

GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO: PARTES, RESTRIÇÕES INDEVIDAS E RESPONSABILIDADE CIVIL

Leandro Reinaldo da Cunha¹

1. INTRODUÇÃO

O descompasso entre a legislação e a realidade vivenciada pela sociedade é uma situação histórica, sendo patente a existência de um lapso entre o que acontece no mundo dos fatos e o que é efetivamente tratado em nosso ordenamento jurídico. Mesmo que se tenha a certeza de que não há como a positivação de direitos ser tão ágil quanto as mudanças que se instalam em nosso cotidiano existem situações postas já de longa data que restam convenientemente ignoradas pelo nosso Poder Legislativo.

Tampouco se olvida que o sistema jurídico prevê essa possibilidade e estabelece meios para a supressão de tal sorte de lacunas, contudo é de se notar que por vezes os princípios estabelecidos são ignorados, com aqueles que se dedicam ao trato com as leis refutando tais parâmetros e apoiando suas soluções em critérios tecnicamente equivocados.

A intersecção entre o direito e a medicina é seara profícua em condutas desse jaez, impondo que tenhamos um cuidado especial quando as questões tangenciam o universo médico sob pena de decisões atentatórias aos preceitos que norteiam todo o sistema jurídico.

¹ **Leandro Reinaldo da Cunha** Professor Titular-Livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia. Pós doutor e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Pesquisador Científico. Autor de obras jurídicas. leandreoreinaldodacunha@gmail.com

Considerando essa situação o presente texto se dedica a explorar um tema que apesar de já bastante consolidado no mundo das ciências ainda segue sendo um ilustre desconhecido para o Poder Legislativo, como é recorrente com aspectos vinculados a elementos da sexualidade. O cerne da análise aqui estabelecida reside em um dos elementos mais específicos da reprodução humana assistida (RHA): a gestação em substituição ou, como se dizia antigamente, a barriga de aluguel.

Trata-se de tema envolto por uma miríade de aspectos técnicos que podem e devem ser apreciados sob a perspectiva jurídica, contudo me atarei a uma análise inicial, ponderando quanto aos elementos subjetivos que estão envolvidos em tal técnica de reprodução humana assistida (RHA), as restrições indevidamente impostas e a responsabilidade civil daí decorrente.

2. GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO COMO TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RHA)

A possibilidade de que uma pessoa venha a gestar o filho de outrem já recebeu inúmeras nomenclaturas no passar dos tempos, indo de barriga de aluguel (expressão que foi título até mesmo de uma novela nos idos dos anos 1990) a gestação em substituição, passando por expressões como barriga solidária, gestante de aluguel e gestação sub-rogada.

Em linhas bastante superficiais pode-se afirmar que a gestação em substituição se caracteriza por uma pessoa (gestante substituta ou geratriz) que terá implantado em seu útero um embrião fertilizado com o fim de gestar o filho de outrem.

A premissa de uma mulher gestar um filho para outras pessoas, participando daquele planejamento familiar meramente como alguém que servirá como meio para que uma criança venha a nascer, existe desde os primórdios, havendo até mesmo relatos bíblicos nesse sentido, como Sara pedindo a Abrão que lhe dê um filho engravidando Agar, sua escrava (Gênesis, 16), ou Raquel que fez o mesmo pedido a Jacó, oferecendo sua serva Bila (Gênesis, 30).

De qualquer sorte o presente trabalho se aterá à apreciação do tema sob as lentes da atualidade, considerando somente a perspectiva da reprodução humana

assistida (RHA) lastreada em técnicas científicas que passam pela fertilização *in vitro* e pela implantação embrionária.

Nesse sentido é possível que a gestação em substituição seja precedida por uma fase na qual, por meio das técnicas de fertilização extra corpórea, o material genético masculino (espermatozoide) e o feminino (óvulo) serão fecundados. Na sequência esse embrião será implantado, por meio de uma inseminação artificial, no útero de uma terceira pessoa que gestará em favor de outras uma criança que, ao nascer, não será considerada filha dessa gestante, mas sim de quem a contratou para esse fim.

Essencialmente se está diante de uma hipótese em que se afastará a incidência do clássico brocardo *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa), vez que a presunção de que é mãe aquela pessoa que deu à luz à criança não incidirá, sendo esse afastado pela avença firmada entre as partes de que essa pessoa está a gestar filho de outrem.

Em que pese ser uma situação que se faz presente na sociedade já há algumas décadas ainda segue sendo permeada por uma série de tabus, gerando uma infinidade de questionamentos: esse contrato firmado entre as partes precisa ser escrito? Depende de escritura pública? É lícito? Pode ser oneroso, com a gestante sendo remunerada? Há de ser respeitado caso a gestante queira ficar com a criança?

O fato é que ante a ausência de legislação ordinária específica versando sobre a matéria é de se pontificar pela conclusão de que se trata de uma modalidade de contrato que pode ser celebrada², sendo esse um fato inegável e que não pode restar ignorado pelo nosso ordenamento jurídico, como já venho sustentando de longa data³.

3. PARTES EM UMA GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

² Ana Thereza Meirelles Araújo. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regulamento deontológico atual. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, Brasília, 12(1), 2023, p. 20.

³ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 248.

Um dos aspectos mais intrincados da gestação em substituição está na identificação de quais são os sujeitos que se farão presentes em tal tipo de relação contratual.

A figura mais óbvia é a da gestadora ou geratriz, pessoa que, por ter um útero e apresentar condições clínicas que viabilizam uma gestação, será contratada para gestar o filho de outrem. Note-se que ainda que a compreensão óbvia é de que essa pessoa seja uma mulher é evidente que tal condição será exercida por quem possua um útero, fato que pode fazer com que esse cedente temporário do útero possa ser até mesmo um homem transgênero⁴.

Necessariamente também haverá aquele(s) que pretende(m) ter um filho e que contrata(m) a gestadora. Esta pessoa que tenciona ser pai/mãe (pais intencionais) figura como contratante da cessão temporária do útero da gestadora, podendo também ser quem oferta o material genético que será utilizado para a fertilização *in vitro*.

Nada impede, contudo, que venham a valer-se de espermatozoides e/ou óvulo de terceiros, os quais serão considerados os cedentes do material genético a ser utilizado para a fertilização *in vitro* que dará origem ao embrião a ser implantado.

Ainda que plenamente consolidadas as posições possíveis existentes em uma hipótese de gestação em substituição, com quem gestará, quem contrata a gestação e, em alguns casos, aqueles que fornecerão o material genético, existe uma certa celeuma acerca de quem são as pessoas que poderão figurar em tais postos.

4. QUEM PODE PARTICIPAR DE UMA GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

Esse capítulo poderia resumir-se a uma simples frase: QUALQUER PESSOA PODE PARTICIPAR DE UMA GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO.

⁴ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 247.

Talvez por uma preocupação de expressar clareza e não permitir que paire qualquer dúvida, complementar: QUALQUER PESSOA PODE SER A GESTADORA/GERATRIZ. QUALQUER PESSOA PODE SER FIGURAR COMO PAIS INTENCIONAIS. QUALQUER PESSOA PODE SER A DOADORA DE MATERIAL GENÉTICO.

Somente isso deveria bastar, contudo a falta de legislação sobre o tema atrelada com a ingerência do Conselho Federal de Medicina (CFM) ao avocar para si o estabelecimento de regras que transpassam os limites de suas atribuições acaba impondo a necessidade de que sejam tecidas maiores considerações a fim de que o ordenamento jurídico seja respeitado.

Como já consagrado na Constituição Imperial de 1824 (art. 179, I), segue presente no arcabouço constitucional a premissa de que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei”, como dispõe o art. 5º, II da Constituição Federal.

Ante a total ausência de legislação tratando da gestação em substituição em nosso ordenamento jurídico é imperioso se afirmar que a ninguém é vedado, senão por motivos clínicos insuperáveis, o direito de integrar uma gestação em substituição.

Mas infelizmente esse contexto em que há uma mescla de elementos vinculados à medicina é atingido de forma bastante nefasta pela confluência entre a leniência legislativa e a atuação indevida do Conselho Federal de Medicina (CFM).

4.1 LENIÊNCIA LEGISLATIVA

Como temos reiteradamente manifestado a leniência legislativa⁵ de nosso Estado Esquizofrênico⁶ tem um impacto pernicioso em nossa sociedade, com especial incidência em sede de temas que tangenciam aspectos vinculados à sexualidade.

⁵ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa, RT 962 p. 37 – 52, 2015.

⁶ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p 17.

O Poder Legislativo segue confortavelmente inerte deixando em aberto a normatização de questões de relevância, notadamente aquelas em que estão presentes contornos que tangenciam situações chamadas de “progressistas” pelo simples fato de abordarem pontos que se distanciam dos preceitos tradicionais, muitas vezes assumidos como uma pauta de “costumes”.

Nesse âmbito constata-se a ausência de legislação, apenas para nomear algumas hipóteses, em pontos como casamento entre pessoas do mesmo sexo/gênero⁷, alteração de nome e sexo/gênero nos documentos em razão da identidade de gênero⁸ ou possibilidade de utilização de técnicas de reprodução humana assistida (RHA).

Tais questões são normalmente objeto de judicialização, cabendo ao Poder Judiciário manifestar-se e decidir sobre tais temas, sofrendo muitas vezes com ataques contra um “ativismo judicial”, como se estivesse a agir de forma contrária à lei, quando em verdade apenas está cumprindo com seu mister e dando a solução ao caso concreto, mesmo na ausência de norma específica, lastreado nos parâmetros consignados na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁹.

De se consignar que não se trata do clássico descompasso existente entre a velocidade das mudanças do mundo em contraposição com as vicissitudes inerentes à elaboração legislativa, como tão bem ressaltava Orlando Gomes ao constatar a assincronia entre as transformações sociais e a legislação, que conduz à sensação de que o direito encontra-se sempre em mora com os fatos, desajustado, revelando-se como uma *superestrutura* que não acompanha as transformações que ocorrem na *infraestrutura* da sociedade¹⁰.

Não legislar sobre tais temas mais do que uma omissão consagra uma opção por manter temas caros a minorias sexuais e grupos vulnerabilizados fora do

⁷ Leandro Reinaldo da Cunha. A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277), Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo – v. 8. São Bernardo do Campo: Metodista. 2010

⁸ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁹ Leandro Reinaldo da Cunha. A fragilidade das conquistas da população LGBTIANP+. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-sexualidade/405664/a-fragilidade-das-conquistas-da-populacao-lgbtianp>. Acesso em 20 abr.2024.

¹⁰ Orlando Gomes. Direito e desenvolvimento. 2 ed., rev. e atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: GZ, 2022, p. 4-5.

ordenamento jurídico, reforçando a marginalização a que tais indivíduos são relegados, fomentando a institucionalização do preconceito e da discriminação¹¹. Tal assertiva se faz exatamente pelo fato de que casais de pessoas do mesmo sexo/gênero inserem-se entre os maiores interessados na gestação em substituição.

Em se tratando de temas indissociavelmente vinculados a Direitos Humanos, fundamentais ou da personalidade não há que se falar em discricionariedade do Poder Público, impondo-se a atuação a fim de promover a criação da legislação pertinente, sob pena de responsabilização objetiva do Estado¹².

No caso específico da gestação em substituição a leniência legislativa assume característica ainda mais prejudicial por dar azo a que diretrizes deontológicas do Conselho Federal de Medicina (CFM) assumam ares de legislação aplicável para toda a sociedade, em manifesta ofensa aos critérios normativos, ainda mais quando os regramentos elaborados pela entidade de classe extrapolam os limites de suas atribuições.

A inexistência de legislação regulamentando a gestação em substituição faz com que tudo o que possa apresentar um verniz de regramento seja visto como se fosse efetivamente a legislação existente sobre o tema, o que traz danos sociais consideráveis, especialmente ao se considerar que são diretrizes que não se lastreiam nas premissas norteadoras já consolidadas em nosso ordenamento jurídico.

Da mesma sorte que é impensável que uma normativa do Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU) ou do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea) possa reger as vidas da população com um todo não há nenhum sentido em considerar como oponíveis a todas as pessoas qualquer diretriz oriunda do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Em nosso Estado Democrático de Direito a poder legiferante *erga omnes* é atribuído essencialmente ao Poder Legislativo, devidamente instituído pelo voto

¹¹ Leandro Reinaldo da Cunha. A fragilidade das conquistas da população LGBTIANP+. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-sexualidade/405664/a-fragilidade-das-conquistas-da-populacao-lgbtianp>. Acesso em 20 abr.2024.

¹² Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa, RT 962 p. 37 – 52, 2015.

popular, jamais a uma entidade de classe, independentemente do tema ou relevância que eventualmente possa possuir.

4.2O CFM E A GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

O Conselho Federal de Medicina (CFM) tem se dedicado muito nos anos mais recentes à regulamentação da reprodução humana assistida (RHA), com uma sequência de quase dez resoluções sobre o tema desde 1992, ressaltando-se que as 3 últimas foram publicadas entre 2020 e 2022.

Evidente que o Conselho Federal de Medicina (CFM) tem a prerrogativa, como entidade de classe, de estabelecer os parâmetros deontológicos que nortearão as atividades dos profissionais da área, cabendo-lhe fixar as diretrizes de fundo médico para a atuação daqueles que são a ela vinculados. Assim é inconcebível admitir-se como válidas quaisquer manifestações do Conselho Federal de Medicina (CFM) que não tenham cunho médico, ainda mais quando venham a restringir direitos, já que, enquanto “regulamentação deontológica, [...] não deve desempenhar papel obstativo de direitos [dos] que procuram o aparato medicamente assistido para a reprodução”¹³.

Não há como viger qualquer tipo de previsão direcionada a quem não seja vinculado àquela entidade ou que não se restrinja especificamente a questões de viés médico, vez que qualquer previsão de natureza social está fora do escopo de atuação do Conselho Federal de Medicina (CFM). Toda e qualquer previsão desse jaez sequer haveria de se fazer presente nas resoluções de entidades de classe e, caso tenha sido elaborada, padece de manifesta irregularidade, havendo de ser ignorada e afastadas *incontinenti*,

É premente que se reitere sempre que as manifestações do Conselho Federal de Medicina (CFM) "não gozam de caráter normativo para toda a população, constituindo-se apenas como regramento de fundo deontológico direcionado

¹³ Ana Thereza Meirelles Araújo. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regulamento deontológico atual. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, Brasília, 12(1), 2023, p. 15.

especificamente para a classe médica, desprovidas, portanto, de caráter cogente *erga omnes*¹⁴.

Não se pode conceber a imposição de nenhuma diretriz oriunda do Conselho Federal de Medicina (CFM) que tenha por fim determinar a quem não é médico qualquer sorte de conduta ou vedação, não se admitindo a possibilidade de que tal regra que se imiscui em seara que não lhe compete possa prevalecer¹⁵.

Visando entender a cronologia sobre o posicionamento adotado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre a gestação em substituição traremos breves ponderações sobre o que consta em cada uma das resoluções, sua inaplicabilidade prática e a forma como nossa legislação trata de tais pontos.

4.2.1 Resolução CFM nº 1.358/1992

Em sua primeira incursão sobre o tema o Conselho Federal de Medicina (CFM), na Resolução CFM nº 1.358/1992, dedicou o capítulo VII à análise da gestação em substituição asseverando quanto a possibilidade de sua existência, e, em seguida, já começando a exercer o traço abusivo que marca as suas manifestações acerca do tema, tecendo considerações que extrapolam a sua competência, estabelecendo diretrizes que não se restringem ao estrito âmbito da medicina.

De pronto a resolução assevera que gestação em substituição seria autorizada “desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética”, objetivando determinar quem seriam as pessoas qualificadas para valerem-se de tal técnica de reprodução humana assistida (RHA).

Complementa ainda afirmando que as “doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina” (1), e que tal “doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial” (2).

¹⁴ Leandro Reinaldo da Cunha. Acesso à reprodução humana assistida por homoafetivos e transgêneros. Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 220.

¹⁵ Leandro Reinaldo da Cunha. Andreia Assis Macedo. Reprodução humana assistida *post mortem* e direitos sucessórios. Revista Conversas Civilísticas. Salvador, v.2, n.2, 2022, p. 4.

A mesma previsão foi repetida na resolução seguinte (Resolução CFM nº 1.957/2010), contudo veio a apresentar novos parâmetros na resolução que a sucedeu (Resolução CFM nº 2.013/2013), a qual acrescentou que a gestação em substituição seria possível também em “em caso de união homoafetiva”, mais uma vez versando sobre aspectos que não se restringem à esfera da medicina.

Essa mesma resolução trouxe outra mudança, também fora do escopo originário, asseverando que agora a “doadora temporária de útero” haveria de ser parente 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”.

Inova ainda indicando uma série de documentos e informações que deverão constar do prontuário do paciente¹⁶, com diversas previsões condizentes com o escopo de atuação do Conselho Federal de Medicina (CFM), mas também com excessos como a imposição da apresentação de contratos e autorização por escrito do cônjuge/companheiro da doadora temporária do útero.

¹⁶ 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 doar 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.

Na resolução que se seguiu (Resolução CFM nº 2.121/2015) houve a manutenção dos preceitos vigentes, com um ajuste com relação ao que haveria de constar do prontuário do paciente¹⁷, mantidos os parâmetros anteriores.

Logo em seguida, no ano de 2017, publicou-se nova resolução (Resolução CFM nº 2.168/2017) que acrescenta expressamente a possibilidade de que pessoas solteiras venham a valer-se da gestação em substituição, além de passar a denominar a gestadora de “cedente temporária do útero” e não mais de “doadora temporária de útero”, bem como passa a nomear o ato de “cessão temporária do útero” ao invés de “doação temporária do útero”.

Quanto a quem poderia ser essa cedente preconiza que haja um “parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau –mãe/filha; segundo grau –avó/irmã; terceiro grau –tia/sobrinha; quarto grau –prima)”, passando a incluir “filha” e “sobrinha” nesse rol.

Quanto ao que haverá de constar no prontuário reitera o existente na resolução anterior, com breves ajustes, como a mudança da palavra “garantia” por “compromisso” ao tratar do tratamento e acompanhamento médico para a cedente, bem como quanto ao registro da criança¹⁸.

¹⁷ 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

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

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

Seguindo sua sanha normativa sobre reprodução humana assistida (RHA) em 2021 o Conselho Federal de Medicina (CFM) trouxe nova resolução (Resolução CFM nº 2.294/2021) na qual criou outro requisito para a cedente temporária do útero. Além do parentesco até o 4º grau de um dos requerentes (não mais indicando quem seriam esses parentes) haveria também de “ter ao menos um filho vivo”. Acrescentou também que “a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente”.

Finalmente chegamos à resolução atualmente vigente, a Resolução CFM nº 2.320/2022, a qual merecerá uma atenção maior por expressar o posicionamento corrente da entidade de classe sobre a gestação em substituição.

Na presente resolução o Conselho Federal de Medicina (CFM) entendeu por bem retirar a alusão expressa da autorização para a utilização da gestação em substituição por casais em “união homoafetiva” e por pessoas solteiras, mantendo-se apenas a previsão de que esta será possível “desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação”.

De se ressaltar que a exclusão da menção quanto a possibilidade de que casais em união homoafetiva pudessem vir a valer-se da gestação em substituição sem a apresentação de uma fundamentação conferiu àqueles que buscam restringir direitos às minorias sexuais munição para tentar impedir que os tidos fora do escopo da normalidade posta¹⁹ venham a acessar tal técnica de reprodução humana assistida (RHA), valendo-se de uma hermenêutica tacanha, “uma inteligência deturpada e sem a devida qualificação técnica²⁰”.

Apesar de todo o esforço para fazer com que as minorias sexuais não tenham acesso aos direitos que são ordinariamente garantidos a todas as pessoas²¹ é

3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável

¹⁹ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p 10.

²⁰ Leandro Reinaldo da Cunha. Acesso à reprodução humana assistida por homoafetivos e transgêneros. Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 229.

²¹ Leandro Reinaldo da Cunha; Caio Eduardo Costa Cazelat. Pluralismo jurídico e movimentos LGBTQIA+: do reconhecimento jurídico da liberdade de expressão sexual minoritária

inafastável que ante a imposição de princípios nucleares de nosso Estado Democrático de Direito, como dignidade da pessoa humana e igualdade, não é possível privar tais minorias do que se considera como essencial.

Não se pode deixar de mencionar que na exposição de motivos da Resolução CFM nº 2.320/2022 há a expressa indicação de elementos atrelados a gestação em substituição, chamada nesse momento de “útero de substituição” com relação a “união homoafetiva masculina” a “uniões homoafetivas femininas”, o que parece ser bastante para se asseverar que a retirada dos “casais homoafetivos” do texto do capítulo VII da resolução não há de ser interpretada como uma vedação ao acesso à gestação em substituição para as minorias sexuais.

Quanto à cedente temporária do útero manteve a mais recente resolução a previsão de que tenha ao menos um filho vivo, seja parente, e na impossibilidade, que seja requerida autorização ao Conselho Federal de Medicina (CFM) para que outra pessoa possa ser a gestadora.

Mantida também a determinação de que a cessão não possua “caráter lucrativo ou comercial” bem como que “a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente”, indicando ainda os elementos que haverão de estar presentes no prontuário do paciente.

Dessa forma é possível ter uma visão panorâmica da forma como o Conselho Federal de Medicina (CFM) tem tratado a gestação em substituição em suas resoluções.

4.1.2 Dos requisitos atualmente previstos pelo CFM e sua incidência

Considerando os atuais parâmetros indicados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) a viabilizar o acesso à gestação em substituição é possível constatar que estes não se enquadram nos limites de atuação da entidade de classe, extrapolando a competência deontológica atribuída ao referido conselho.

enquanto uma necessidade básica humana. Revista Jurídica - Unicuritiba, v. 1, n. 68, p. 486 - 526, mar. 2022, p. 504.

De forma que passaremos a apreciar cada um dos requisitos indicados, traçando as linhas limítrofes transpostas, como também a possibilidade de que os parâmetros postos possam ser exigidos nos termos da estrutura jurídica atualmente vigente.

4.1.2.1 Existência de impedimento ou contraindicação da gestação

O primeiro dos requisitos impostos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) a viabilizar o acesso à gestação em substituição está atrelado à motivação que leva alguém a procurar tal técnica de reprodução humana assistida (RHA), asseverando que apenas se autorizaria que alguém viesse a se valer de uma cessão temporária do útero caso existisse “uma condição que impeça ou contraíndique a gestação”.

Apesar de estar conectada com um aspecto da gestação em substituição que toca em um elemento clínico de quem deseja contratar a gestação em substituição não trata efetivamente de algo que se insere no campo de atuação do Conselho Federal de Medicina (CFM) pois a razão pela qual se busca tal técnica de reprodução humana assistida (RHA) pode não se ater a uma restrição clínica da contratante.

Os motivos que levam alguém a uma gestação em substituição estão além dos interesses deontológicos da entidade de classe, sendo elemento de natureza social que apenas pode ser regulado por meio de legislação emanada do Poder Legislativo. Não sendo esse o caso, inadmissível qualquer restrição a quem queira contratar uma cessão temporária de útero.

Determinar que a gestação em substituição tenha como origem uma impossibilidade ou risco de gestação de quem procura a cessão temporária de útero é uma exigência que não se encontra na legislação e que não pode ser fixada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) já que suas diretrizes não são oponíveis a todas as pessoas.

Não se olvida que seja possível encontrar na doutrina entendimento que seria vedada a gestação em substituição quando aquele que a busca não necessite dessa

modalidade de reprodução humana assistida (RHA) para a constituição de prole²², contudo reitera-se a inexistência de previsão legal que impeça a contratação de uma cessão temporária de útero lastreada meramente na volitividade de quem a deseja.

Inquestionavelmente há a presença de um elemento de cunho moral na presente questão, que poderia envolver uma discussão acerca de um eventual abuso por parte de quem busca a gestação em substituição sem que tenha “necessidade”, todavia não se pode olvidar que a utilização de técnicas de reprodução humana assistida (RHA) não se vincula a uma obrigatoriedade de que apenas por meio dela se possa atingir o desejo de constituição de uma prole.

Importante que se tenha presente também que em sede contratual a regra não é a exposição dos motivos que levam o interessado a realizar um negócio jurídico, sendo este irrelevante ao exercício do direito de contratar descrito no art. 421 do Código Civil. Desde que a liberdade contratual seja exercida nos limites da função social do contrato, como preconizado no texto da lei, não há que se falar em nenhum tipo de impropriedade do negócio jurídico.

Há de se agregar, ainda, que o parágrafo único desse mesmo artigo estabelece que nas relações contratuais privadas “prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, em claro respeito à autonomia de cada pessoa de livremente estabelecer os parâmetros contratuais aos quais deseja se vincular.

Contudo é possível que se tente suscitar uma alegação de ilicitude do motivo como elemento a inquinar de ilegalidade tal negócio jurídico, nos termos dispostos no art. 166, III do Código Civil, que afirma ser nula aquela avença cujo “motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”. Obviamente que no presente caso não há que se pensar em uma ilicitude baseada na ilegalidade, haja vista que, como já pontuado inúmeras vezes no presente texto, não há legislação vedando a gestação em substituição ou que ela seja realizada com base em certos e determinados motivos.

²² Ana Cláudia S. Scalquette. Estatuto da reprodução assistida. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197-198.

Todavia não se ignora a possibilidade de se arguir a ilicitude em decorrência de uma conduta que se mostre atentatória à moral e aos bons costumes. No entanto a autonomia das partes, a liberdade de contratar e a intervenção mínima do Estado devem imperar nessa situação.

De se notar ainda que se impor que alguém apresente como requisitos de validade desse negócio jurídico algum laudo ou documento que demonstre a impossibilidade ou contraindicação da gestação constituiria uma invasão à privacidade daquela pessoa, a qual não pode ser relegada sob pena de ofensa ao direito à vida privada preconizado tanto em sede de Direitos Humanos como no âmbito dos direitos fundamentais e da personalidade.

Assim a imposição de que quem procura a cessão temporária de útero seja pessoa que não possa gestar ou que apresente alguma contraindicação para tanto não tem respaldo legal já que a previsão do Conselho Federal de Medicina (CFM) não tem força cogente para a população como um todo como também não há, nos parâmetros atualmente vigentes para a constituição de contratos, qualquer restrição que possa se sobrepor à autonomia e à liberdade de contratar garantidas pelo Código Civil.

4.1.2.2 Características da gestadora

Quanto à cedente temporária do útero manteve a mais recente resolução a determinação de que tenha ao menos um filho vivo, seja parente de quem a contratar, e na impossibilidade, que seja requerida autorização ao Conselho Federal de Medicina (CFM) para que outra pessoa possa ser a gestadora.

Considerando o requisito de que tenha ao menos um filho vivo para que possa ceder temporariamente o útero é de se afirmar que tal condição está manifestamente fora do escopo de atuação do Conselho Federal de Medicina (CFM), vez que não encerra em si nenhuma característica de natureza médica à qual competiria tal entidade de classe manifestar-se.

Aparentemente a preocupação do Conselho Federal de Medicina (CFM) estaria na hipótese de que a pessoa que gesta venha a apegar-se ao bebê que está

carregando em seu ventre e apresente alguma objeção quanto a entrega da criança aos contratantes após seu nascimento. O mesmo risco parece ser a força motriz para se prever que tenha um filho vivo, sob a preocupação de que se tiver um filho já falecido possa vir a querer romper a avença firmada em razão de querer “substituir” o filho que morreu.

Evidentemente são conjecturas que o Conselho Federal de Medicina (CFM) está realizando com o fim de tentar conferir efetividade ao acordo de vontades firmado pelas partes, contudo esse não é nem de longe o escopo de atuação da entidade de classe, que não deve arvorar a “estabelecer prerrogativa que pertence à esfera íntima de uma pessoa”, versando sobre condição que “não encontra justificativa terapêutica ou científica, expressando, pois, violação à liberdade sobre o próprio corpo, já que envolve decisão assentada em projeto pessoal”²³.

A efetivação do negócio jurídico firmado não é de competência do profissional da área médica, sendo totalmente esdruxula qualquer diretriz com tal finalidade emanada de quem apenas tem a prerrogativa de estabelecer normativas deontológicas para médicos. Por mais nobres que possam ser as preocupações que conduziram o Conselho Federal de Medicina (CFM) ao estabelecer tal critério é manifesto que não lhe cabe abordar sobre tais questões em suas resoluções.

Lastreando-se no que consta do ordenamento jurídico vigente não se vislumbra a existência de qualquer tipo de embasamento técnico a sustentar a imposição de que a cedente temporária do útero tenha ou não filhos, sejam eles vivos ou já falecidos. Qualquer preocupação dessa natureza é “pertencente à esfera da legislação ordinária em vigência e à jurisdição estatal, responsável por dirimir a eventual lide”²⁴.

No que tange à relação de parentesco entre contratante e cedente temporária do útero tampouco há aderência do Conselho Federal de Medicina (CFM) com tal tema que, obviamente, não se associa a nenhuma questão clínica. Novamente nos

²³ Ana Thereza Meirelles Araújo. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regulamento deontológico atual. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, Brasília, 12(1), 2023, p. 20.

²⁴ Ana Thereza Meirelles Araújo. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regulamento deontológico atual. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, Brasília, 12(1), 2023, p. 20.

deparamos com uma conduta que extrapola os limites de atuação da entidade de classe, tratando do que não lhe diz respeito.

Mais uma vez, de forma paternalista, tenta conferir efetividade a que foi avençado entre as partes, elemento totalmente apartado de suas atribuições como entidade de classe. A preocupação de que a cedente temporária do útero pertença à família aparentemente sustenta-se na pressuposição de que os laços parentais acarretariam em uma redução no risco de que a gestadora viesse a negar-se a cumprir a avença entabulada.

Intento louvável mas sobre o qual não lhe cabe estabelecer normas.

O mais megalomaniaco é que além de querer definir quem pode ser a cedente temporária do útero o Conselho Federal de Medicina (CFM) atribui a si a prerrogativa de decidir se um não parente poderia assumir a posição de gestadora. Além de apresentar uma técnica de construção de texto normativo sofrível, não se limita a legislar sobre o que não lhe compete, querendo também decidir quais as excepcionalidades que seriam admissíveis, sequer indicando quais os parâmetros que norteariam tal autorização.

Legisla sobre o que não deve e julga sem informar sob quais bases. Nada mais distante da legalidade.

Finalmente quanto a cedente temporária do útero há ainda a previsão de que “A doadora de óvulos ou embriões não pode ser a cedente temporária do útero”, nos termos postos no capítulo IV, item 2.2, mais uma vez estabelecendo restrições que não gozam de motivação científica capaz de legitimá-la²⁵.

Considerando especificamente a legislação vigente é de se entender que a existência ou não de filho vivo, a relação de parentesco entre as partes ou o fato de ser a doadora de material genético não caracterizam-se como requisitos para a gestação em substituição, tampouco sendo elementos juridicamente relevantes para o cumprimento do disposto quando da realização do contrato, prevalecendo o *pacta*

²⁵ Ana Thereza Meirelles Araújo. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regulamento deontológico atual. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, Brasília, 12(1), 2023, p. 20.

sunt servada, de sorte a compelir as partes a cumprirem as obrigações assumidas com o negócio jurídico firmado²⁶.

4.1.2.3 Natureza do contrato e intermediação da clínica

Novamente versando sobre tema sobre o qual não lhe cabe o Conselho Federal de Medicina (CFM) determina que o contrato de gestação em substituição “não pode ter caráter lucrativo ou comercial”, sendo vedado à “clínica intermediar a escolha da cedente”.

São dois aspectos absolutamente distintos vinculados à gestação em substituição que são aglutinados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) no mesmo item e, ambos, não encontram-se na esfera de atuação da entidade de classe, sendo absolutamente dispensável e irrelevante qualquer manifestação que tenha produzido sobre tais questões pelo simples fato de não apresentarem vinculação com aspectos médicos.

No que concerne à vedação de que o contrato tenha “caráter lucrativo ou comercial” o intuito do Conselho Federal de Medicina (CFM) é de determinar que a cedente temporária do útero venha a receber retribuição pela cessão realizada, tampouco que faça da cessão uma atividade recorrente, tema abordado sob o viés moral por Michael Sandel em capítulo que discorre sobre “autorizações de procriação negociáveis”²⁷

Não compete ao Conselho Federal de Medicina (CFM) impor a gratuidade da cessão, nem mesmo vedar que a cedente tenha a cessão temporária do útero como uma atividade comercial. Não lhe cabe tratar de tais temas.

Considerando que o se pode encontrar na legislação pátria a questão da gratuidade da gestação em substituição não é prevista em nenhum momento,

²⁶ Leandro Reinaldo da Cunha. *Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil*. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 248.

²⁷ Michael Sandel. *O Que o Dinheiro não Compra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 64

tampouco se enquadra em qualquer das hipóteses em que a lei civil impõe a ausência de onerosidade para a validade do negócio jurídico.

As afirmações de que não poderia haver contrapartida em favor da cedente temporária do útero têm por base uma interpretação extensiva, lastreada em elementos presentes na lei de doação de órgãos e tecidos (Lei 9.434/97)²⁸ e na Lei de Biossegurança²⁹ que afirmam que os atos por elas previstos não podem ser onerosos. Contudo é patente que o ato praticado pela cedente temporária de útero em nada se relaciona com uma doação de órgãos, tecidos ou embriões.

Tampouco pode-se admitir, como pretende parcela da doutrina, uma interpretação extensiva ou ampliativa do que consta das referidas leis com o fim de estabelecer uma vedação a qualquer sorte de contraprestação em favor da cedente temporária do útero, especialmente por não se conceber a possibilidade de uma ampliação do espectro previsto na legislação com o fim de restringir direitos.

Não se pode ignorar que de fato o interesse tanto da cedente quanto de quem a contrata de que ela tenha meios efetivos para se manter no decorrer da gestação, de forma que parece ser bastante ordinário que venha a receber bens e serviços que possam garantir que a gestação transcorra da melhor maneira possível. Não paira qualquer sombra de ilicitude ou questionamento com relação à oferta de alimentos que garantam a sua boa nutrição.

Se até quando não se sabe quem é o pai se impõe o dever de manutenção econômica com os alimentos gravídicos, mais ainda haveria o dever de oferta

²⁸ 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.

²⁹ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

pecuniária para a cedente temporária do útero, haja vista a existência até mesmo de um interesse social de que os direitos desse nascituro sejam resguardado.

O problema que se coloca é efetivamente na oferta de algum benefício material direcionado à cedente em razão de oferecer-se para gestar o filho de outrem. Impor uma prestação de serviço gratuita seria ofensivo à vedação do enriquecimento sem causa preconizado no art. 884 do Código Civil, já que os contratantes da cedente temporária de útero aufeririam um benefício às custas de outrem.

Evidentemente há aqui um viés moral que tenta afastar a mercantilização do corpo, contudo restringir a remuneração em favor da cedente não lhe conferiria nenhum benefício, constituindo-se apenas como uma regra que sob os auspícios de tentar resguardar uma pessoa tida como vulnerável apenas traria para ela mais vulnerabilidade, fazendo-lhe vítima de exploração.

Preponderante se pontuar que negar à cedente temporária do útero o direito a uma contraprestação goza de um caráter discriminatório pois é inegável que de regra quem se colocaria à disposição para gestar o filho de outrem, não sendo por motivos altruísticos, certamente o faria por necessitar dos ganhos econômicos que viria a obter. Daí a tentativa do Conselho Federal de Medicina (CFM) em restringir apenas a parentes a possibilidade de que sejam as cedentes temporárias do útero, impondo-lhes que o façam de forma gratuita, ignorando que a existência de vínculo parental não afasta a existência do enriquecimento sem causa.

Exigir que a conduta se dê de forma gratuita ou altruística além de afastar a possibilidade de que se amplie a oferta ainda enseja num aproveitamento por parte dos beneficiários da conduta, contrariando todo o espírito que norteou o estabelecimento da regra.

Quanto ao caráter comercial da atuação da cedente temporária do útero é de se entender que além de não caber ao Conselho Federal de Medicina (CFM) tratar de tal tipo de atividade, o ordenamento não traz qualquer restrição a atividades que envolvam a oferta de uma prestação de serviço a outrem mediante a oferta de algo que o corpo possa “produzir”.

A maioria dos profissionais que exercem uma atividade laboral tida por intelectual “gesta” em seu cérebro aquilo que será ofertado ao seu contratante, não

sendo coerente que se vede que alguém possa fazer da cessão temporária do útero a sua atividade “comercial”.

Não havendo a previsão expressa em lei de que não possa haver a contraprestação pela prestação de um serviço ou que este seja realizado de forma comercial este poderá sim ser realizado mediante pagamento e de forma reiterada por quem quer que seja.

4.1.2.4 Documentos e observações constantes do prontuário

O Conselho Federal de Medicina (CFM) determina ainda o que haverá de constar do prontuário dos pacientes vinculados à gestação em substituição junto às clínicas de reprodução assistida. Ainda que se possa compreender que compete efetivamente à entidade de classe determinar o que há de se fazer presente no prontuário dos pacientes médicos é de se notar também que algumas determinações ali consignadas acabam tangenciando questões jurídicas relevantes, impondo que tenhamos algumas considerações

Nesse âmbito há a previsão de que conste do prontuário o “termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação”. Finalmente encontramos uma determinação elaborada nos limites do que há o Conselho Federal de Medicina (CFM) de estabelecer, já que é atribuição dos profissionais da área médica envolvidos na gestação em substituição esclarecerem aos pacientes todos os elementos clínicos relacionados ao procedimento que será realizado.

Contudo a parte final da diretriz estabelecida volta a desviar-se já que não cabe aos profissionais da área médica orientar quanto aos “aspectos legais da filiação”, não sendo essa a sua área de conhecimento. Se o tema é espinhoso para os juristas mostra-se temerário que o Conselho Federal de Medicina (CFM) venha a fixar que aqueles que estão a ele vinculados venham a tecer considerações jurídicas a quem está realizando uma gestação em substituição.

O órgão de classe está obrigando que o profissional da área médica oriente sobre direitos... Se o fizer estaria praticando algum tipo de exercício irregular da profissão? O Conselho Federal de Medicina (CFM) teria orientado-o previamente sobre o tema? Qual o lastro legislativo dessas orientações? A orientação inadequada ensejaria em responsabilidade civil do profissional e do Conselho Federal de Medicina (CFM)?

Uma previsão inadequada como essa traz uma série de questionamentos técnicos jurídicos ignorados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

A Resolução CFM nº 2.320/2022 exige ainda que seja acostado ao prontuário “relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos”, o que pode ensejar numa restrição ao acesso à gestação em substituição por criar um critério inexistente na lei. A necessidade de atestar a saúde das partes para além dos parâmetros da gestação em si parte do pressuposto de que exista uma restrição quanto a capacidade das pessoas, o que vai de encontro com os preceitos da Convenção de Nova York e também do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146/15).

Na sequência há a previsão de que o “termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança” seja levado ao prontuário, levando a crer que obrigatoriamente exista um documento escrito de tal natureza firmado, requisito que não se encontra presente em nenhum momento na lei.

Importante se consignar que de regra a legislação civil estabelece que a obrigatoriedade de contrato escrito é uma exceção, exigida apenas nas hipóteses em que houver determinação expressa. Não se está aqui a discorrer sobre a propriedade ou prudência de se realizar tal sorte de avença por meio de escrito particular ou escritura pública, mas somente se ponderando que não há a previsão legal de que tal negócio jurídico seja escrito.

O mesmo pode ser dito quanto ao outro elemento que o Conselho Federal de Medicina (CFM) determina que conste do prontuário. A Resolução CFM nº 2.320/2022 prevê que também será anexado ao prontuário “compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares,

se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério”. Ao exigir que tal documento seja acostado ao prontuário médico está, mais uma vez, pressupondo e impondo a existência de algo que a lei não exige.

Outro documento que o Conselho Federal de Medicina (CFM) determina que se faça constar do prontuário médico é um “compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez”, o que, novamente, a legislação pátria não exige. Não se trata de uma informação clínica, não sendo coerente que esteja no prontuário, mas, novamente, tal previsão revela o desejo do Conselho Federal de Medicina (CFM) de ver a avença firmada entre contratante e cedente cumprida, o que, apesar de louvável, não lhe compete.

Por fim, na relação do que há de estar juntado ao prontuário o Conselho Federal de Medicina (CFM) consegue se superar, pois além de imiscuir-se em seara que não lhe compete ainda expressa todo o machismo que tradicionalmente grassa nas entidades de classe, exigindo a “aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável”

Ainda tenta conferir um ar de diversidade ao considerar a possibilidade de que a cedente temporária do útero possa estar em um relacionamento com uma pessoa do mesmo sexo/gênero, contudo ignora um elemento primordial inerente a todas as pessoas, resguardado na esfera internacional pelos Direitos Humanos, e no nacional pelos direitos fundamentais preconizados pela Constituição Federal, como também nos direitos da personalidade consagrados pelo Código Civil que é a autonomia sobre o próprio corpo.

O fato de ser casado ou viver em união estável jamais pode ser utilizado como excludente para se afastar a autonomia de cada pessoa sobre seu próprio corpo, sendo teratológica a previsão de que a cessão temporária do útero dependa de aprovação escrita do cônjuge ou companheiro, replicando o mesmo ranço sexista da lei que trata da esterilização (lei 9.263/96) que foi extirpado com a lei 14.443/22³⁰.

³⁰Leandro Reinaldo da Cunha. A mulher e o direito à esterilização voluntária. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-sexualidade/383461/a-mulher-e-o-direito-a-esterilizacao-voluntaria>. Acesso em 20 abr.2024.

Não há tal previsão na lei, o direito de família não dá suporte a tal sorte de situação e ela se mostra atentatória a todos os parâmetros mais elementares que dão sustentação ao nosso Estado Democrático de Direito. Condutas como essa revelam como as instituições sentem-se ainda confortáveis em normalizar e normatizar de forma a discriminar as mulheres.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO NÃO ACESSO À GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO

Qualquer tipo de conduta que venha a restringir o acesso das pessoas a direitos fundamentais, como é o caso do planejamento familiar e o direito a constituir uma prole tem o manifesto condão de causar um dano.

O obstáculo à constituição de uma prole decorrente da vedação ao acesso à gestação em substituição pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) por qualquer razão que não seja de fundo indubitavelmente clínico não pode se sustentar, sendo certo que a vítima de tal conduta pode pleitear a reparação do dano sofrido em toda a sua amplitude, desde os danos materiais que possa comprovar como também por toda a gama de danos extrapatrimoniais que venha a experimentar. Tampouco se ignora que no presente caso seria possível se considerar também os danos sociais e coletivos decorrentes de tal agir indevido do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Consigne-se que não se pode também eximir o Estado da responsabilidade objetiva decorrente de sua omissão configurada na leniência legislativa, que causa danos individuais e coletivos, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal³¹.

Como tenho ponderado em inúmeros escritos não se trata de uma discricionariedade do Estado legislar sobre temas relacionados a Direitos Humanos, fundamentais e da personalidade, considerando o grau de lesividade que sua inação causa³². Ao versar sobre uma questão que tangencia elementos relacionados à

³¹ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa, RT 962 p. 37 – 52, 2015.

³² Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 278.

saúde, considerando o compromisso assumido pelo Estado com a integridade da pessoa na Constituição Federal, há de ser responsabilizado pelo inadimplemento com relação a tal direito social ao qual expressamente se obrigou³³.

A enorme preocupação com os conflitos sociológicos, psicológicos e jurídicos decorrentes da gestação em substituição já se mostravam bastante presentes na sociedade desde os anos 1990 como demonstrou a novela “Barriga de Aluguel”, contudo o dito “Novo” Código Civil de 2002 ignorou solenemente tal situação, o que não se pode atribuir ao desconhecimento da situação.

Não há que se falar em uma escolha legislativa que gera insegurança jurídica³⁴, deixando sem positivação tema extremamente relevante, especialmente quando ele tem o potencial de conferir uma instabilidade preocupante em uma das instituições mais caras à sociedade, como a família e sua prole.

A preocupação com a ausência de norma expressa quanto a gestação em substituição está presente na doutrina já de longa data³⁵, sendo o Poder Judiciário recorrentemente instado a manifestar-se, sem que isso tenha sido o suficiente para mobilizar o Poder Legislativo a cumprir com o que lhe compete.

Tentando suprimir a carência legislativa o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Provimento 52 que tratava do “registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”, trouxe ponderações sobre a gestação em substituição³⁶, replicando algumas das imposições

³³ Durval Carneiro Neto. Direitos sociais e responsabilidade civil do Estado por omissão: quando ignorar a reserva do possível significa admitir o risco integral. *Os 30 anos da Constituição federal de 1988*. Salvador: Paginae. 2018, p. 103.

³⁴ Leandro Reinaldo da Cunha. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. 2 ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 249.

³⁵ Silvio de Salvo Venosa. Direito Civil: direito de família. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 224.

³⁶ § 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem:

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

§ 2o. Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo - DNV.

apresentadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) quanto aos documentos a serem anexados ao prontuário dos pacientes de gestação em substituição (termo de consentimento assinado pela cedente autorizando o registro da criança concebida e aprovação prévia por instrumento público do cônjuge ou companheiro autorizando o procedimento de reprodução humana assistida).

É de se consignar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também não tem a prerrogativa de estabelecer normas cogentes para toda a população, com o referido provimento destinando-se especificamente aos cartórios, o que nos conduz a questionar acerca da impropriedade da conduta assumida pelo conselho ao exigir que o oficial registrador exigisse das pessoas documentos que a lei não exigia.

Ressalta-se que o referido provimento foi revogado pelo Provimento 63/17, o qual afirma que “Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação” (art. 17, § 1º).

O Provimento 63/17 foi revogado pelo Provimento 149/23 que criou o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra) que manteve o mesmo texto no art. 513, § 1º.

Nota-se que segue sendo imposto, de forma transversa, que o declarante apresente um “termo de compromisso” que a lei não prevê, o que impedirá, a princípio, que a criança oriunda de uma gestação em substituição seja registrada pelos contratantes da cessão temporária de útero.

Seguimos tendo os direitos à reprodução humana assistida (RHA) por meio de gestação em substituição pautados por regras restritivas que não estão presentes em nossa legislação, mas que seguem fazendo estragos. E o mais assustador é que essa última emana de órgão que inquestionavelmente tem conhecimento do sistema jurídico e haveria de agir de forma preservar os direitos das pessoas.

Uma eventual vedação do registro da criança nascida da gestação em substituição pelo cartório também encerra em si um dano a ser indenizado, nesse caso, pelo titular do cartório e pelo Estado.

Dessa forma é patente a existência de dano *in re ipsa* nos casos em que efetivamente ocorrer a restrição à gestação em substituição a qualquer pessoa sem uma motivação médica evidente, como também haverá a possibilidade do pleito de responsabilidade civil para as hipóteses em que tal dano seja demonstrado em razão da não busca da gestação em substituição face a orientações restritivas lastreadas em diretrizes deontológicas ou emanadas de órgãos que não tenham como prerrogativa a elaboração de legislação destinada a toda a população.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leniência legislativa do nosso Poder Público é perniciosa de múltiplas formas, contudo em certas áreas essa inação reveste-se de contornos ainda mais delicados face as consequências que causa.

No caso da gestação em substituição a questão tem essas exatas características pois além de não regulamentar tema sensível e que indiscutivelmente necessita de um regramento bastante cuidadoso ainda permite que um órgão de classe como o Conselho Federal de Medicina (CFM) sinta-se confortável para assumir para si a prerrogativa de estabelecer requisitos alheios aos parâmetros clínicos sobre o tema.

Além de não legislar e estabelecer as diretrizes a serem seguidas por toda a sociedade acaba permitindo que alguns tomem as manifestações do Conselho Federal de Medicina (CFM) como se fosse a legislação sobre o tema, com a imposição de determinações que a lei não traz, fazendo com que regras emanadas por um conselho de classe seja imposta a toda a população e não apenas aos vinculados àquela atividade profissional.

O mais preocupante é ver até mesmo o Poder Judiciário tomando diretivas deontológicas do Conselho Federal de Medicina (CFM) como se fosse a legislação vigente e oponível *erga omnes*, numa impropriedade técnica das mais assustadoras, como pode se ver na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp

1918421/SP que destaca a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina como elemento integrante do “acervo regulatório” nacional.

Não bastasse decisões fundadas em algo que não é lei ainda nos vemos obrigados a conviver com o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborando provimentos com lastro nessas regras deontológicas e nos brindando com o absurdo de firmar regra que impõe aos cartórios a exigência de documento que a lei não determina para o registro da criança nascida de uma gestação em substituição em nome dos contratantes.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) “legisla”, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “legisla” mas o Poder Legislativo não se digna a cumprir com o seu mister precípua. Se o Poder Legislativo simplesmente cumprisse com seu dever e legislasse sobre tema tão importante e necessário tal tipo de absurdo não ocorreria caso. Bastaria afastar-se da leniência legislativa que tanto lhe caracteriza, especialmente em temas que versam sobre aspectos vinculados à sexualidade.

O fato é que a ausência de normatização associada às ingerências cometidas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) causam danos a quem deseja realizar uma gestação em substituição e acaba encontrando obstáculos ante a regramentos inadmissíveis que seguem sendo exigidos em decorrência da omissão legislativa.

Havendo a constatação de danos a quem pretende realizar a gestação em substituição e tenha sido indevidamente impedido por restrições que extrapolam critérios médicos, calcando-se apenas em parâmetros morais, não positivados pelo nosso Poder Legislativo, confere-se o direito a ser devidamente indenizado, tanto com relação aos danos de natureza patrimonial quanto extrapatrimonial, sem se olvidar da possibilidade de que se venha a pleitear a responsabilização por danos sociais e coletivos.

Precisamos urgentemente parar de tomar como se legislação fosse regras de caráter meramente deontológico emanadas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), ainda mais quando essas extrapolam os estreitos limites de atuação desse conselho de classe. Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) não é lei e não pode estabelecer regras para a população como um todo.

Da mesma forma há de se conferir o devido peso aos provimentos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), não se podendo tomar como legislação algo que não é direcionado a todas as pessoas, nem mesmo se permitir que as previsões ali consignadas encerrem em restrições de direitos não previstas em nenhuma lei oriunda do Poder Judiciário.

Em hipótese alguma uma resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) pode ser considerada como instrumento bastante a restringir direitos das pessoas. Da mesma forma não cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) definir quais os documentos devem ser apresentados para o registro de uma criança nascida de gestação em substituição quando a legislação não o faz.

Assim, impera restar claro ao final desse texto que **QUALQUER PESSOA PODE INTEGRAR UM CONTRATO DE GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO, SENDO INCABÍVEL QUALQUER RESTRIÇÃO QUE NÃO CONSTE DA LEI**. E como não há lei, a autonomia das vontades, a liberdade contratual e a discricionariedade de cada pessoa há de prevalecer.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO NETO, Durval. Direitos sociais e responsabilidade civil do Estado por omissão: quando ignorar a reserva do possível significa admitir o risco integral. **Os 30 anos da Constituição federal de 1988**. Salvador: Paginae. 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Acesso à reprodução humana assistida por homoafetivos e transgêneros. **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 215-232.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade de gênero e a responsabilidade civil do Estado pela leniência legislativa**. Revista dos Tribunais 962 p. 37-52, 2015.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. MACEDO, Andreia Assis. Reprodução humana assistida post mortem e direitos sucessórios. **Revista Conversas Civilísticas**. Salvador, v.2, n.2, 2022.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. A união homossexual ou homoafetiva e o atual posicionamento do STF sobre o tema (ADI 4277), **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo** – v. 8. São Bernardo do Campo: Metodista. 2010.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. RIOS, Vinícius Custódio. *Mercado transgênero e a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva do capitalismo humanista*, **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 105, n. 972, p. 165-184, out. 2016.

A fragilidade das conquistas da população LGBTIANP+. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-sexualidade/405664/a-fragilidade-das-conquistas-da-populacao-lgbtianp>. Acesso em 20 abr.2024.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. A mulher e o direito à esterilização voluntária. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-sexualidade/383461/a-mulher-e-o-direito-a-esterilizacao-voluntaria>. Acesso em 20 abr.2024.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Pluralismo jurídico e movimentos LGBTQIA+: do reconhecimento jurídico da liberdade de expressão sexual minoritária enquanto uma necessidade básica humana. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, v. 1, n. 68, p. 486 - 526, mar. 2022.

MAGACHO, Maria Eduarda Echeverria. Conflitos positivo e negativo na gestação de substituição. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 1058, p. 81-94, 2023.

MEIRELLES ARAÚJO, Ana Thereza. O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil: da ausência de legislação ordinária ao regulamento deontológico atual. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, Brasília, 12(1), 2023.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SCALQUETTE. Ana Cláudia S.. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.