

## GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO E OS DILEMAS JURÍDICOS ANTE À RECUSA DE ENTREGA DA CRIANÇA GERADA

Isabelle Azevedo Amorim<sup>1</sup>  
Viviane Vilas-Bôas Costa Santos<sup>2</sup>  
Daiane Zappe Viana Veronese<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo visa identificar as implicações jurídicas nos casos de desistência de entrega do filho na gestação em substituição, no direito brasileiro, a partir da análise bibliográfica, documental, artigos científicos e legislação nacional. A gestação em substituição consiste na cessão temporária do útero alheio para a realização do projeto inicial dos pais biológicos. Ocorre que, circunstâncias podem acontecer durante o período gestacional e, a gestante não entregar a criança aos autores do projeto parental, levando ao incumprimento contratual. Por carecer de lei específica, este artigo busca subsídio nos princípios constitucionais e jurisprudência portuguesa, o Acórdão n.º 225/2018, para o reconhecimento de direitos e deveres de todos os envolvidos na gestação em substituição, principalmente das partes mais vulneráveis, a gestante e a criança a ser gerada.

**Palavras-chave:** Gestação em substituição; incumprimento contratual; afetividade.

### 1 INTRODUÇÃO

A gestação em substituição, tema do presente estudo, conhecida como uma técnica de reprodução assistida que, no âmbito normativo brasileiro, carece de instrumentos jurídicos no tocante às possíveis ocorrências de situações fáticas geradas pela referida técnica, impactando em incertezas em relação a direitos e garantias das partes abrangidas no processo.

Ainda que, perante a insuficiência de legislação normativa pátria, a gestação em substituição iniciou com a regulamentação nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina (CFM,1992) e mantida pelas resoluções seguintes, trazendo normas bastante genéricas para as partes envolvidas no processo.

Nesse viés, os dissídios resultantes da técnica de maternidade em substituição, em sua maioria, estão relacionados na esfera do Direito das Famílias. Assim, o presente estudo sobre a gestação em substituição tem como problema:

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito, Centro Universitário Nobre (UNIFAN), [belly.fsa@hotmail.com](mailto:belly.fsa@hotmail.com)

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual Civil (Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), [vivianevilas@hotmail.com](mailto:vivianevilas@hotmail.com)

<sup>3</sup> Mestra em Ciências Jurídico Criminais (Universidade de Coimbra), Centro Universitário Nobre (UNIFAN), [advogadadaiane@hotmail.com](mailto:advogadadaiane@hotmail.com)

Quais as implicações jurídicas nos casos de desistência de entrega do filho na gestação em substituição?

Os dilemas jurídicos em que os envolvidos possam enfrentar, como na quebra de contrato pela gestora, levando a não entrega da criança gerada, embora estejam diante de uma obrigação contratual, é preciso levar em consideração tais questões de grande relevância, principalmente em relação à gestante.

Portanto, a importância do presente artigo consiste na explanação do estudo da gestação em substituição, a qual oportuniza àqueles que, por exemplo, em razões de infertilidade e esterilidade, possam concretizar seus projetos parentais, e, fornecer à sociedade uma reflexão acerca das possíveis implicações jurídicas, no ordenamento pátrio, nos casos da desistência de entrega do filho pela cedente do útero, caso a gestante não cumpra com as condições acordadas previamente, que é a entrega do filho aos pais biológicos.

Finalmente, o estudo em comento tem uma relevância significativa num contexto geral, principalmente para os envolvidos nesta seara, na medida em que contribuirá com as questões específicas e ainda indefinidas no ordenamento pátrio, na busca de aplicação de direitos resguardados na nossa Constituição, e, assim, preservando os direitos/princípios fundamentais do ser humano, principalmente para aqueles cuja vulnerabilidade está mais acentuada, quais sejam, a gestante de substituição e a criança gerada.

Posto isto, o artigo em estudo tem como objetivo geral identificar as implicações jurídicas nos casos de desistência de entrega do filho na gestação em substituição. Para isso, como objetivos específicos, busca-se:

- a) Apresentar o conceito da gestação em substituição no Brasil.
- b) Analisar a legislação pertinente para a celebração do contrato da gestação em substituição.
- c) Identificar os efeitos da desistência de entrega da criança gerada no ordenamento brasileiro.
- d) Analisar a importância da manutenção da guarda da criança gerada junto à sua genitora.

Tendo em vista que se trata de um estudo conceitual e elucidativo, as metodologias aplicadas são as pesquisas bibliográfica e documental, com a finalidade de explanar entendimento de doutrinadores pátrios e, trazer uma reflexão crítica pertinentes ao problema do tema.

## 2 GESTAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

### 2.1 CONCEITO E COMO SE CONFIGURA

O artigo “A Gestação por substituição à luz o ordenamento jurídico brasileiro”, tendo como autores Passarini e Machado, definem

a gestação em substituição ou ‘barriga solidária’ como a cessão de útero para a gestação de filho concebido através de material genético de terceiro, a quem a crianç a gerada deverá ser entregue logo após o parto, destinando   fornecedora a qualidade de mãe, permitindo assim   mãe de conceber um filho biológico fora de seu ventre. (PASSARINI; MACHADO, p.2)

Pode enquadrar-se nesta técnica os casos de infertilidade ou impossibilidade física da mulher em gestar, com finalidade de concretização de seus projetos parentais.

O referido procedimento consiste num método de Reprodução Humana Assistida que, no Brasil, sob a  tica do ordenamento constitucional vigente, segundo Castilho, “a reprodução humana assistida está inserida na classe dos direitos fundamentais, mais especificadamente no direito fundamental   vida” (CASTILHO, 2005, p. 319).

Não existe cunho financeiro na gestação em substituição e como adverte o Conselho Federal De Medicina “a cedente temporária do útero deve pertencer   família de um dos parceiros em parentesco consanguíneos até quarto grau, sendo que os demais casos ficam sujeitos   autorização do CFM” (CFM, 2021).

Vale ressaltar que, a gestação em substituição pode ocorrer de forma homóloga ou heteróloga, conforme afirma Madaleno (2018), na fertilização homóloga o material genético é o do próprio casal, isto é, utiliza-se o s men do marido ou companheiro e o óvulo da mulher. Por outro lado, na fertilização heteróloga recorre-se ao s men ou óvulo de terceiro. Ambos os casos, devem haver o consentimento de todas as partes envolvidas além de, estarem sujeitas às condições da CFM.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias pormenoriza conceituando que:

Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel. Porém, apesar do nome, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância (CF 199  4 ). Assim, também é proibido gestar o filho alheio, mediante pagamento. A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer e de não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. (DIAS, 2010, p.365)

Nesta seara, faz-se pertinente a determinação da maternidade. A gestação por substituição é uma prática que gerou a possibilidade de desestruturação do conceito de filiação, pois tal técnica desfigura as etapas naturais da reprodução, sendo mais um elemento para a sustentação da filiação socioafetiva, reconhecida pela Constituição, jurisprudência e doutrina.

Portanto, a gestação em substituição tanto oportunizou àqueles que almejam ter um filho que, por condições de infertilidade ou impossibilidade não podendo gestar, além de, possibilitar o surgimento de uma situação da “mãe gestora”, a qual teve o papel de gerar o filho desejado no projeto inicial dos contratantes, contudo, desistiu de entregar a criança a ser gerada.

## 2.2 PREVISÃO NORMATIVA

Atualmente, a gestação em substituição é regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, que teve sua primeira edição de n.º 1.358 de 1992, após as de n.º 1.957/2010, n.º 2.013/2013, n.º 2.121/2015, n.º 2.168/2017 e, a mais recente, regente, a de n.º 2.294/2021. No entanto, como premissa, de acordo com a resolução,

a gestação de substituição só poderá ocorrer quando existir um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da mulher que pretenda ter um filho, ou seja, deve ser a última ratio a ser perseguida, apenas em casos que haja a impossibilidade de reprodução no organismo da mulher, é que terceira poderá ceder seu útero substituindo-a na gestação de seu futuro filho. (CFM, 2010)

As resoluções foram criadas com o intuito de como proceder com a técnica do referido procedimento e, o Conselho de Medicina tem o poder de fiscalização da profissão, para assegurar a ordem, ética, moral e suas normas, porém, carecendo de amparo jurídico nas situações conflitantes ao tratar-se do direito em si.

Ao mesmo pensamento, conforme leciona LIGIERA:

Ainda que dotada de boa intenção e mesmo visando evitar conflitos de interesses, a Resolução 2.121 padece de certa atecnia e possível ineficácia. Isto porque não é o Conselho Federal de Medicina o órgão competente para decidir acerca dos procedimentos legais e jurídicos para a validade do procedimento de gravidez por substituição. (LIGIERA, 2016, pág. 15)

Sendo assim, percebe-se que, a Resolução do CFM não tem força de lei, ou seja, não existe uma norma específica no Brasil que trate sobre a gestação em substituição, já que existem questões controversas que não são esclarecidas pelas resoluções do CFM.

## 2.3 RELAÇÃO OBRIGACIONAL E CONTRATUAL

Como dito anteriormente, há uma ausência de normal legal sobre o tema barriga solidária. Desta forma, o CFM, através das Resoluções, ditará os requisitos que as partes contratantes deverão cumprir, seguindo os elementos de validade do negócio jurídico previsto no art. 104 do Código Civil, que diz:

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. (BRASIL, 2002)

Pois bem, o contrato da gestação em substituição é lícito, conforme aduz Mônica Aguiar (2005), pois, teria como objeto a cessão temporária de útero, ou seja, “o direito à procriação, valendo-se do princípio da autonomia da vontade em razão da possibilidade de disposição do próprio corpo, sendo limitada quando possa acarretar em prejuízo físico ou psíquico.”

Sendo assim, preenchendo os restantes dos requisitos, o contrato de gestação por substituição encontraria respaldo para sua existência no artigo 425 do Código Civil, que dita (...) “ser lícito às partes estipular contratos atípicos, desde que observadas às normas gerais traçadas pelo mesmo diploma legal.”

Ou seja, Venosa afirma que:

são contratos atípicos aqueles que a determinação formal é dada pelas partes, não estão descritos ou especificados pela lei, devendo, entretanto, respeitar os elementos de existência, validade e eficácia de todo e qualquer negócio jurídico. (VENOSA, 2012, p. 407)

Por aplicar às regras gerais da Teoria Contratual do Código Civil, atribuindo a maternidade à mãe biológica, conforme as partes envolvidas acordaram no contrato, ainda que existindo o consentimento inicial da gestora, faz-se necessário e imprescindível a aplicação de norma específica para a preservação dos direitos fundamentais e princípios constitucionais de todos os envolvidos na relação, pois, o direito é dinâmico e há necessidade de adaptação às modernidades da sociedade.

## 3 GESTAÇÃO E O ORDENAMENTO PÁTRIO

### 3.1 DO DIREITO A MATERNIDADE À GESTORA

No âmbito normativo brasileiro, a filiação, também, pode advir através de uma relação socioafetiva, de acordo o art. 1.593 do Código Civil, que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem” (BRASIL, 2002).

Sendo assim, o legislador atribuiu valor jurídico a

sentimentos nobres, como o amor, o desejo de constituir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas em grupo de companheirismo, lugar de afetividade. A esse fenômeno que se consagrou o termo “desbiologização do parentesco (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 528).

Pois bem, na legislação pátria, existe a determinação apenas quanto à paternidade, conforme aduz o art. 1.597 do CC:

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 concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

Não obstante, em se tratando de gestação em substituição, inexistente lei que regulamente a filiação da criança gerada e, conforme novas possibilidades de filiação diante das realidades familiares, POLI e VIEGAS afirmam que:

na gestação por substituição, verifica-se que tanto a paternidade quanto a maternidade podem ser questionadas. Para muitos a verdadeira mãe seria aquela que concebeu o bebê e não quem forneceu o material genético [...]. Como se observa, a prática da gestação por substituição traz à tona problemas de filiação também não regulamentados pelo direito, restando aos magistrados à resolução dos conflitos conforme os princípios do direito, a ética e a moral em cada caso concreto. (POLI; VIEGAS, 2015)

Ademais,

O Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social. (VENOSA, 2017, p. 248)

Frente a tais inseguranças jurídicas e aliadas ao surgimento de novas discussões as quais embasam o estudo em comento, o Direito Português, através do Acórdão n.º 225/2018 reconheceu o direito à maternidade da gestora, ainda que esta não cumpra com a obrigação contratual, mas, fundada no princípio da autonomia da gestante e no vínculo afetivo manifestado durante o período da gestação com a criança, o qual não poderia prever no momento da realização do contrato.

Por muito tempo utilizou-se o conceito de mãe determinado pela gravidez e parto, assim afirma LIMA (2004):

Tradicionalmente a presunção da maternidade sempre fora considerada evidente por sinais exteriores inequívocos, tais como a gestação e o parto, através dos quais era possível afirmar que *mater semper certa est*, baseado no fator biológico. O parto dava à parturiente a condição de mãe pelo nascimento da criança [...]. (LIMA, 2004)

Nota-se que, esta definição não se subsiste diante da evolução do conceito de família, sendo tal presunção amoldada com novos parâmetros de aferição da maternidade, mãe biológica ou afetiva, relativizada pela gestação em substituição, ao passo que, a mãe pode ser a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e, também, a que contratou a barriga de substituição para gestá-lo, levando a ocorrência de conflito positivo da maternidade.

Pois bem, ainda que, o contrato de gestação em substituição seja considerado válido, na circunstância da “mãe gestante” desistir de entregar a criança gerada ao casal, o conflito de filiação existirá, devido à inexistência de lei específica que ampare a gestora, aplicando, assim, às regras do CFM e Código Civil, que nada traz sobre a gestação em substituição e, sim, do entendimento genérico de que a mãe biológica é a que merece a maternidade da criança, pois a mãe em substituição é apenas a hospedeira daquele ser gerado.

Em amparo a todas as formas de filiação, Lôbo (2018) adverte que “o direito converteu a afetividade em princípio jurídico”, pois, é um elemento que se tornou fundamental nas constituições das famílias e bem estar de todos. Como se vê, o afeto é substancial na determinação da filiação, assim destaca Farias e Rosenvald:

A liberdade de cada pessoa de efetivar a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos (através de relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo puro e simples da condição paternofilial. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 615)

Posto isso, diante do conflito de determinação da maternidade, a gestora também tem o direito de ser mãe, pois, perante a lacuna legal à gestação em substituição e com os novos arranjos familiares, seria um ato discriminatório partindo do pressuposto à origem consanguínea como premissa para a determinação da maternidade.

### 3.2 ANÁLISE DO DIREITO DE RECUSA DA GENITORA

A Resolução (CFM, 2017) estabelece que todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida devem prestar seu consentimento livre e esclarecido, no qual

os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta, além dos dados de caráter biológico, jurídico e ético. Essas manifestações de vontade devem ser providenciadas durante a gravidez, não havendo, contudo, qualquer previsão referente à possibilidade de sua revogação. (CFM, 2017)

Nota-se que, o quesito revogação é crucial para a construção da tese do referido estudo. Considera-se revogável o consentimento a possibilidade da gestora em desistir do procedimento apenas antes de proceder com a transferência do embrião, conforme o entendimento do CFM. Ao iniciar com a gestação, a gestora deverá prosseguir com a gravidez, e, ao final, entregar a prole gerada aos pais biológicos.

Porém, encontrando respaldo no Direito Português, em que o Tribunal, através do Acórdão n.º 225/2018, reconheceu o direito da recusa da “mãe gestora”, garantindo a revogabilidade do contrato

desde a formação deste contrato, quando tal consentimento livre e esclarecido é colhido, até o advento do seu termo final, que se daria com a efetiva entrega da criança aos autores do projeto parental, a gestante se submete a um processo biológico, psicológico e potencialmente afetivo inerente à gestação e ao parto que não pode ser desconsiderado. (PORTUGUAL; Acórdão n.º 225/2018)

Neste ponto de vista, sobrepesam os aspectos psicológicos, emocionais e a disposição do próprio corpo da gestante os quais expostos a maiores riscos e por mais tempo, ao passo que, as etapas deste contrato estariam incertas por não ser possível antecipar e prever, diante de tais possíveis ocorrências, desde a implantação do embrião até a entrega da criança, tornando o projeto parental inicial não correspondente mais à sua vontade.

Assim, apesar do consentimento da gestante estar vinculado desde o início da formação do contrato e deverá se manter ao longo de todo o processo de gestação de substituição, tão somente se permitiria a possibilidade de sua revogação, não antes da implementação do embrião, como é definido pelo CFM, e, sim, até o instante de entrega da criança, garantindo a gestante o exercício do seu direito fundamental constitucional que lhe é assegurado, a liberdade e autonomia da



gestora, bem como, da preservação da dignidade, principalmente da gestante e da criança gerada, estas por serem mais vulneráveis no contexto como todo.

Por fim, para corroborar com o estudo em comento, Kant diz que “a autonomia não pode ser cancelada temporariamente; deve ser atualizado em todos os momentos porque o consentimento informado é um processo e não apenas um resultado”. (EHRHARDT, 2021)

### 3.3 EFEITOS JURÍDICOS DA DESISTÊNCIA DE ENTREGA DO FILHO

Analisando esse cenário, no Direito Civil brasileiro, é possível a inserção da cláusula do direito de arrependimento prevista no art. 420 em contratos de gestação em substituição, garantindo a possibilidade de arrependimento e como consequência deverá ressarcir a parte que não fora beneficiada.

Contudo, o entendimento de Maria Tereza e Taisa Maria, delimitam tal tema:

[...] na sistemática das normas (deontológicas) existentes no Brasil, a celebração do contrato exclui qualquer remuneração em favor da gestante. Assim, não se deve imputar àquela, que tem a intenção de realizar uma liberalidade, deveres de natureza pecuniária em favor de eventuais beneficiários desta liberalidade. Mesmo que tenha sido ajustada, neste contrato gratuito, cláusula de exercício de direito de arrependimento com pagamento de arras em favor dos pais jurídicos, tal cláusula será desprovida de eficácia jurídica, porquanto abusiva. (2018, pág. 31)

Ou seja, segundo entendimento doutrinário, à gestora, por mera liberalidade em contratar, não se pode atribuir deveres de natureza pecuniária, portanto, a referida cláusula será desprovida de eficácia jurídica.

Contudo, adotando a tese da revogabilidade do contrato até o momento da entrega da criança, como explanado no item anterior, de acordo com o entendimento jurisprudencial no Direito Português, o Acórdão n.º 225/2018 que diz

à semelhança das exigências de gratuidade e de não subordinação econômica para garantir a liberdade de consentimento inicial, a revogação em causa também tem de ser livre, no sentido de excluir, pelo menos, qualquer indenização. (PORTUGUAL; Acórdão n.º 225/2018)

Ato contínuo, ainda no referido Direito Português, segundo Ehrhardt e Rocha,

o projeto de um filho e sua conseqüente perda não estaria sujeita a eficácia do contrato, motivo pelo qual a recusa na entrega da criança gerada não motivaria reparação civil. Este posicionamento não envolve desconsiderar a integralidade do conteúdo do contrato e suas repercussões, apenas, simplesmente, restringir que não se exija o cumprimento a despeito à cláusula de entrega de filho, podendo subsistir, por exemplo, o dever de indenizar as perdas e danos materiais decorrentes dos serviços médicos efetivamente prestados. (EHRHARDT; ROCHA, 2021)

Portanto, o supramencionado posicionamento deverá prevalecer, haja vista encontrar fundamento respaldado no Código Civil, ainda que baseado na cláusula de arrependimento, porém com o mesmo objeto, em razão da liberalidade da gestora não deverá ensejar reparação civil por perdas e danos aos pais biológicos, contudo, poderá admitir uma possível reparação em relação aos danos materiais devidos aos serviços médicos prestados durante o período gestacional, uma vez que a gestora desiste de entregar a criança aos pais biológicos, causando prejuízo a estes por não executar o contrato pactuado.

Ressalta-se que, as responsabilidades parentais em relação à criança gerada subsistem para aqueles que forem determinados a serem pais, pois, o filho gerado é a parte vulnerável na relação e, que há de se priorizar o melhor interesse da criança, regulamentado pelo Estatuto da Criança e Adolescente.

#### **4 DIREITO A MANUTENÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA GERADA JUNTO A SUA GESTORA**

Ainda que, a posição adotada no Brasil, através do CFM, a determinação da filiação na gestação em substituição seja baseada na vontade procriacional dos contratantes, consolidada no consentimento livre e espontâneo dos envolvidos no processo para a realização do projeto inicial acordado, há de se pontuar ao direito constitucional assistido à gestora, no seu exercício legítimo da liberdade e autonomia, assegurando os aspectos enfrentados durante o parto, aliado ao surgimento do afeto, amor pela criança ainda no ventre, que fez nascer o sentimento maternal por aquela, reconhecendo, assim, o seu direito a ser mãe da criança gerada.

Nesse sentido, são incontestáveis as circunstâncias próprias da gestação enfrentadas pela gestora as quais não podiam prever e, como Sarmiento & Setúbal afirmam:

a alteração emocional provisória que ocorre durante o puerpério é essencial, na qual existe uma maior fragilidade psíquica, semelhante a do

bebê, e que por certo grau de identificação, permite que as mães se liguem intensamente ao bebê, adaptando-se ao contato com ele e atendendo às suas necessidades básicas (Sarmiento & Setúbal, 2003).

Consubstanciando, a Carta Magna reforça que a verdade biológica não pode ser o único caminho na determinação da filiação, conforme prevê o art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Aqui, não se busca excluir o direito das partes beneficiárias, os quais já têm os seus direitos explícitos e consolidados de maneira genérica na legislação brasileira. Porém, requer o olhar para a gestora que se encontra desassistida no sentido do exercício dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da afetividade, e do reconhecimento do direito de ser mãe da criança gerada, sendo que àquela está diante de um contrato de amplitude geral, pois, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de norma sobre a gestação em substituição.

Entretanto, relevante destacar o aspecto evolutivo e contemporâneo no âmbito da doutrina do Direito de Família e no ordenamento jurídico brasileiro, que é a multiparentalidade, assim definida por Daniela Paiano:

(...) ao mesmo tempo ter-se o vínculo biológico com o pai ou mãe e, ao mesmo tempo o socioafetivo com o pai ou mãe de criação, padrastos e madrastas, pai e mãe adotivos, dando lugar ao que se denomina multiparentalidade (PAIANO, 2017, p. 61 e 224).

Muito embora tal instituto encontra-se ainda incipiente, nos casos de gestação em substituição, todavia, apresenta-se como uma possível alternativa para a condução de garantia de direitos de todos os envolvidos, afinal, o feto sendo considerado relevante na determinação da filiação, assim explana Cassettari (2017):

Para o magistrado, a verdadeira filiação é aquela que emerge da afetividade, independentemente das origens genéticas, não se admitindo qualquer discriminação, de modo que de acordo com a Constituição Federal são iguais em direitos e em obrigações (CASSETTARI, 2017, p. 201).

Ainda, acrescenta o autor Tartuce (2012)

Para o autor, o reconhecimento da concomitância de vínculos parentais afetivos e biológicos é, além de um direito dos envolvidos, uma obrigação constitucional, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Ainda destaca que em razão do princípio da igualdade de filiação, todos os direitos e deveres aplicáveis à filiação biológica devem também ser observados para a filiação socioafetiva. (TARTUCE, 2012, p. 347).

Diante de todo o exposto, imprescindível, também, neste processo, assegurar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto na Constituição Federal, esta, especificamente no art. 227

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, [...]. (BRASIL, 1988)

Nesse viés, no sentido de viabilizar a inserção da criança numa família que lhe ofereça um ambiente com condições favoráveis ao seu pleno desenvolvimento.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente trabalho buscou explicar a sistemática da gestação em substituição no Brasil e a necessidade de regulamentação dessa técnica com a finalidade de proteger todos os envolvidos, de modo que os direitos destes sejam assegurados e, assim, amenizar os possíveis litígios perante os novos arranjos familiares.

A gestação em substituição no Brasil é atualmente regulamentada pela Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, carecendo de normatividade jurídica, gerando uma lacuna legal sobre eventuais conflitos gerados pela referida técnica. Frente a este cenário, o presente artigo buscou fundamentar na própria Constituição Federal, doutrinas e no Acórdão Português n.º 225/2018 para subsidiar nos possíveis conflitos mencionados neste estudo.

Como já destacado anteriormente, o contrato de gestação em substituição se amolda às regras do Código Civil, contudo, inexistindo um contrato típico no ordenamento jurídico brasileiro sobre a técnica em comento e, assim, não reflete com fidelidade as suas características e peculiaridades.

Sendo assim, nem todo incumprimento deste contrato ensejará o dever de indenizar a outrem, em observância do exercício da liberdade e autonomia abarcadas pela Constituição e por força do próprio contrato, além da necessidade de uma visão singular que os contratos de gestação em substituição exigem devido ao seu conteúdo tratar-se sobre direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, como os da personalidade, dignidade da pessoa humana, autonomia da gestante.

Ainda que, para a prática de gestação em substituição, o vínculo de parentesco entre a gestante e os pais biológicos há de ser próximo, conforme determinado pelo CFM, para evitar que aquela se recuse a entregar a criança, tal “imposição” não deverá subsistir de forma geral, tendo em vista o aspecto da vulnerabilidade que a gestora se encontra na relação, estando expostas às condições psicológicas, biológicas, afetivas inerentes à gestação e ao parto que não podem ser ignoradas.

Deste modo, tal problemática acarreta em exclusão de direitos e, diante das novas conjecturas familiares o direito não pode ‘fechar os olhos’, sendo imprescindível que caminhe junto com essas mudanças, com o intuito de proporcionar as condições essenciais à estabilidade dos grupos familiares.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 22 set. 2021.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.358/1992**. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em: 10 set. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957 de 2010**. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 2 mar 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 365.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ROCHA, Patricia Ferreira. **A (im)possibilidade do reconhecimento de responsabilidade civil por incumprimento contratual ante a**

**recusa de entrega ou de recebimento da criança na gestação de substituição:** subsídios do direito português para o Brasil. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 28, p. 97-121, abr./jun. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6.<sup>a</sup> edição. Salvador: Juspodivm, 2015.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligieracivilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 20 mar de 2022.

LIMA, Taisa Maria Macena; Sá, Maria de Fátima Freire. **GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO: ENTRE AUTONOMIA E VULNERABILIDADE**. v. 3 n. 4 (2018): Direito e Liberdades.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas**, in FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Coord. Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. - 8. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018

MARTINS, Flávio Alves et al. **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico, UFRJ, 2014.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação:** da possibilidade jurídica da multiparentalidade. 1. ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PASSARINI, Diego Hernandes; MACHADO, Wilton. A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro. [S.l. : s.n].

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Claudia Mara de Almeida Rabelo. **A legalização do contrato de barriga de aluguel, sob a ótica do princípio da autonomia privada**. Jus Navigandi, Teresina, 20 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44596/a-legalizacao-do-contrato-de-barriga-de-aluguel-sob-a-otica-do-principio-da-autonomia-privada>. Acesso em: 23 abril. 2022.

PORTUGAL. Acórdão nº 225/2018 do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940>. Acesso em: 20 março 2022.

SARMENTO, R., & Setúbal, M. S. V. (2003). **Abordagem psicológica em obstetrícia**: aspectos emocionais da gravidez, parto e puerpério. *Revista de Ciências Médicas*, 12(3).

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.