, na tutela essa relação jurídica, por definição, complexa. O ordenamento jurídico brasileiro padece de grave lacuna legislativa no que diz respeito à gestação de substituição, isto porque não há, nem nunca houve, qualquer lei que tenha tentado regular esta situação. Na vã tentativa de procurar

regulamentar o que antigamente se chamava de “barriga de aluguel”, o Conselho Federal de Medicina vem editando, de tempos em tempos, resoluções para, ao menos, tentar colmatar, mesmo que temporariamente, os vazios normativos existentes na matéria. Neste sentido, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução CFM 1358/1992, que foi sucedida pelas Resoluções CFM 1957/2010, 2013/2013 e, finalmente, 2.168/2017, que é praticamente a única regulamentação atual existente sobre a assunto.

Ressalva-se, no entanto, que estas resoluções se aplicam tão-somente à classe médica, porque, em última análise, não são legitimadas pelo sistema normativo brasileiro a serem impostas todos os cidadãos, uma vez que não se originam nem no poder judiciário, nem no poder legislativo, nem no poder executivo, que são as três esferas competentes neste nosso sistema tripartite (MONTESQUIEU, 1980).

Assim sendo, o objetivo deste trabalho é analisar, a partir do direito brasileiro, do direito comparado e do direito internacional privado, o arcabouço jurídico existente sobre a matéria para determinar a eventual necessidade de regulamentação legislativa, além de identificar falhas no sistema brasileiro. Ademais, a partir da experiência do direito comparado, pretende-se sugerir alguns desenvolvimentos no âmbito da gestação de substituição, a fim de possibilitar um melhor manejo do tema, principalmente no que tange à possibilidade de se haver a gestação por substituição na modalidade onerosa.

## 1.1 METODOLOGIA

Os métodos utilizados neste trabalho são, principalmente, o método comparativo-funcional e o comparativo-factual. O primeiro, na medida em que analisar-se-á os institutos de direito estrangeiro que, funcionalmente, regulam o mesmo negócio jurídico, porque se acredita que ordenamentos jurídicos diferentes abordam problemas semelhantes de forma diversa (MARKESINIS, 2004); o segundo, na medida em que examinar-se-ão os fatos jurídicos, para que se analise a resposta que cada sistema deu à ocorrência do mesmo fato, a gestação por substituição.

Ainda, quando forem analisados os países em que há legislação regulando a gestação por substituição, o estudo será feito através do método lógico-indutivo, ao

passo que, nos países em que a legislação está silente sobre a matéria, através da análise de casos lançar-se-á mão do método lógico-dedutivo.

## 1.2 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

É necessário, para que se tenha uma melhor compreensão da atual situação do instituto da gestação por substituição no direito brasileiro, realizar um breve estudo dos caminhos que nos trouxeram até o presente momento. Assim sendo, percebe-se que é mui antiga a utilização do útero de outrem para satisfazer ao desejo ou mesmo à necessidade de se ter filhos.

Figurava já no Código de Hamurabi previsão da possibilidade de ter-se uma barriga de aluguel caso a esposa fosse infértil, até porque a infertilidade *per se* poderia dar causa à dissolução do matrimônio<sup>1</sup>. Neste caso, a gestação por substituição representava não apenas um auxílio à simples vontade do casal, mas era prescrita como um meio idôneo, legal e institucional, sendo o filho da barriga de aluguel considerado filho da própria esposa e recebendo tratamento igual ao que caberia aos filhos que ela mais tarde viesse a conceber<sup>2</sup>.

Outro registro antigo e notável desta prática pode facilmente ser encontrado no Velho Testamento da Bíblia, no livro do Gênesis<sup>3</sup>, na passagem em que Sarai, esposa de Abraão, infértil, faz que seu esposo tenha relações com Agar, sua escrava, a fim de gerar descendência própria<sup>4</sup>. No mesmo sentido e no mesmo livro, Raquel, esposa de Jacó, suplica a sua serva, Bala, que realize seu desejo de ser mãe.

---

<sup>1</sup>*Código de Hamurabi, Família e Incesto na Babilônia antiga*. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10797/10797\\_3.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10797/10797_3.PDF)>. Acesso em: 05/06/2018.

<sup>2</sup>No que tange à vocação sucessória, no entanto, o filho da concubina seria preterido em favorecimento dos filhos da esposa original.

<sup>3</sup>Gênesis 16:1-4: “Ora Sarai, mulher de Abrão, não lhe dava filhos, e ele tinha uma serva egípcia, cujo nome era Agar. E disse Sarai a Abrão: Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz; toma, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela. E ouviu Abrão a voz de Sarai. Assim tomou Sarai, mulher de Abrão, a Agar egípcia, sua serva, e deu-a por mulher a Abrão seu marido, ao fim de dez anos que Abrão habitara na terra de Canaã. E ele possuiu a Agar, e ela concebeu; e vendo ela que concebera, foi sua senhora desprezada aos seus olhos”.

<sup>4</sup>Gênesis 30: 1-5: “Vendo Raquel que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã, e disse a Jacó: Dá-me filhos, se não morro. Então se acendeu a ira de Jacó contra Raquel, e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó a possuiu. E concebeu Bila, e deu a Jacó um filho”.

Em Roma e na Grécia, a exemplo do que ocorria na Babilônia, conforme Fustel de Coulanges (1864), em virtude de o casamento servir apenas para perpetuar a família e o culto doméstico, a esterilidade da mulher era razão plausível de anulação do casamento e, caso a infertilidade fosse associada ao homem, este era substituído por um irmão ou parente, sendo o filho que dessa união se originasse considerado primogênito do casal inicial. Vale lembrar, no entanto, que até o século XV alguns povos, mais notadamente os de fé cristã, associavam a esterilidade apenas ao sexo feminino (VIEGAS e POLI, 2015), pois a infertilidade masculina era desconhecida ou considerada associada ao demônio, que encontrava na mulher sua via de entrada na vida do casal.

Assim sendo, é possível perceber que a prática passou por altos e baixos através do tempo, oscilando à mercê de influências religiosas, geográficas, demográficas, i.a., revelando-se verdadeiro, portanto, o que foi dito por Eça de Queiroz: “Não há nada novo sob o Sol, e a eterna repetição das coisas é a eterna repetição dos males. Quanto mais se sabe mais se pena. E o justo como o perverso, nascidos do pó, em pó se tornam.” (QUEIROZ, 2013).

Ocorreu no final do século XX, no entanto, significativa mudança de paradigma no que tange à gestação por substituição. Embora desde a segunda metade do século XIX houvesse experiências significativas no ramo da inseminação artificial<sup>5</sup>, o domínio da técnica da fertilização *in vitro* representou a grande reviravolta no que diz respeito ao uso de barrigas de aluguel. Entrementes, o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida não foi acompanhado pelo Direito, que se aperfeiçoa lentamente, corolário do princípio da segurança jurídica, avançando no ritmo da sociedade como um todo.

Desta forma, portanto, caberá analisar, como já se disse na introdução, o atual arcabouço jurídico correspondente, procurando buscar alternativas e delinear possíveis melhorias na legislação existente.

---

<sup>5</sup>O médico norte-americano Willian Pancoast inseminou, na Filadélfia, em 1884, uma mulher anestesiada com o material de um doador terceiro, sem que ela ou seu marido, que era estéril, disto conhecimento tivessem, tudo apenas vindo à tona anos depois. THE EDITORS OF ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Artificial insemination*. Disponível em: <<https://www.britannica.com/science/artificial-insemination>>. Acesso em: 06/06/2018.

### 1.3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Por meio das técnicas de reprodução assistida, a medicina moderna tornou possível o sonho de indivíduos que sem o auxílio do procedimento jamais conseguiriam constituir prole própria, aos quais restava, no mais das vezes, trilhar, o por vezes doloroso caminho da adoção. Esta alternativa, embora sistematicamente benéfica à sociedade como um todo, tem o potencial de causar dissabores dos mais diversos, desde aqueles oriundos do impedimento imposto a algumas espécies de casal pelo próprio sistema de adoção (casais homoafetivos e pessoas sozinhas, e.g.) até a dificuldade de encontrar crianças que se encaixem no desejo da família, que muitas vezes quer criar um bebê desde os primeiros passos.

Classificar-se-á a reprodução assistida, para os fins deste trabalho e melhor compreensão da matéria, de duas maneiras diferentes. A primeira leva em conta o método de inseminação, sendo então considerada como (i) inseminação artificial e (ii) fertilização *in vitro* (PASSOS, 2017). A segunda classificação, por sua vez, considera o material genético utilizado, resultando as seguintes modalidades: (i) homóloga, (ii) homóloga *post mortem*, (iii) heteróloga e (iv) bisseminal. Vale dizer, este último critério é resultado de uma interpretação conjunta da literatura médica mais atualizada com o Art. 1.597<sup>6</sup> do Código Civil e o Enunciado n.º 105 do Conselho da Justiça Federal<sup>7</sup>, aprovado na I Jornada de Direito Civil.

#### 1.3.1 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial é o método mais antigo de reprodução assistida, porque simples, consistindo, grosso modo, na introdução de sêmen processado e concentrado no canal reprodutivo feminino, podendo esta ocorrer na própria vagina,

---

<sup>6</sup>Código Civil, Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>7</sup>Enunciado n.º 105 do Conselho da Justiça Federal. Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

no interior do colo uterino ou ao redor deste, no interior do útero ou mesmo no interior do abdome, sincronizada ou não com a ovulação, em um ciclo natural ou estimulado (PASSOS, 2017).

### 1.3.2 DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Ocorre de maneira diversa à inseminação artificial a fertilização *in vitro*, uma vez que a mesma tem lugar fora do sistema reprodutor feminino – dita *in vitro* porque o instrumento utilizado pelos geneticistas é uma *Placa de Petri*, que nada mais é que um recipiente de vidro – em laboratório, sendo o óvulo fecundado transplantado para o corpo da mãe que hospedará o embrião resultante. A literatura médica indica a fertilização *in vitro* em vários casos, mais notadamente quando a infertilidade não tem causa aparente ou o casal é sorodiscordante para o Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) – i.e., quando o homem é soropositivo (PASSOS, 2017).

### 1.3.3 DA CONCEPÇÃO HOMÓLOGA

Diz-se homóloga a fecundação quando um óvulo da mãe autora do projeto de parentalidade é fecundado por um espermatozoide do pai propriamente dito, ou seja, do co-autor do mesmo projeto de parentalidade, i.e., o marido da mulher fertilizada. Inexistem na fertilização homóloga, portanto, terceiros envolvidos, correspondendo, desta forma, à técnica mais antiga e mais tradicional de fertilização assistida.

Ademais, o Código Civil prevê, em seu Art. 1.597, a presunção de concepção na constância do casamento os filhos havidos por meio de fecundação artificial homóloga, *in verbis*:

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

.....

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de fecundação artificial homóloga.

.....

Vê-se, portanto, que o legislador se preocupou também em regular a situação na qual o casal já não mais se encontra casado, como é o caso dos embriões excedentários, que atraem a presunção de paternidade a qualquer tempo.

#### 1.3.4 DA CONCEPÇÃO HOMÓLOGA *POST MORTEM*

É procedida a fertilização na concepção homóloga *post mortem* de maneira análoga à concepção homóloga tradicional, incluindo-se, porém, um relevante fator, qual seja a morte do pai. Concedeu o direito brasileiro a presunção de paternidade também à prole gerada por esta espécie de fertilização assistida, como se depreende claramente da análise do Art. 1.597, do Código Civil, senão veja-se:

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

.....  
 III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

.....  
 IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de fecundação artificial homóloga.

Há de se ressaltar, ainda, que o Código Civil previu a possibilidade de haver embriões excedentários resultantes da fertilização homóloga, aos quais também se garantiu a presunção de paternidade, mesmo *post mortem*.

#### 1.3.5 DA CONCEPÇÃO HETERÓLOGA

Na concepção heteróloga, de maneira diversa ao que ocorre na homóloga, há a participação de um terceiro no processo de fertilização, quer seja porque o pai ou a mãe autores do projeto de parentalidade não têm condições biológicas de participar do processo de fertilização ou mesmo em casos nos quais os autores do projeto de parentalidade são um casal homoafetivo, e.g., quando então a uma terceira a doação

do óvulo caberá. É o tipo mais complexo, porque nele poderão estar presentes as três maternidades (*split motherhood*) de que se falou no início deste trabalho, recapitulando: a maternidade biológica, a maternidade genética e a maternidade afetiva.

### 1.3.6 DA CONCEPÇÃO BISSEMINAL

Ocorre a fertilização por concepção bisseminal quando há a existência de espermatozoides oriundos de mais de um pai num mesmo evento – *nomen est omen*. Neste último tipo de fertilização, há a mistura de material seminal do pai com o de um terceiro anônimo, sendo recorrente em situações de insuficiência de espermatozoides do companheiro ou marido (VIEGAS e POLI, 2015). É válido ressaltar que, em sendo incerta por definição a paternidade *in casu*, um posterior exame de DNA será necessário se a família desejar determinar com precisão a paternidade genética.

## 2 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Havendo sistemas jurídicos diversos governando as relações entre os seres humanos e servindo de instrumento promotor de paz social em todo o planeta, diferentes é o tratamento dispensado por estes sistemas a toda sorte de negócio jurídico. O direito privado *lato sensu* por si só já oferece um fenômeno próprio de diferenciação entre esses sistemas, diversificação esta que se intensifica ainda mais quando se trata de direito das famílias, posto que é o ramo mais tangível e intrínseco às relações humanas, porque diz respeito a como se dá o relacionamento entre as pessoas.

As variáveis são inúmeras, tais como restrições a casais homossexuais, a vedação à prática por estrangeiros ou a proibição da contratação de um contrato de gestação por substituição de forma onerosa, i.a., aí jazendo a riqueza do direito comparado: sistemas jurídicos diferentes reagem a situações similares de maneira diferente, criando soluções diversas para os mesmos problemas. Assim sendo, este capítulo visa a identificar e criar um panorama do arcabouço jurídico existente sobre a matéria, a fim de demonstrar o que se pode aprender com a experiência estrangeira e, por outro lado, o que se deve evitar absorver.

O critério utilizado para eleger os países que serviriam de comparação varia de acordo com a espécie. Escolheu-se os Estados Unidos da América como símbolo dos países que permitem a gestação por substituição (far-se-á adiante ressalva no que tange à variabilidade desta permissão de acordo com o estado da federação) pela influência exercida pelo país em todos os círculos de poder, regional e mundialmente, principalmente depois da II Guerra Mundial. Federação Russa e Ucrânia, por sua vez, representam um certo grau de peculiaridade em virtude da relação controversa oriunda dos requisitos de orientação sexual e nacionalidade dos autores do projeto de parentalidade, daí terem entrado neste capítulo.

No que tange aos países que proíbem a gestação por substituição, a escolha se deu por um motivo de tradição do direito brasileiro. Historicamente, o direito brasileiro se revelou um produto misto de outros ordenamentos jurídicos, mormente europeus, notadamente o direito alemão, o direito italiano e o direito francês. Assim

sendo, nada mais natural que, para se estudar comparativamente, se lance mão desses ordenamentos para proceder à análise.

Por último, os sistemas mistos foram selecionados em virtude da especialidade dos sistemas, quer por apresentarem características ímpares, como é o caso de Israel, quer por representarem, no caso do Reino Unido, um rompimento com a estrutura do direito costumeiro, tendo exigido a elaboração de lei em sentido estrito, ao contrário do que se tem, via de regra, em direito britânico de *common law*.

## 2.1. PAÍSES QUE PERMITEM A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

### 2.1.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A possibilidade de se gerar uma criança por gestação por substituição, na maioria das vezes, está associada a fatores como o grau de liberdade que um Estado garante a seus cidadãos, como é o caso dos Estados Unidos da América, ou à criação de um ambiente propício desenvolvido para este fim, como era, até muito pouco tempo, o da Índia e do México (THE NEW YORK TIMES, 2017).

Em parte dos Estados Unidos da América<sup>8</sup>, é possível a geração de uma criança via gestação de substituição, quer seja por fertilização homóloga ou heteróloga. Embora os custos sejam os mais altos dentre os países que permitem a prática, o país é reconhecidamente o mais seguro para os pais<sup>9</sup>. Enquanto em lugares como o Camboja uma gestante recebe pouco mais de US\$10.000,00 (dez mil dólares

---

<sup>8</sup>No que tange aos Estados Unidos da América, é necessário ressaltar que, devido ao forte federalismo, admirável herança dos *founding fathers* (Hamilton, Madison e Jay), a situação é diferente em cada estado, variando razoavelmente. Arkansas, California, Delaware, District of Columbia, Illinois, Maine, Nevada e New Hampshire são considerados *surrogacy friendly*. Alaska, Colorado, Georgia, Iowa, Kansas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Montana, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, South Dakota e Wyoming não dispõem de legislação acerca da matéria e os tribunais, ao julgarem incidentalmente a matéria, têm reconhecido como válida a maternidade por substituição em suas mais variadas apresentações. Assim sendo, para os fins deste trabalho, considerar-se-á os Estados Unidos da América como um país que, em sua grande maioria, permite a gestação por substituição, como tem sido feito majoritariamente na doutrina brasileira.

<sup>9</sup>É inegável que os Estados Unidos da América sejam o país mais seguro para a concepção de uma criança por gestação de substituição, isto porque, embora o contrato de barriga de aluguel – como qualquer outro contrato, diga-se de passagem –, há preocupação da doutrina e da jurisprudência no sentido de prover tutela jurisdicional a todos os casos que acabam indo a litígio perante os tribunais, tanto os que tangem à fase anterior ao nascimento da criança quanto os que dizem respeito ao período posterior ao parto (MAZER, 2017).

norte-americanos), uma mãe americana recebe, para o mesmo negócio, cerca de US\$150.000,00 (trinta e cinco mil dólares norte-americanos), podendo a quantia aumentar se a fertilização for feita por concepção heteróloga (BHOWMICK, 2016).

Outro fator que influencia o valor da gestação é a regulação imposta pelo Estado onde se está gerando o bebê. Na Índia, em virtude da ausência de regulação da prática, desenvolveu-se um ambiente permissivo, que acabou por gerar certos problemas indesejados, principalmente no que diz respeito à concessão de nacionalidade indiana aos bebês nascidos de mulheres indianas em virtude da adoção, naquele país, da política de *ius sanguinis*. Uma revisão na política de gestação por substituição na Índia – que passou a exigir (i) casamento heterossexual comprovado há pelo menos dois anos, (ii) carta da autoridade diplomática responsável certificando que a gestação por substituição é permitida no país de origem dos pais, (iii) impossibilidade comprovada dos pais de gerar uma criança e, ainda, (iv) que a concepção, heteróloga ou não, ocorra de forma que o óvulo não seja de uma indiana, a fim de, evidentemente, afastar a incidência da nacionalidade indiana nos bebês nascidos por barriga de aluguel – acabou por gerar a migração em massa das clínicas de fertilização para o Nepal, país vizinho (CERUTTI, 2016).

Por algum tempo o Nepal foi considerado um país que permitia a gestação por substituição quando, na verdade, apenas representava uma válvula de escape ao mercado que já havia se estabelecido na Índia e encontrou na falta de regulação do vizinho a saída para que não fosse necessário desmantelar toda a cadeia que já se tinha organizado. O governo nepalês, no entanto, logo resolveu proibir a prática pelos mesmos fundamentos de seu vizinho indiano (ABRAMS, 2016), o que resultou numa nova migração da cadeia responsável pela prática da gestação por substituição, desta vez para o Camboja (BHOWMICK, 2016).

### 2.1.2 FEDERAÇÃO RUSSA E UCRÂNIA

Na Rússia e na Ucrânia, por sua vez, os problemas são outros. Ao Contrário dos Estados Unidos, do México e do Nepal, decidiu-se por vedar, em ambos, a prática da gestação por substituição por pais homossexuais. Isto porque nestes países é, ainda, vedado o casamento entre indivíduos do mesmo sexo, sendo inclusive manifestações de afeto entre pessoas do mesmo sexo uma prática proibida, que pode

levar, pasme-se, ao pagamento de multa e até a pena privativa de liberdade. Ainda, em ambos os países será necessário que os pais sejam incapazes de gestar e que o material genético não seja aportado pela gestante – manifesta-se aqui, novamente, a questão de evitar que o bebê atraia para si a naturalidade do país da gestante, mais uma vez em virtude da aplicação do princípio do *ius sanguinis*. Vale ressaltar que na Rússia será possível a gestação dos filhos de pais solteiros, o que não ocorre na Ucrânia, onde só são aceitas pessoas casadas.

Ademais, no que tange à filiação, prescinde a Rússia de proteção aos direitos dos autores do projeto de parentalidade, isto porque a mera declaração da parturiente é suficiente para afastar a filiação dos contratantes sob a égide do princípio *mater semper certa est*, o que causa, ao fim e ao cabo, insegurança jurídica numa eventual disputa que diga respeito a conflito positivo de maternidade (CERUTTI, 2016). Na Ucrânia, de modo diverso, a parentalidade será sempre atribuída a aqueles que aportaram o material genético, independentemente do desejo da parturiente.

## 2.2 PAÍSES QUE PROÍBEM A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Intriga a lista dos Estados que não permitem a gestação por substituição por nela figurarem alguns países que, por um ou outro motivo, não se esperava que lá estivessem. É o caso de França, Alemanha e Itália. Conhecidos por tradicionalmente reconhecerem a nacionalidade apenas por *ius sanguinis*, estes países permanecem não permitindo a gestação por substituição, quer seja por não desejarem que seus territórios se tornem alvo de turismo reprodutivo ou mesmo por acreditarem que a ocorrência de barriga de aluguel acaba, ao fim e ao cabo, por criar um ambiente propício para o vilipêndio mulheres em estado de vulnerabilidade.

### 2.2.1 REPÚBLICA FRANCESA

No caso francês, a prática é proibida através da interpretação sistemática de três dispositivos do *Code Napoléon*: o Art. 6<sup>10</sup>, que versa sobre a impossibilidade de se perfazer qualquer negócio jurídico que venha a violar a ordem pública; o Art.

---

<sup>10</sup>Code Civil, Art. 6. On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

1.128<sup>11</sup>, que dispõe acerca dos requisitos essenciais à formação do contrato no direito francês e, finalmente, o Art. 353<sup>12</sup>, que versa especificamente sobre a necessidade de tutela jurisdicional quando há interesse de menores em questão.

Ilustra a situação da França em relação à gestação de substituição os casos *Mennesson v. France*<sup>13</sup> e *Labassee c. France*<sup>14</sup>, ambos julgados em conjunto pela Corte Europeia de Direitos Humanos, situada em Estrasburgo, na França. *In casu*, ambos os casais, porque inférteis, haviam recorrido à gestação por substituição no estado americano da Califórnia, onde o processo é legalizado, na modalidade gratuita, se tratando, de barriga *solidária*, e não *de aluguel*. As crianças receberam nacionalidade americana em virtude da aplicação do princípio do *ius soli* naquele país, mas tiveram negada a nacionalidade francesa quando os pais tentaram ir ao consulado francês naquela localidade para registrar seus filhos. Em ambos os casos se cumpriu a *via crucius* do direito interno francês, indo até o mais alto grau de jurisdição – requisito essencial para que se pudesse posteriormente submeter o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos. Ao submeter-se o caso à apreciação da Corte, esta percebeu que, mesmo que na França os pactos de gestação por substituição sejam nulos e contra a ordem pública, como já se disse anteriormente, a margem de discricionariedade do governo francês deveria ser reduzida neste caso em virtude de um bem maior, qual seja o bem-estar das crianças, privadas da nacionalidade dos pais, a que fazem jus pelo *ius sanguini*. Vê-se, portanto, que a França lutou até o

---

<sup>11</sup>Code Civil, Art. 1.128. Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain.

<sup>12</sup>Code Civil, Art. 353. L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. Le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le tribunal à cet effet. Il doit être entendu selon des modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul ou avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. Dans le cas où l'adoptant a des descendants le tribunal vérifie en outre si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale. Si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant. Si l'enfant décède après avoir été régulièrement recueilli en vue de son adoption, la requête peut toutefois être présentée. Le jugement produit effet le jour précédant le décès et emporte uniquement modification de l'état civil de l'enfant. Le jugement prononçant l'adoption n'est pas motivé.

<sup>13</sup>CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Mennesson v. France* (App. 65192/11). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389>>.

<sup>14</sup>CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Labassee c. France* (App. 65941/11). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>>. Acesso em: 15/06/2018.

último instante para reconhecer a nacionalidade de dois bebês nascidos através de uma gestação de substituição, o que demonstra a contrariedade daquele sistema jurídico à técnica.

## 2.2.2 REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Na Alemanha, de maneira mais simples e direta, como é característico do pragmatismo germânico, um único artigo do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, o Código Civil alemão) sintetiza o que a doutrina e a jurisprudência consideram imutável: *Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat*<sup>15</sup>. Isto quer dizer, em tradução livre, que a mãe de uma criança é a aquela que lhe deu à luz. Embora seja possível perceber uma grande e significativa mudança na abordagem do BGB em respeito à legitimidade dos filhos (FRIEDERICI, 2016), mormente em função da retirada do vocábulo *Ehelichkeit*, que quer dizer *legitimidade*, a nova redação do §1.591 (em efeito desde 1º de julho de 1998) marca a opção legislativa de deixar de fora do conceito de maternidade a possibilidade de gestação por substituição.

Reforça a legislação esparsa a proibição à barriga de aluguel por meio de vários dispositivos. A *Adoptionsvermittlungsgesetz*<sup>16</sup> (AdVermiG) concomitantemente regula a adoção e a proibição do uso de barriga de aluguel de qualquer espécie, inclusive tipificando no seu §14 a prática como delito criminal, que pode acarretar, inclusive, pena privativa de liberdade a aquele que agenciar a barriga de aluguel. Ressalta-se, no entanto, que nem aquela que gesta nem a autora do projeto de parentalidade incorre em crime, sendo o tipo destinado apenas ao agenciador, nos termos do §14b da AdVermiG. A *Embryonenschutzgesetz*<sup>17</sup> (ESchG) se preocupa em regular as questões atinentes à reprodução assistida *per se*, mais especificamente no que tange aos embriões utilizados, estabelecendo, também, tipo penal para quem fizer mau uso das técnicas de fertilização. A *Personenstandsgesetz*<sup>18</sup> (PStG) lida com as questões

---

<sup>15</sup>BGB, §1591.

<sup>16</sup>Adoptionsvermittlungsgesetz. Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern. Adoptionsvermittlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Dezember 2001 (BGBl. 2002 I S. 354), das zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist.

<sup>17</sup>Embryonenschutzgesetz. Gesetz zum Schutz von Embryonen. Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist.

<sup>18</sup>Personenstandsgesetz. Personenstandsgesetz vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) geändert worden ist.

práticas relativas ao registro dos nascimentos e óbitos ocorridos fora da Alemanha, sendo a responsável por disciplinar o reconhecimento ou não do registro de nascimento fornecido pela autoridade estrangeira (§36 PStG). Por último, a *Familienverfahrensgesetz*<sup>19</sup> (FamFG) rege o procedimento em questões de família e também de jurisdição voluntária, configurando importante instrumento no que diz respeito ao reconhecimento de sentenças estrangeiras na matéria (§108 II FamFG).

### 2.2.3 REPÚBLICA ITALIANA

No direito italiano, está em vigor a Lei n.º 40, de 19 de fevereiro de 2004, publica na *Gazzetta Ufficiale* n.º 45, de 24 de fevereiro de 2004, que versa sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*<sup>20</sup>. A referida lei exige como requisito subjetivo para acesso às técnicas de fertilização assistida que sejam casais de sexo diverso, i.e., heterossexuais, casados ou em convivência matrimonial, em casos de esterilidade ou infertilidade medicamente comprovada, sendo vedada a fertilização heteróloga.

A lei ainda descreve pormenorizadamente as punições a que estão sujeitos aqueles que violarem as disposições acerca da fertilização assistida, geralmente envolvendo sanções administrativas em valores que chegam aos 600.000,00€ (seiscentos mil euros, aproximadamente R\$2.500.000,00). Ademais, a prática é socialmente censurada, mesmo por casais homossexuais, sendo que em pesquisa promovida pelo movimento feminista *Se Non Ora Quando*, 48% da população italiana se opõe a qualquer tipo de gravidez por substituição (THEM BEFORE US, 2017), sendo que já houve comentários na mídia por parte de funcionários do primeiro escalão do governo declarando acreditarem que a prática deveria ser punida a exemplo do que ocorre com crimes sexuais, ou seja, com a prisão dos envolvidos, (SCAMMELL, 2016).

---

<sup>19</sup>Familienverfahrensgesetz. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780) geändert worden ist.

<sup>20</sup>REPÚBLICA ITALIANA. Legge 19 febbraio 2004, n. 40, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>>. Acesso em: 23/06/2018.

Uma boa ilustração do que ocorre naquele país pode ser deduzida da análise do caso *Paradiso and Campanelli v. Italy*<sup>21</sup>, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Neste caso, os pais, sendo inférteis e tendo falhado na tentativa de uma fertilização artificial homóloga, procuraram uma clínica em Moscou, na Rússia, que agenciou uma barriga de aluguel. O governo italiano, depois de havida a criança no estrangeiro, cassou a documentação do bebê, acusou os pais de falsificação de documentos e, ainda, afastou a criança do convívio familiar. Após todas as instâncias nacionais, o governo italiano foi processado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, que julgou procedente o pleito dos pais e retornando o filho havido por barriga de aluguel ao convívio da família. Vê-se, portanto, que a prática não é aceita institucionalmente, inclusive se dificultando, e muito, a situação daqueles que a ela recorrem, como se viu no caso acima descrito.

## 2.3 SISTEMAS MISTOS

Tratar-se-á agora dos sistemas chamados mistos, quer seja porque permitem a gestação por substituição tacitamente, ou porque tem sua regulação permeada de exigências que os caracterizam como um sistema misto. Vale dizer que o sistema brasileiro entraria nesta classificação e neste capítulo, se destinado a ele um capítulo em apartado não houvesse.

### 2.3.1 REINO UNIDO E REPÚBLICA HELÊNICA

Promulgou Sua Majestade, a Rainha Elizabeth II, em 16 de julho de 1985, o *Surrogacy Arrangements Act*<sup>22</sup>, lei que se destina a regular “*certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers*” (REINO UNIDO, 1985). De acordo com essa legislação, apenas cidadãos britânicos poderão ter acesso às técnicas de reprodução assistida visando à gestação por substituição. Isto pode ser visto, como na maioria dos Estados que impõe tal restrição, como uma medida para impedir que o país se torne destino para

---

<sup>21</sup>CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Paradiso and Campanelli v. Italy* (App. 25358/12). Disponível em: <<https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2012-025358-2.pdf>>. Acesso em: 14/06/2018.

<sup>22</sup>REINO UNIDO. *Surrogacy Arrangements Act*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>>. Acesso em 21/06/2018.

o turismo reprodutivo. Ademais, no Reino Unido é possível verificar que há clara distinção entre a validade do contrato de gestação por substituição, que deverá ser, invariavelmente, gratuito, sendo a barriga, portanto, solidária, e a atribuição de filiação (CERUTTI, 2016). Num primeiro momento, a maternidade é atribuída à parturiente, sendo necessário um processo posterior para alocação da filiação no casal que de fato é autor do projeto de parentalidade. Embora haja exigência de os pais serem casados ou estarem em união estável e também que um dos dois tenha vínculo genético com a criança, inexistente qualquer restrição no que tange à orientação sexual dos pais.

Na Grécia, por sua vez, a regulação se assemelha à do Reino Unido, mas difere em alguns importantes aspectos que valem o destaque<sup>23</sup>. É permitida a gestação por substituição quando os pais são geneticamente incapacitados para gerar uma criança ou quando se pretende evitar a transmissão de doenças através da gestação (o que é uma possibilidade quando a mãe é soropositiva, e.g.)(REPÚBLICA HELÊNICA, 2002, 2005 e 2014). Outra grande diferença reside na impossibilidade de casais homossexuais fazerem uso da prática (CERUTTI, 2016). É necessário, portanto, que sejam os pais heterossexuais e casados ou, ainda, que o projeto seja uniparental (quando um homem ou uma mulher que não estão casados desejam ter um filho, como um projeto independente). Vale ainda ressaltar que, a exemplo do Reino Unido, é *conditio sine qua non* que os pais tenham, pelo menos, residência permanente na Grécia, numa tentativa de impedir a proliferação do turismo reprodutivo.

### 2.3.2 ESTADO DE ISRAEL

Fecha o capítulo sobre os países de sistema misto o Estado de Israel, por sua peculiaridade. De acordo com a lei n.º 5756, de 1996, a gestação por substituição é permitida sob algumas restrições comuns, quais sejam o altruísmo no acordo, a heterossexualidade dos envolvidos e a incapacidade de gestar. A primeira diferença

---

<sup>23</sup>A matéria encontra-se disciplinada, em direito helênico, nas leis 3089/2002, 3305/2005 e 4272/2014. O entre a primeira e a segunda legislação, a única mudança foi a observância da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa de 31 de março de 2004 (2004/23/EC), que estabeleceu quem ficaria responsável por aferir a contaminação da mãe como fato garantidor da permissão para a fertilização por substituição. A lei 4272/2004, por sua vez, estendeu o escopo da permissão para a gestação por substituição não apenas para cidadãos gregos, mas também para cidadãos europeus com residência permanente temporária naquele país.

reside no fato de ser necessário que os gametas masculinos advenham do pai autor do projeto de parentalidade, obrigatoriamente; o óvulo poderá ser doado, desde que a gestante não tenha vínculo familiar com os pais intencionais. O principal e mais interessante no caso israelense é, no entanto, a exigência de que a gestante professe a mesma religião dos autores do projeto de parentalidade, exceto se nenhuma das partes for judia (CERUTTI, 2016). Este detalhe revela a importância da religião no Estado de Israel, e é perfeitamente compreensível ao se analisar a própria fundação do país e sua história milenar. A cultura judaica preza pelo respeito às raízes, pela manutenção da linhagem judia, e isto se manifesta sobremaneira no seu direito (LIPKIN e SAMAMA, 2010).

### 3 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Na esfera do direito brasileiro, a questão da gestação de substituição se encontra numa área de penumbra, como já se referiu na *Introdução* deste trabalho. Embora de matriz notoriamente mista, porque produto do direito canônico, francês, alemão, italiano e das ordenações, o direito brasileiro não se inclinou a nenhum desses sistemas no que diz respeito à regulamentação da barriga de aluguel ou solidária.

De um modo genuinamente brasileiro, parece ter havido uma escolha tácita que privilegiou a marginalização do regramento da matéria, isto porque, de acordo com o próprio princípio da legalidade positivado na Constituição Federal de 1988, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*<sup>24</sup>. Far-se-á, portanto, neste capítulo, um apanhado do que já se procurou fazer em respeito ao tema, bem como da atual regulamentação e, ainda, um aceno à possibilidade de avançar-se na direção da possibilidade de gestação por substituição regulada por contrato oneroso.

#### 3.1 HISTÓRICO

##### 3.1.1 RESOLUÇÃO N.º 1.358, DE 1992, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Inexistindo previsão a respeito e diante da necessidade que havia, à época em que se popularizaram os procedimentos de reprodução assistida, de dar alguma orientação à classe médica que, ao fim e ao cabo, é quem leva a cabo o procedimento, o Conselho Federal de Medicina editou, em 17 de janeiro de 1992, a Resolução n.º 1.358, que previa, *in verbis*:

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

---

<sup>24</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Art. 5º, II.

demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.<sup>25</sup>

Assim sendo, deduz-se alguns aspectos importantes, quais sejam: a (i) impossibilidade física de gestar a criança, ou a contra-indicação médica nesse sentido; a (ii) vedação ao caráter lucrativo ou comercial da relação; e, ainda, (iii) a necessidade de um estreito laço de parentesco com a mãe autora do projeto de parentalidade. Percebe-se que, na época, não houve preocupação em regulamentar as situações de gestação por substituição de pais solteiros ou de casais homossexuais, de modo que não havia nenhuma previsão neste sentido.

Permaneceu em vigor por quase vinte anos a Res. 1.358/CFM, até a edição da Res. 1.957/CFM, de 2010, que, embora tenha alterado significativamente as disposições acerca da reprodução assistida, em nada modificou a questão da gestação por substituição.

### 3.1.2 RESOLUÇÃO N.º 2.013, DE 2013, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Alteração substancial no que tange à cessão temporária do útero viria a acontecer somente em 2013, quando o Conselho Federal de Medicina editou a Res. 2.013, de 2013, que trouxe à tona várias questões que haviam sido esquecidas na primeira regulamentação do século passado, ainda em validade à época. Os vinte anos de vigência da antiga resolução de 1992 possibilitaram perceber aspectos de grave importância que mereciam mais atenção, senão veja-se:

Resolução 2.013, de 2013, do Conselho Federal de Medicina<sup>26</sup>.

#### 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

---

<sup>25</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Res. 1.358, de 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: 20/06/2018.

<sup>26</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Res. 2.013, de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 20/06/2018.

contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

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

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;

- Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

- Descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

- Contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

- Os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

- Os riscos inerentes à maternidade;

- A impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

- A garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

- A garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

- Se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

## VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM*

É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Dentre os aspectos que mereceram maior nível de detalhamento, realça-se a limitação de idade da mãe biológica, fixada em 50 anos, em virtude de eventuais problemas que poderiam surgir quando se utilizava da técnica em mães mais velhas – como o aumento dos índices de hipertensão, diabetes e, em consequência disso, risco obstétrico pela maior ocorrência de partos prematuros –, disposição que não encontra correspondência na antiga regulamentação. Limitou-se também a idade daqueles que doam os gametas, de modo que isto seria possível, para os homens, até os 50 anos e, para as mulheres, até os 35. Ampliou-se também o espectro de parentesco capaz de servir à gestação por substituição, passando a contemplar parentes de até 4º grau *de um dos parceiros*, ou seja: não é mais exigido que seja parente da mãe, especificamente.

Outra novidade de relevo diz respeito ao consentimento informado da gestante que fará as vezes de mãe biológica, isto é, a necessidade de a gestante estar perfeitamente ciente de tudo que acontecerá com seu corpo e de todas as nuances que permeiam um acordo de gestação por substituição, incluindo, mas não se limitando, à filiação da criança a nascer – aspecto importantíssimo, quiçá o mais importante – e ao consentimento do marido ou do companheiro em união estável com a gestante. Há também a necessidade de, nas estipulações, deixar claro que a mãe fica impossibilitada de interromper a gestação após evidência do sucesso da inseminação e, ainda, que os autores do projeto de parentalidade, via de regra, restam responsáveis pela manutenção da vida e da saúde da parturiente até o final do período do puerpério<sup>27</sup>.

Importante ressaltar que, embora a Resolução de 1992 nada dissesse acerca da eventual homossexualidade dos autores do projeto de parentalidade, problemas nesse aspecto eram recorrentes, o que via de regra acabava por causar insegurança jurídica<sup>28</sup>. A resolução de 2013 deixou claro que prescinde de consideração a

---

<sup>27</sup>Segundo Martins-Costa (2017), *puerpério* é o período que se inicia logo após o parto, também conhecido como resguardo, em que ocorre o retorno dos órgãos reprodutivos ao estado pré-gravídico, podendo a gestante experimentar alterações físicas e psicológicas.

<sup>28</sup>Embora a Resolução de 1992 dissesse que qualquer pessoa poderia usar a técnica nos limites da resolução, essa falta de um rol definido criava situações em que, por discriminação à orientação sexual,

sexualidade dos autores do projeto de parentalidade, o que foi, sem sombra de dúvida, um avanço. Outro ponto importante que foi desenvolvido tange ao compartilhamento de óvulos, de modo que se estabeleceu a vedação ao comércio ou lucro com os gametas, sendo válido ressaltar, além disso, que é garantido o anonimato aos doadores.

Finalmente, a resolução tem em seu desfecho uma disposição acerca do que fazer no que tange à reprodução por inseminação artificial *post mortem*, ou seja, com gametas masculinos ou femininos criopreservados a serem utilizados para inseminação após a morte do seu doador. Nesse sentido, a resolução apenas prevê que seria necessário o consentimento expresso do doador ainda em vida para que seus gametas fossem utilizados pelo cônjuge ou companheiro supérstite.

### 3.1.3 RESOLUÇÃO N.º 2.168, DE 2017, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O último esforço do Conselho Federal de Medicina no sentido de tentar colmatar a lacuna normativa no que diz respeito à gestação por substituição é a Res. n.º 2.168, de 2017, que representou poucos, mas significativos avanços no sentido de uma regulamentação abrangente na matéria, senão veja-se:

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

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.<sup>29</sup>

Está no final deste primeiro parágrafo a grande mudança no que diz respeito à gestação de substituição: a permissão da pessoa solteira como sujeito ativo capaz de figurar como autora do projeto de parentalidade. No mais, a resolução se limitou a ratificar o que havia sido garantido no âmbito da antiga regulamentação de 2013.

## 3.2 ESFORÇOS LEGISLATIVOS

---

indivíduos homossexuais se viam impossibilitados de figurar como autores de projetos de parentalidade.

<sup>29</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Res. 2.168, de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 21/06/2018.

Muito embora não haja legislação *stricto sensu* regulando a gestação por substituição no direito brasileiro, houve tentativas recentes no sentido de regular a matéria, porém sem sucesso. Foram apresentados no Congresso Nacional os seguintes projetos de lei: 3638/1993, 2855/1997, 1135/2003, 1185/2003 e 2061/2003.

Os projetos 3638, de 1993, e 1135, de 2003, preveem que a gestante deva ter parentesco de, no máximo, 2º grau com a autora do projeto de parentalidade, o que há muito já foi superado. O projeto de lei 1185, de 2003, descreve a gestação por substituição como tipo penal, ou seja, não apenas proibindo sua prática, mas também a tornando crime, o que não em hipótese alguma se aceitaria, em pleno século XXI. O projeto de lei 2855/1997, na sua origem, trazia previsões análogas às da Resolução vigente do Conselho Federal de Medicina, mas, no processo legislativo, acabou por desnaturar-se, caindo no lugar-comum dos projetos que pretendem proibir a prática e até mesmo criminalizá-la. O único projeto de lei que apresenta algum apreço à realidade brasileira é o projeto 2061/2003, da deputada federal Maninha, do Partido dos Trabalhadores do Distrito Federal. Infelizmente, diante da inexpressividade da parlamentar e do atendimento a outros interesses políticos quaisquer, que custavam menos politicamente, o projeto não foi adiante.

Assim descrita a realidade da regulamentação no que tange à gestação por substituição no direito brasileiro, delineada sua história e medido o tamanho do *gap* legislativo, que se tentou colmatar por meio de resoluções de legalidade no mínimo questionável, passar-se-á à análise da possibilidade de, no âmbito do direito brasileiro, haver a contratação de gestação por substituição na modalidade onerosa, ou seja, não altruísta.

### 3.3 DA POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA POR CONTRATO ONEROSO

Há a apreciação, no âmbito do direito brasileiro, do negócio jurídico em três planos, resultado do trabalho desenvolvido por Pontes de Miranda (2012) no *Tratado de Direito Privado*, quais sejam o da existência, o da validade e o da eficácia. Provar-se-á neste capítulo que a gestação por substituição fundada em título oneroso é passível de inserção nesses três planos do mundo jurídico, ou seja; é um negócio que pode existir, pode ser válido e pode ser eficaz.

### 3.3.1 DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

De acordo com o Art. 104 do Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002<sup>30</sup>, são três os elementos essenciais do negócio jurídico, *in verbis*:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Veja-se, portanto, que estes elementos essenciais representam a via de entrada do negócio jurídico no plano da existência; são os elementos nucleares – o plano do *Ser*. A mera presença de agente, objeto e forma assegura a inserção do negócio no plano da existência, de modo a considerarem-se concretizados os fatos como suporte fático.

Uma vez existindo, ou seja, presentes os requisitos essenciais, torna-se necessário analisar a incidência dos elementos complementares, que dizem respeito à validade do negócio jurídico. Estes elementos nucleares compõem o plano do *Valer*, havendo dois graus de invalidade: a nulidade<sup>31</sup>, que, por ofender preceitos de ordem pública que interessam à sociedade, afeta de modo tão significativa o negócio que impossibilita sua posterior convalidação; e a anulabilidade<sup>32</sup>, que afeta a esfera de proteção legal do indivíduo, havendo a possibilidade, no entanto, de eventual correção que venha a convalidar o ato.

---

<sup>30</sup>BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>31</sup>Código Civil, Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

<sup>32</sup>Código Civil, Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Existindo e valendo, resta galgar o último degrau da escada dos planos do mundo jurídico, que é o da eficácia. Compreendendo os elementos complementares e integrativos do negócio jurídico, o plano da eficácia é o plano do *ser eficaz*, podendo abarcar todos os fatos jurídicos, mesmo os anuláveis, os nulos e os ilícitos, isto porque é possível que a lei atribua algum efeito à nulidade.

Assim definidos e descritos os três planos do mundo jurídico, passar-se-á à distribuição do negócio jurídico da gestação por substituição por entre estes planos, de modo a comprovar cientificamente a possibilidade de sua existência, sua validade e sua eficácia no âmbito do ordenamento brasileiro.

### 3.3.1.1 AGENTE CAPAZ

Antecede à gestação de substituição, na prática, um acordo de vontades, a fim de alinhar as expectativas dos autores do projeto de parentalidade com as da mãe que irá gestar a criança (VEIGA, 2006). O acordo envolverá, via de regra, os responsáveis (ou o responsável) pela autoria do projeto de parentalidade, de um lado, e a mãe biológica, de outro. Assim sendo, percebe-se que, em estando os contratantes no pleno gozo de suas capacidades civis, ou seja, sendo maiores de dezoito anos e não padecendo seu consentimento de nenhum vício, o agente será capaz.

A mãe biológica aceita, assim como o faz no caso de acordo gratuito de gestação por substituição, gerar o filho de outra pessoa como se dela fosse. Neste sentido, não importa se a mãe virá ou não a auferir lucro, porquanto isso não afete a sua capacidade para contratar. Mais fácil ainda aferir a capacidade civil do contratante, uma vez que esta é tão somente formal. Dessa forma definido, percebem-se capazes os agentes.

### 3.3.1.2 OBJETO LÍCITO, POSSÍVEL, DETERMINADO OU DETERMINÁVEL

Quanto ao objeto do contrato de gestação por substituição, a doutrina favorável à onerosidade do contrato titubeia. A primeira hipótese é a de que o objeto do contrato seria a locação do serviço de gestação, enquanto a segunda conclui que o avençado seria, na verdade, a obrigação de entregar a criança ao final da gestação. Fosse a

entrega da criança o elemento objetivo do contrato, estaria a validade comprometida em virtude da ilicitude que sobre o suporte fático cairia em função do previsto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (LOURENZON, 2010). Percebe-se ainda que quaisquer outras figuras do direito civil, tais como a cessão, o empréstimo ou a locação exigiriam a tradição para que se transferisse o uso, o gozo e a posse da coisa, o que também não acontece em sede de gestação por substituição. Assim sendo, percebe-se que a forma que mais se amolda é a do contrato de prestação de serviços, também conhecido como locação de serviços. Segundo Rizzardo (2011):

O contrato não se enquadra como de locação de coisa, na espécie do útero, pois nesta figura uma pessoa entrega para alguém – o locatário –, durante certo espaço de tempo, e mediante uma remuneração combinada, o uso e o gozo de um bem não fungível. A função de gestadora sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais genéticos. Embora não tenha qualquer participação na fecundação ou no fornecimento do óvulo, ela converte-se em prestadora de serviços relativamente aos pais genéticos e ao futuro feto. Os serviços vão desde a prestação de alimentos, respiração, calor, ambiente próprio para o crescimento do embrião e posteriormente feto, até uma série de condutas que deve assumir, como a observância de hábitos alimentares, moderação nos esforços físicos, consultas médicas regulares, controle nas emoções e abstinência de vícios, como o de fumar (RIZZARDO, 2011).

Determinada parte da doutrina acredita que a obrigação de entregar o feto ao final da gestação acabaria por fazer incorrer a autora do projeto de parentalidade no tipo previsto pelo Art. 242 do Código Penal<sup>33</sup>, ao dar parto alheio como próprio. Segundo ressalta Lima (2002):

“(...) ao se apresentar como mãe da criança nascida de útero de outra mulher, a doadora do óvulo não incorre em conduta típica, não se podendo sequer falar em ilicitude e culpabilidade. Na verdade, ela não afirma parto seu; afirma que é mãe para apoiar essa afirmação, duas situações são invocáveis a seu favor: primeiramente, não há como negar que a criança nascida mediante gestação de substituição herda as características genéticas da doadora do óvulo e não da gestante, o que pode ser comprovado mediante exame de DNA. Em segundo lugar, está presente a chamada paternidade de intenção, que se apoia

---

<sup>33</sup>Código Penal, Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido. Art. 242 – Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

no princípio jurídico da afetividade na filiação. A escolha da gestação de substituição, por si só, revela a intenção da mulher de ser mãe”.

Assim sendo, percebe-se que é possível, sim, enquadrar o objeto do contrato de gestação por substituição nas exigências do Art. 104, II, do Código Civil. O objeto é lícito, possível e determinado ou determinável.

### 3.3.1.3 FORMA PRESCRITA OU NÃO DEFESA EM LEI

Definindo-se o contrato de locação de serviços como aquele que melhor se adapta ao negócio jurídico em questão, resta analisar a adequação da forma ao negócio. Ora, o contrato de prestação de serviços é um contrato típico, disciplinado nos artigos 593 e seguintes do Código Civil, de modo que seus elementos podem ser deduzidos do próprio conceito que emana do Art. 594 do Código Civil: “Toda a espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante remuneração”.

Desta forma, segundo Rizzardo (2011) o contrato de prestação de serviços pode ser definido como “o contrato sinalagmático em virtude do qual uma parte (o locador) obriga-se a prestar à outra (obrigação de fazer) certos serviços, que essa outra (o locatário) obriga-se a remunerar (obrigação de dar)”. São caracteres próprios da prestação de serviços: a (i) bilateralidade, uma vez que o acerto dá origem a obrigações a serem adimplidas por ambas as partes, ficando a remuneração a cargo dos autores do projeto de parentalidade e a disponibilização do útero – com tudo que isto significa – a cargo da gestante substituta; a (ii) onerosidade, corolário lógico da bilateralidade; a (iii) consensualidade, porquanto a perfeição do ato tem sua origem no acordo de vontades; e, finalmente, a (iv) comutatividade, pois equivalentes as prestações avençadas.

O Art. 594 do Código Civil deixa claro que toda a espécie de serviço ou trabalho, desde que lícito, material ou imaterial, pode ser objeto de um contrato de prestação de serviços. Jaz aí a dificuldade daqueles que não reconhecem a possibilidade de se avençar um pacto oneroso de gestação de substituição, porque encontram ilicitude no objeto. Sobressai, no entanto, conferindo licitude ao objeto do contrato, o princípio da legalidade, porquanto a vedação ao objeto só possa decorrer de lei, o que não encontra respaldo no mundo dos fatos ante à inexistência de lei regulando a matéria.

Vale dizer que o legislador confere ilicitude a várias outras atividades que, embora por definição lógica pudessem ser objeto de contrato de prestação de serviço, encontram impedimento legal em tipos penais, como é o caso do rufianismo, da prostituição, da prática do aborto, i.a.

#### 3.3.1.4 DA EFICÁCIA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Verificada a inserção do pacto oneroso de gestação por substituição nos planos da existência e da validade, resta apenas a comprovação da possibilidade de fazer o negócio, que já existe e vale, ser eficaz. Considerando que o plano da validade diz respeito aos elementos complementares e integrativos, é necessário que se analise, nesta etapa, as circunstâncias que representam os efeitos da perfeição do contrato no mundo jurídico.

A completa execução do contrato de gestação por substituição significa, ao fim ao cabo, todas as partes do negócio, incluindo as tratativas, o acordo de vontades e todas as condições relativas aos desejos dos contratantes, a inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, em qualquer uma das suas formas, a gestação do bebê e sua posterior expulsão do corpo da barriga de aluguel, i.e, o nascimento e então, o registro da criança. É com a lavratura da certidão de nascimento do bebê será perfeito o contrato, de modo a constar a filiação da criança de acordo com a autoria do projeto de parentalidade, ou seja, o nome do pai e da mãe de fato (CANEZIN, 2008).

Adimplem-se, deste modo, as condições requeridas pelo plano da eficácia, de modo que restou cientificamente comprovado que o negócio jurídico do contrato de gestação por substituição acordado via contrato oneroso é um negócio jurídico potencialmente possível, porque existente, válido e eficaz.

## 4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS

É perceptível, quer seja pelo que se notou no campo do direito comparado, uma vez que não há similaridade no tratamento da matéria pelos sistemas jurídicos estrangeiros, mesmo quando análoga a matriz, ou mesmo pela ausência, até hoje, de qualquer legislação regulando a matéria no direito brasileiro, que há algumas questões controvertidas no que diz respeito à gestação por substituição.

Assim sendo, das questões que motivam a doutrina e a jurisprudência a titubear e os poderes legislativo e executivo a não tocarem no assunto, as que dizem respeito ao direito fundamental do livre planejamento familiar, à autonomia da vontade e à vedação da disposição comercial do corpo humano serão tratadas neste capítulo.

### 4.1 DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>34</sup>, da qual o Brasil, além de signatário, é um dos elaboradores, traz no seu Art. 16, I, o direito a fundar uma família, do qual o direito de reprodução é corolário lógico (VEIGA, 2006), senão veja-se:

Art.16, I. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

Figura também no mesmo instrumento o direito a participar do progresso científico e dos benefícios dele decorrentes, nos termos do Art. 27, I, da Declaração:

Artigo 27, I. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

Considerando-se que a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, no estágio de desenvolvimento em que hoje se encontram, são o resultado de décadas de pesquisa e árduo trabalho de cientistas em todo o mundo, consubstanciando o progresso científico na reprodução artificial. A fruição disso representa a realização

---

<sup>34</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Paris: 1948.

do sonho de muitas famílias, que por quaisquer motivos não podem ter filhos pelas vias ditas naturais.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 acerca do direito ao planejamento familiar de maneira inequívoca, embora não expressamente, o que demonstra a preocupação do legislador constituinte originário com a matéria. A primeira previsão pode ser encontrada no Art. 226, §7º, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

.....

Deduz-se desse dispositivo constitucional a proteção ao direito de procriação, sendo importante ressaltar que o texto não faz diferença entre as modalidades de reprodução, do que se infere que não há exclusão à gestação por substituição, mesmo implicitamente (VEIGA, 2006).

O legislador infraconstitucional, no exercício de sua prerrogativa de dar executividade às disposições constitucionais, regulamentando-as, elaborou a Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que *regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências*<sup>35</sup>. As disposições desta lei deixam claro a possibilidade de que se lance mão de técnicas de reprodução assistida, de modo expresso:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

---

<sup>35</sup>BRASIL. *Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em: 24/06/2018.

.....  
Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.  
.....

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

Assim sendo, é plenamente aceitável a existência de um direito à procriação, decorrente do direito ao livre planejamento familiar, previsto na Constituição Federal, como se expôs acima. Efeito lógico deste direito a procriar é o direito a lançar mão de técnicas de reprodução assistida, de modo a poder de fato efetivar este direito. Desta forma, ao se considerar que somente aquelas pessoas que têm acesso a uma mulher em idade fértil, com a disponibilidade *full time* exigida por uma gestação que será realizada de forma gratuita, poderiam usufruir do direito de gerar um filho via maternidade de substituição. Todos os outros dependeriam da boa vontade de terceiros para poderem de fato efetivar seu direito ao livre planejamento familiar.

É neste sentido que se considera a gestação por substituição via contrato oneroso uma saída viável para que se garanta, ao fim e ao cabo, a realização de um direito constitucionalmente garantido e que, em virtude do princípio da isonomia ou igualdade, que figura positivado nesta mesma Constituição Federal de 1988, prevê igualdade não apenas formal, como também material perante a lei. Em função disso, obrigar os indivíduos a dependerem da boa vontade de alguém constitui atentado à perfeição do direito ao livre planejamento familiar.

#### 4.2 ART. 199, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Art. 199, §4º, da Constituição Federal, contém duas disposições. A primeira é um comando ao legislador infraconstitucional, para que este elabore regramento versando sobre a remoção e o transplante de órgãos, tecidos e substâncias, bem como a transfusão de sangue e derivados, ao passo que a segunda parte se preocupa em vedar a comercialização destes itens, senão veja-se:

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

Em resposta ao comando do poder constituinte originário, o Congresso Nacional elaborou a Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que *dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências*<sup>36</sup>.

Define a referida legislação, no entanto, em seu primeiro artigo, o que será considerado, para fins de transplante e tratamento, como “órgãos, tecidos e partes do corpo humano”, *in verbis*:

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Assim sendo, nota-se que o legislador se preocupou excluir do rol do que é objeto de tratamento pela Lei 9.434 o *sangue, o esperma e o óvulo*, deixando-os, claramente, de fora do que está sendo regulado pelo diploma, ou seja, fora da vedação expressa de não comercialização.

Ato contínuo, o Art. 13 do Código Civil apresenta um comando negativo, ou seja, estabelece um dever de não-fazer no que tange à disposição do próprio corpo, senão veja-se:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Ora, nesse sentido, segundo a doutrina:

“A gestação é função fisiológica para a qual o útero está preparado, sendo esta a razão de sua existência como órgão no corpo humano. A retirada do feto, ou a sua expulsão, não constitui mutilação, é a

---

<sup>36</sup>BRASIL. *Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm)>. Acesso em: 25/06/2018.

consequência natural decorrente do término da gravidez” (MENEZES, 1990).

Ou seja, não importa a gestação por substituição diminuição permanente da integridade física, uma vez que, via de regra, alguns meses após a gestação a mulher já está apta a retornar a seu *status quo ante*.

Assim sendo, não se percebe porque a ideia da ilicitude da gestação por substituição via contrato oneroso mereça prosperar, quer seja pela inexistência de legislação assim o especificando, ou mesmo porque, em atendimento ao princípio da igualdade e isonomia e ao direito do livre planejamento familiar, isto não faça sentido lógico e sistematicamente.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho se iniciou por meio do esboço de um panorama histórico que visava a demonstrar que a gestação por substituição é uma prática antiquíssima, que vem sendo utilizada desde muitos anos antes de Cristo, antes mesmo da própria existência das civilizações clássicas do ocidente.

No entanto, em virtude dos avanços científicos conquistados nos últimos dois séculos, a gestação por substituição atingiu um patamar em que praticamente não há barreiras para o que se pode fazer em termos de genética e biotecnologia. Nesse sentido, percebeu-se que o ordenamento jurídico não avança na mesma velocidade que as ciências médicas e biológicas, o que, ao mesmo tempo, é desejável, porque o direito tem o condão de transcender às gerações, trazendo segurança jurídica à sociedade como um todo, sendo fator de promoção da paz social; e indesejável, porque representa um instrumento que pode acarretar incomensuráveis danos ao não estar apto para intermediar determinadas situações que venham a demandar tutela específica do ordenamento jurídico, como é o caso da gestação por substituição.

Assim sendo, a abordagem comparada serviu para que fossem analisadas as diferentes perspectivas em relação ao *modus operandi* de sistemas jurídicos distintos ao tratar do mesmo tema. Esta distinção, fundada principalmente nas diferentes pré-compreensões (GADAMER, 2011), que são, ao fim e ao cabo, o que diferencia os sistemas jurídicos, considerando-se verdadeiro que a lei nada mais é que o *Volksggeist* (SAVIGNY, 1814), é o que enriquece o trabalho comparado, de modo que é possível visualizar respostas aos problemas enfrentados pelo direito brasileiro.

Depreendeu-se da análise dos sistemas jurídicos que permitem a gestação por substituição na sua forma onerosa que esta foi a resposta mais realista que se pode encontrar. Isto porque o cálculo foi feito em relação a uma simples realidade: acordos onerosos de gestação por substituição irão acontecer de qualquer forma, quer a lei os regule ou não. É muito simples exteriorizar uma situação de altruísmo em que a barriga dita solidária nada cobra para gestar a criança, num suposto ato de doação em prol do próximo, quando na verdade, por trás dos panos, faz-se pagamentos e estipulam-se pensões e contraprestações de toda sorte.

Desta forma, é melhor que exista uma regulação que de fato tenha condições de assegurar as garantias constitucionais e direitos humanos da mãe, da criança e da família, e trazer segurança jurídica à relação, porque a inexistência de regramento atrairá, inexoravelmente, a insegurança jurídica, uma vez que cada caso será analisado por um juiz, natural ou não, que poderá fazer da sua apreciação da lide um instrumento de promoção da desigualdade.

É claro que nem tudo são flores. Nos Estados Unidos e no México, onde a prática é mais difundida, os contratos de gestação por substituição são verdadeiros tratados que precisam prever uma enorme gama de garantias à mãe, aos autores do projeto de parentalidade e à criança. Além disso, é notável que a onerosidade do contrato causa a necessidade de estabelecimento de contratos conexos, como contratos de seguro que possam vir a cobrir eventuais sinistros que possam ter lugar durante a gestação, o que, embora eleve o preço do negócio, traz mais segurança a todos os envolvidos, resguardando-se, inclusive, a ordem pública, na medida em que um seguro poderá prever a cobertura de despesas médicas ou até mesmo a eventual assistência às partes, caso venham a experimentar algum dano ao longo do processo de gestação.

Existem, no sistema jurídico norte-americano, duas modalidades principais de problemas que permeiam a gestação por substituição via contrato oneroso, quais sejam, as situações problemáticas anteriores e posteriores ao parto, sendo que a grande maioria delas diz respeito à executividade dos termos do contrato *per se*.

Nestes países, a grande problemática no período que antecede o parto diz respeito às questões relativas ao aborto. Lá, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, a permissividade à prática da interrupção da gravidez traz sérias consequências ao contrato de gestação por substituição, porque pode ocasionar o surgimento de quebras trágicas do contrato (MAZER, 2016): a barriga de aluguel pode se recusar a abortar caso os autores do projeto de parentalidade, por quaisquer motivos – doença superveniente de um dos autores, morte, divórcio, i.a. – exijam que ela o faça; a mãe de aluguel pode escolher por si própria dar fim à gravidez, muito embora, em se tratando de fertilização heteróloga, o filho não seja, tecnicamente, dela; e, por último, o caso em que a barriga de aluguel não segue à risca as regras comportamentais que podem ser inseridas no bojo do contrato de gestação por

substituição, como aquelas que dizem respeito à proibição de fumar, ingerir bebidas alcoólicas ou drogar-se, ou mesmo às boas práticas de higiene, bom estado físico e mental ou alimentação, gerando potenciais riscos à saúde do bebê.

Percebe-se, no entanto, que estes riscos não existem, ou pelo menos não representam grande ameaça, no Brasil, uma vez que o aborto apenas poderá ocorrer quando houver risco de vida à mãe, quando da anencefalia do feto ou quando a gravidez for resultado de violência sexual. Desta forma, em se avençando adequadamente o contrato, ou seja, estabelecendo a necessidade de exames médicos aprofundados da mãe e a verificação da sua compatibilidade com o embrião a ser nela implantado, o risco de haver problemas é mínimo, havendo ainda de se excluir a possibilidade de crime sexual, porquanto o procedimento de inseminação ocorra apenas por vontade livre e espontânea das partes, por meio de consentimento informado.

Assim sendo, o que se depreende da análise dos países de sistema misto é uma certa ojeriza à concessão de nacionalidade a aqueles que forem gerados por barrigas de aluguel nacionais. No caso do Reino Unido e da Grécia, a exigência da nacionalidade é um requisito que faz pouco ou nenhum sentido, ainda mais se considerada a localização geográfica desses países, plenamente integrados na Comunidade Europeia, onde se privilegia a livre circulação de pessoas e mercadorias, caminhando-se, diariamente, no sentido do desenvolvimento de uma nacionalidade europeia acima das meras nacionalidades normais. O caso de Israel é particular em virtude da influência que a religião tem no próprio Estado, que não é laico, de modo que as exigências relativas às práticas religiosas dos pais não são de todo questionáveis em sua validade, mas sim em sua oportunidade.

Rússia e Ucrânia, por sua vez, ilustram o preconceito e a discriminação direcionadas às pessoas do mesmo sexo, que tendem a representar os maiores índices dentre os que procuram lançar mão de barrigas de aluguel, muito embora seja forçoso reconhecer, *in casu*, a histórica problemática dos gays no territórios desses dois países, até porque o simples fato de ser ucraniano e homossexual é fundamento que garante a concessão do pedido de asilo nos Estados Unidos, tamanho o nível de opressão sofrido naqueles países (SHEVCHENKO, 2018).

Os países que proíbem a prática, notadamente a Alemanha, a França e a Itália, são a personificação do conservadorismo insensato, de modo que, além de não permitirem que seus nacionais tenham filhos via gestação por substituição em seu próprio país, obstaculizam *ad absurdum* a concessão de nacionalidade dos bebês havidos no estrangeiro, como se demonstrou nos casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Diante da rica análise comparada efetuada, empreendeu-se uma criteriosa análise da plausibilidade da inserção, no mundo jurídico brasileiro, da modalidade onerosa do contrato de gestação por substituição. Foi demonstrado cientificamente que o negócio jurídico contém os requisitos necessários para que seja inserido nos três planos do mundo jurídico, ou seja, provou ser existente, válido e eficaz. Ademais, procedeu-se um exame minucioso das principais objeções arguidas por aqueles são contra o contrato de gestação por substituição em sua modalidade onerosa, do qual o negócio saiu ileso.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de apreciação da matéria pelo poder legislativo brasileiro, de modo a promover a mais ampla e qualificada discussão sobre o assunto. Somente com a regulamentação legal da matéria será possível colmatar a lacuna no ordenamento jurídico, impedindo iniquidades e promovendo a paz social através da segurança jurídica em atenção aos princípios da legalidade e da igualdade.

Ademais, no âmbito do direito internacional privado, constata-se, em consonância ao que ensina Nádia de Araújo (2014), que é necessário o desenvolvimento de uma *international legal framework* capaz de lidar com as questões inerentes ao turismo reprodutivo, a fim de dirimir os problemas oriundos da diversidade de legislações domésticas regulando as relações entre seus nacionais e seus filhos havidos por gestação de substituição no estrangeiro, de modo a refletir a busca pelo bem estar da criança.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Rachel. Nepal bans surrogacy, leaving couples with few low-cost options. *The New York Times*. Kathmandu, Nepal. 2 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/05/03/world/asia/nepal-bans-surrogacy-leaving-couples-with-few-low-cost-options.html>>. Acesso em: 10/07/2018.

ARAÚJO, Nádia. *et.al. Geração de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*. In: Direito Internacional Contemporâneo. BAPTISTA, Luiz Olavo. *et.al.* (Orgs.). Curitiba: Juruá, 2014.

ARTIFICIAL INSEMINATION. In: Encyclopaedia Britannica. Disponível em: <<https://www.britannica.com/science/artificial-insemination>>. Acesso em: 06/06/2018.

BHOWMICK, Nilanjana. After Nepal, Indian surrogacy clinics move to Cambodia. *Al Jazeera*. Nova Délhi, Índia. 28 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/indepth/features/2016/06/nepal-indian-surrogacy-clinics-move-cambodia-160614112517994.html>>. Acesso em: 10/07/2018.

BRASIL. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 22/06/2018.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 22/06/2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22/06/2018.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em: 24/06/2018.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm)>. Acesso em: 25/06/2018

BURNETT, Victoria. Las nuevas restricciones a la gestación subrogada en México dejan a decenas de familias en el limbo. *The New York Times*. Villahermosa, México, 27 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/es/2017/03/27/las-nuevas-restricciones-a-la-gestacion-subrogada-en-mexico-dejan-a-decenas-de-familias-en-el-limbo/>>. Acesso em: 10/07/2018.

CANEZIN, Claudete Carvalho. O direito dos pais biológicos em registrar seu filho gerado por mãe hospedeira. In: *Revista IOB de Direito de Família*, v. 9, n. 50, out./nov. 2008. Porto Alegre: Síntese, 2008.

CERUTTI, Eliza. Geração por substituição: o que o Brasil pode aprender com a experiência estrangeira. In: *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, v.2, n. 12, p. 14-30, maio/jun. 2016. Porto Alegre: Magister, 2016.

*Código de Hamurabi, Família e Incesto na Babilônia antiga*. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10797/10797\\_3.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10797/10797_3.PDF)>. Acesso em: 05/06/2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Res. 1.358, de 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: 20/06/2018.

\_\_\_\_\_. Res. 2.013, de 2013. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 20/06/2018.

\_\_\_\_\_. Res. 2.168, de 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 21/06/2018.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Paradiso and Campanelli v. Italy* (App. 25358/12). Disponível em: <<https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2012-025358-2.pdf>>. Acesso em: 14/06/2018.

\_\_\_\_\_. *Caso Labasse c. France* (App. 65941/11). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>>. Acesso em: 15/06/2018.

\_\_\_\_\_. *Caso Mennesson v. France* (App. 65192/11). Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389>>.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 07/06/2018.

FRIEDERICI, Peter. *BGB Kommentar, Band 4, Familienrecht*, 11. Auflage. Prütting; Wegen; Weinreich, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Berlin: Akademie, 2011.

LIMA, T. M. M. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. In: *Revista Brasileira de Direito De Família*, Porto Alegre, v. 4, p. 143-161, 2002.

LIPKIN, Nuphar. SAMANA, Etti. *Surrogacy in Israel: Status Report 2010 and Proposals for Legislative Amendment*. Haifa: University of Haifa, 2010.

LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torna-lo obrigatório. In: *Revista de Direito Privado*, Ano 11, n. 42, abr.-jun./2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Sérgio H. et. al. (Orgs.). *Rotinas em obstetrícia*, 7ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

MAZER, Deborah. Born breach: the challenge of remedies in surrogacy contracts. In: *Yale Law Journal of Law & Feminism*, Vol. 28, Iss. 1, Article 6. New Haven: Yale Law School, 2017.

MENEZES, Thereza Cristina Bastos de. Novas técnicas de reprodução humana: o útero de aluguel. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 660, p. 253-258, out. 1990.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. *The Spirit of Laws*. London: Encyclopædia Britannica, 1980.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Paris: 1948.

PASSOS, Eduardo Pandolfi. et. al. (Orgs.). *Rotinas em ginecologia*, 7ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomos I-VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ, Eça de. *A cidade e as serras*. Disponível em: <https://www.luso-livros.net/wp-content/uploads/2013/03/A-Cidade-e-as-Serras.pdf>, acessado em 5/06/18.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA, ESCÓCIA, PAÍS DE GALES E IRLANDA DO NORTE. *Surrogacy Arrangements Act*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>>. Acesso em 21/06/2018.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: Acesso em: 14/06/2018.

REPÚBLICA FRANCESA. *Code civil*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180615>>. Acesso em 15/06/2018.

REPÚBLICA HELÊNICA. Leis 3089/2002, 3305/2005 e 4272/2014. Disponível em: <<http://greeklawdigest.gr/topics/aspects-of-greek-civil-law/item/217-surrogacy-proceedings-in-greece-after-the-implementation-of-law-4272-2014>>. Acesso em: 18/06/2018.

REPÚBLICA ITALIANA. Legge 19 febbraio 2004, n. 40, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>>. Acesso em: 23/06/2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814. Disponível em: <<http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/savigny1814/0001/thumbs>>. Acesso em: 26/06/2018.

SCAMMELL, Rosie. Treat surrogate parents as sex offenders, says Italian minister. *The Guardian*. Roma, 6 jan. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/jan/06/treat-surrogates-sex-offenders-italian-minister-angelino-alfano>>. Acesso em: 23/06/2018.

SCHWENZER, Ingeborg. *Model Family Code: from a global perspective*. Antuérpia: Intersentia, 2006.

SHEVCHENKO, Iryna. *Same-sex marriage in Ukraine: accept or deny?* 24 feb. 2018. Disponível em: <<https://www.unian.info/society/2395054-same-sex-marriage-in-ukraine-accept-or-deny.html>>. Acesso em: 26/06/2018.

THEM BEFORE US. *I'm gay. And like most Italians, I oppose surrogacy.* 21 dez. 2017. Disponível em: <<https://thembeforeus.com/im-gay-and-like-most-italians-i-oppose-surrogacy-2/>>. Acesso em: 23/06/2018.

VEIGA, Janaína de Lima. Validade jurídica do contrato de gestação de substituição. *In: Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, v. 11, n. 23, p. 425-450, jan.-jun./2006. Recife: ESMAPE, 2006.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. POLI, Leonardo Macedo. A legalização do contrato de “barriga de aluguel”, sob a ótica do princípio da autonomia privada. *In: Revista Síntese de Direito de Família*, v. 16, n. 89, abr./maio 2015. São Paulo: Síntese, 2015.