

## O DIREITO CONSTITUCIONAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E A VIABILIZAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

**Área Temática: Direitos Humanos e Justiça**

Caroline Leite de Camargo<sup>1</sup>

Eduarda Borges Cavalet, Kevin Silveira de Albuquerque, Natália Pimenta Ribeiro<sup>2</sup>

**RESUMO:** A gestação de substituição é uma tecnologia reprodutiva consistente na cessão de útero para gerar filho alheio. Apesar de representar uma alternativa à infertilidade, o Brasil não regulamentou a prática, permanecendo vedada quando houver fins lucrativos. A ausência de lei resulta em ativismo judicial e, por conseguinte, em insegurança jurídica. A carência normativa também tem gerado o fenômeno da gestação de substituição transnacional, em que pessoas interessadas na prática recorrem a países em que haja permissão estatal. O presente trabalho intenta conceituar o procedimento de gestação de substituição, bem como demonstrar seus efeitos na realidade jurídica brasileira. Ao final, pôde-se expor a necessidade de regulamentação da prática, bem como os reflexos da omissão legislativa no contexto social e jurídico. Ainda, analisou-se o caráter constitucional da gestação de substituição frente ao direito ao planejamento familiar. Quanto aos objetivos, a pesquisa será explicativa. No que diz respeito ao procedimento de coleta de dados, em um primeiro momento será bibliográfica com fontes secundárias retiradas de livros, artigos científicos e pesquisas depositadas nos bancos de dados da CAPES, SCIELO, LILACS e CLARETIANO; no segundo momento a pesquisa será documental baseada na Constituição Federal e em leis esparsas. Quanto à fonte de informações o estudo será bibliográfico e documental. Quanto à natureza dos dados, a pesquisa será qualitativa.

**Palavras-chaves:** Planejamento familiar; gestação de substituição; lacuna legislativa.

### INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, amparada nos ideais do Estado Democrático de Direito, assegura garantias individuais aos cidadãos, tais como a dignidade da pessoa humana. Entrementes, constata-se que as leis não acompanham o progresso científico, dificultando a atuação do operador do direito.

Ademais, no que tange aos temas de biodireito, principalmente à reprodução humana, não há respaldo legal no ordenamento jurídico pátrio. (GORDILHO; ALKIMIN, 2016, p. 18, 217).

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito na Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP, caroline.camargo@unirv.edu.br.

<sup>2</sup> Acadêmicos do curso de Direito da Universidade de Rio Verde/UNIRV.

O desenvolvimento de pesquisas no âmbito da reprodução humana apresentou novas possibilidades de geração de indivíduos. Um exemplo é a gestação de substituição, também conhecida como cessão/doação temporária de útero, consistente na realização da vontade de um casal que, por algum motivo, não pode gerar filhos de forma natural. Para tanto, instituiu-se um acordo bilateral, em função do qual a mãe substituta entregará o bebê logo após o nascimento (CABRAL; PIMENTEL; CARVALHO, 2016).

É importante ressaltar que os conceitos de barriga de aluguel e gestação de substituição são distintos. No primeiro, é admitido o caráter lucrativo, já no segundo a gratuidade é medida que se impõe. Há países, como os Estados Unidos e a Índia, em que a prática da barriga de aluguel é permitida através da firmação de um contrato bilateral, no qual uma mulher será paga para ceder o seu útero com o objetivo de gerar o bebê do casal, ou seja, nesses países é permitido qualquer intuito de lucratividade. (POLITANO, 2017).

Em contrapartida, no artigo 13 do Código Civil Brasileiro, referente ao capítulo dos direitos da personalidade, veda-se a disposição do próprio corpo. Observa-se, ademais, que os direitos de personalidade são elencados de forma exemplificativa no referido diploma, sendo representações da cláusula constitucional de tutela da pessoa humana. Tais garantias buscam proteger as características específicas da personalidade, tendo como objetos os modos de ser, físicos ou morais, da pessoa. Nesse ínterim, o Direito Brasileiro não admite o procedimento da barriga de aluguel. (TARTUCE, 2016, p. 98, 99, 118).

Verifica-se que no Brasil existem somente Resoluções do Conselho Federal de Medicina que abordam o tema de gestação de substituição, os quais impõem limites éticos, morais e legais para a realização do procedimento pelos médicos. Assim, não há segurança jurídica com relação a esse tema, visto a ausência normativa e a variação das decisões judiciais de acordo com cada caso concreto. (FREIRE JÚNIOR.; BATISTA, 2017, p. 3-9).

Destarte, o objetivo deste trabalho é identificar o aparato jurídico normativo disponível acerca da gestação de substituição, bem como demonstrar possíveis soluções para casos concretos que eventualmente surgirem.

## DESENVOLVIMENTO

Com carência de lei específica no Brasil, os tribunais encontraram como forma pioneira de regulamentar a gravidez de substituição a Resolução nº. 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, que posteriormente foi ultrapassada, mas, estabeleceu limitações ao uso da gestação por substituição, possibilitando pessoas com nítidas deficiências biológicas a usufruírem do avanço científico e tecnológico, deixando assim, de praticar “injustiça” (AFONSO, 2016, p. 1) contra essas pessoas.

Embora seja uma ferramenta orientadora das práticas de reprodução assistida, tal resolução possui caráter deontológico, e não designa uma “instância responsável pela fiscalização dos serviços” (ARILHA, 1996, p. 203). Além disso, Caroline Amorim (2006, p. 3) explica que “a Resolução mostra-se precária, por constituir-se em uma norma infralegal, sem qualquer poder de coerção”, demonstrando assim sua insuficiência.

Assim, com o intuito de suprir a lacuna jurídica dos temas inerentes às tecnologias reprodutivas e conseqüentemente responder às demandas da sociedade, propostas de leis foram apresentadas no Congresso Nacional, (Projeto de Lei 3.638/1993, o Projeto de Lei 2.855/1997, Projeto de Lei 90/1999), mas, questiona-se o afrontamento do tema aos princípios exarados na Carta Constitucional, “como a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse da criança, frente a outros como o direito à vida, o direito à saúde (inclusive a reprodutiva), ao livre planejamento familiar e ao da igualdade, o que permite visualizar o panorama onde se insere a discussão e de que maneira ela repercute na sociedade” (IPPOLITO, 2013, p. 1).

Entre as questões polêmicas envolve a possibilidade e a validade das partes celebrarem contrato para reger a gestação do embrião, para Paula Afonso (2016, p. 1), tem-se que, diferentemente dos demais modalidades, o contrato em questão deverá possuir requisitos mais rígidos, “sendo que o elemento mais importante se concentra na figura consentimento qualificado, ou seja, demonstrado de forma precisa, inequívoca e expressa”. Otero (2010, p. 10) afirma que o contrato de gestação por substituição consiste em modalidade peculiar de contrato e está adstrito a requisitos de validade e explica:

O consentimento das partes excede a simples declaração de vontade. Diferentemente das questões patrimoniais, em que a declaração é suficiente para vincular validamente o seu emitente, nas questões existenciais o consentimento deve ser, “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado, características nem sempre requeridas com a mesma intensidade para a validade dos contratos, nos quais se registra uma imposição prevalentemente objetiva”. (MEIRELES, 2009, p. 215 apud OTERO, 2010, p. 10)

Encontra-se ainda mais controvérsia quando discute a onerosidade do contrato, atribuindo à cedente do útero uma contraprestação pecuniária, exigindo da mesma o alto nível de preparo psicológico, além de cuidados contínuos, necessários ao bom desenvolvimento do nascituro, e Paula Afonso (2015, p. 1) conclui:

Quanto ao caráter oneroso da gestação por substituição, prefere-se adotar o entendimento de que este não se consubstancia como uma ofensa à dignidade da mulher e sim como uma contraprestação justa para prática de um ato que irá repercutir sobremaneira tanto na vida da gestante quanto na vida dos idealizadores do projeto parental.

Mesmo diante de diversas indagações, mostra-se necessário uma regulamentação, através de uma lei ordinária, com o fim de sanar conflitos referente ao tema. Enquanto não existe uma regulamentação jurídica concreta, cabe ao judiciário pacificar eventuais conflitos através da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicando a analogia e os princípios gerais de direito, respeitando sempre os princípios constitucionais.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Conforme assegurado no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, o planejamento familiar é inerente à dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado propiciar recursos científicos que viabilizem o exercício desse direito (BRASIL, 1988).

Como resultado, a Lei Federal n. 9263/1996 regulamentou a questão e, em seu artigo 2º, conceituou 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” (BRASIL, 1996).

Assim, o uso de tecnologias reprodutivas tem sido considerado uma forma de exercício do direito ao planejamento familiar por pessoas geneticamente incapacitadas de gerar descendentes. Contudo, conforme leciona GOUVEIA (2017, p.

4), a proibição dessas técnicas, mormente da gestação de substituição, gera o fenômeno do “*infertility tourism*”, consistente na busca de tratamentos de fertilidade em países que regulamentam tal prática.

Ademais, em decorrência da já demonstrada ausência de lei específica, surge no Judiciário brasileiro o fenômeno da “criação judicial do Direito”, que intenta tornar possível o desenvolvimento e a efetivação de preceitos constitucionais, consoante expõe Dirley da Cunha (2017, p. 181)

Conquanto se tenha a Resolução nº 2.168/17 do CFM, impende salientar que seus termos vinculam somente a conduta médica, não possuindo força de lei no âmbito da sociedade civil. Logo, para as partes efetivamente atingidas pela prática da gestação de substituição, não há lei. (SOUZA, 2010, p. 10).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É cediço que, no Brasil, há uma crescente demanda por tecnologias reprodutivas, especialmente pela gestação de substituição. Contudo, o ordenamento jurídico é, de forma geral, omissivo, haja vista a inexistência de lei específica e a não abordagem do tema pelo Código Civil.

Apesar disso, concepções éticas e religiosas que permeiam o Legislativo brasileiro constituem grande entrave à permissão e, até mesmo, regulamentação da prática.

Ademais, ante a ausência normativa e o desejo das pessoas de viabilizarem uma gravidez através da cessão de útero, o Judiciário tem sido impelido a criar o Direito, e não apenas aplicá-lo. Tal cenário gera intensa insegurança jurídica, o que enseja a busca da gestação de substituição em países que a regulamentam de forma adequada.

Impende salientar que as tecnologias reprodutivas, em especial a gravidez de substituição, são respaldadas pelo direito constitucional ao planejamento familiar. Nesse sentido, a necessidade de regulamentação da prática, além de latente, decorre da sociedade e da própria Constituição.

Destarte, além da mera edição, é fundamental que eventual lei trate de forma suficiente a gestação de substituição no Brasil, a fim de que se permita, de fato e nos termos da lei, o exercício pleno do direito ao planejamento familiar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Paula. A gestação por substituição e a lacuna normativa no Brasil. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16990](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16990)>. Acesso em 05 de junho de 2018.
- AMORIM, Caroline Sebastiany. Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no direito brasileiro. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_1/caroline\\_amorim.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf)>. Acessado em 06 de junho de 2018.
- ARILHA, Margareth. Desejo da maternidade, tecnologias conceptivas e o Estado: rápidas considerações. In: SCAVONE, Lucila (org.). Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência. São Paulo: Unes/p, 1996. p. 203.
- BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal.
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; PIMENTEL, Dândara Domingos Figueiredo Alberoni; CARVALHO, Luiz Guilherme Tinoco Picanço. Conflito de Maternidade na Cessão Temporária do Útero. Disponível em: <[https://www.lex.com.br/doutrina\\_27610657\\_CONFLITO\\_DE\\_MATERNIDADE\\_NA\\_CESSAO\\_TEMPORARIA\\_DO\\_UTERO.aspx](https://www.lex.com.br/doutrina_27610657_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx)> Acessado em: 09 de junho de 2018.
- CUNHA JR, Dirley da. Curso de direito constitucional – 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. 1.280 p.
- FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. A Cessão Temporária de Útero: Possibilidade Legal. Revista Educação, Meio Ambiente e Saúde, Minas Gerais, v.7, n. 4, out/dez. 2017.
- GORDILHO, Heron José de Santana; ALKIMIN Maria Aparecida. Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. In: Congresso Nacional do CONPEDI, Paraná, 2016.
- GOUVEIA, Joana et al. Gestação de Substituição: aspetos psicológicos–uma revisão sistemática da literatura. 2017.
- IPPOLITO, Clarice D. Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <[https://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridicobrasileiro?ref=topic\\_feed](https://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridicobrasileiro?ref=topic_feed)>. Acesso em 06 de junho de 2018.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa - Legalidade, Efeitos e o Melhor Interesse da Criança. Disponível em: <[http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft\\_word\\_contratosgestacionais\\_27\\_01\\_2010.pdf](http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf)>. Acesso em 05 de junho de 2018.
- POLITANO, Ricardo. Aspectos jurídicos da "barriga solidária": um diálogo entre Direito, Medicina e Psicologia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul01/ricardo-politano-aspectos-juridicos-barriga-solidaria>> Acessado em: 09 de junho de 2018.
- SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. 2010.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.