



A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E NOS EUA: UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

SURROGACY IN BRAZIL AND THE USA: AN ANALYSIS OF COMPARATIVE LAW

Luciano de Jesus Souza¹

Laryssa Martins de Sá²

Paulo Rubens Parente Rebouças³

RESUMO

Quanto custa uma barriga de aluguel? A resposta para essa pergunta é mais profunda que a mera nuance quantitativa. Com efeito, a análise deve contemplar o valor qualitativo e social envolvido, em especial para a gestante por substituição, que em casos de gestação por substituição clandestina, é quem irá sofrer as piores consequências. Atualmente, no Brasil, a questão somente se encontra regulamentada por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina. Por conseguinte, o presente trabalho teve como hipótese avaliar se a gestação por substituição no Brasil, de fato, precisa ser regulamentada por meio de lei. Para tanto, foi utilizada como metodologia a revisão bibliográfica do assunto e o direito comparado entre o Brasil e os EUA, onde existe regulamentação em alguns estados. Assim, foi analisado os diversos aspectos da nomenclatura, conceito e contexto da gestação por substituição, os prós e contras da regulamentação, a legislação de regência no Brasil e nos EUA sobre o assunto. Ao final, foi possível concluir que é necessária uma regulamentação da questão, ao menos, ao nível infraconstitucional, mas no momento, sem mudanças drásticas na sistemática já adotada pelo Conselho Federal de Medicina.

Palavras-chave: Barriga de Aluguel. Cessão de útero. Gestação por substituição; Legislação; Jurisprudência.

¹ Tabelião e Registrador. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro De Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Endereço eletrônico: Luciano.de.j.souza@gmail.com

² Advogada especialista em Processo Civil. Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro De Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Endereço eletrônico: laryssa.sa@gmail.com

³ Promotor de Justiça no Estado do Piauí. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro De Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Endereço eletrônico: paulorubens@mppi.mp.br





ABSTRACT

How much does a surrogate mother cost? The answer to this question goes deeper than just a quantitative nuance. In fact, the analysis must take into account the qualitative and social value involved, especially for the surrogate mother, who in cases of clandestine surrogacy is the one who will suffer the worst consequences. Currently, in Brazil, the issue is only regulated by resolutions of the Federal Council of Medicine. Therefore, the present study aimed to assess whether surrogacy in Brazil really needs to be regulated by law. To this end, the methodology used was a bibliographic review of the subject and comparative law between Brazil and the United States, where there is regulation in some states. Thus, the various aspects of the nomenclature, concept and context of surrogacy, the pros and cons of regulation, and the governing legislation in Brazil and the United States on the subject were analyzed. In the end, it was possible to conclude that regulation of the issue is necessary, at least at the infra-constitutional level, but for the moment, without drastic changes to the system already adopted by the Federal Council of Medicine.

Keywords: Surrogacy. Cession of uterus. Surrogacy pregnancy; Legislation; Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

Qual o melhor momento para se ter um filho? A barriga de aluguel deve ou não ser permitida? Os questionamentos envolvendo a constituição de uma família não são quantitativos e sim qualitativos e são controversos no Brasil e outros países.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 226, §7º, disciplina que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal (...)”. É nesse contexto que se insere o presente artigo, visto que falar de “barriga de aluguel” é falar do direito à família, à vida, de direitos fundamentais (art. 5º, CF/88).





Assim, o presente artigo busca descortinar o tema “barriga de aluguel”, a partir da seguinte hipótese: a gestação por substituição no Brasil, enquanto procedimento médico de reprodução assistida, deve ser regulamentado por lei, ou constitucionalmente. Utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica conceitual e jurídica da técnica de gestação por substituição e o direito comparado entre Brasil e EUA a respeito do assunto.

Dessa forma, o trabalho foi organizado em cinco principais capítulos: 1. Introdução, 2. O que é *surrogacy*?. 3. A gestação de substituição no Brasil, 4. A gestação de substituição nos EUA, 5. Conclusão.

O presente artigo não pretende esgotar o tema “barriga de aluguel”, mas fornecer subsídios para melhor entender e responder se o procedimento da gestação por substituição deve, ou não, ser regulamentado legalmente no Brasil.

A metodologia utilizada foi o método dedutivo e a revisão bibliográfica do assunto, comparando-se o regramento jurídico entre o Brasil e o EUA. A comparação foi utilizada neste artigo como instrumento de subsídio e análise e não como o objeto de pesquisa em si.

A questão da regulamentação da gestação por substituição no mundo encontra-se distribuída basicamente de três formas: países onde a barriga de aluguel é ilegal (Espanha, França, Itália, Alemanha, Suíça etc); países onde a barriga de aluguel é legal, desde que seja altruísta (México, Canadá, Brasil, Reino Unido) e países onde a barriga de aluguel é legalizada, envolvendo ou não compensação financeira (Ucrânia, da Rússia, da Índia e de parte dos estados dos Estados Unidos) (Sáenz, 2015, p. 13).

Em que pese o Brasil adotar como regra o *civil law* e o EUA o *common law*, o que não impede a comparação (Dainow, 1966, p. 78) e (Barboza, 2014, p. 44), a escolha dos EUA foi justificada pelos seguintes fatos: proximidade geográfica com o Brasil; ser o EUA um dos principais destinos de famílias brasileiras que querem realizar o procedimento de forma legalizada; o EUA possuir um regramento jurídico mais estável, transparente e de melhor acesso informacional do que os outros países que atualmente permitem a barriga de aluguel envolvendo ou não compensação financeira, como a Ucrânia, a Rússia e a Índia.





Escolhido o país a ser comparado e pela análise dos regramentos jurídicos envolvidos, definiu-se como método comparatista de pesquisa o método funcionalista de direito comparado constitucional (Zwigert & Kötz, 1987, p. 8), complementado pelo método expressionista. O marco teórico da gestação de substituição foram os trabalhos do professor Roberto Fanti de Resende.

Desse modo, embora as premissas utilizadas para analisar a hipótese de pesquisa tenham levado em consideração os normativos de regência escritos de cada país, foi levado também em consideração que as normas são expressão de um povo e que cada povo é único, possuindo uma trajetória única, um culturalismo único.

Assim, no presente artigo, o expressivismo foi utilizado como complementação ao método funcionalista, tendo sido considerado o contexto da gestação por substituição em cada país analisado.

2. A DEFINIÇÃO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO (SURROGACY)

2.1 Nomenclatura, conceito e contexto

Surrogacy é um termo em inglês que se refere ao termo vulgarmente conhecido no Brasil como barriga de aluguel.

Para estudiosos do assunto, como o professor Roberto Fanti de Resende (Resende, 2020, p. 54), o termo seria pejorativo, uma vez que não exprimi de fato a técnica de reprodução assistida (TRA) do tipo fertilização *in vitro*, ou inseminação artificial, seguida de gestação por substituição, também chamada de útero de substituição, maternidade de substituição, dentre outros.

Nesse sentido, as pessoas conhecem muito pouco sobre as técnicas de reprodução assistida (TRA) e utilizam o termo “barriga de aluguel” para qualquer espécie do gênero TRA’s. A gestação por substituição é espécie do gênero TRA’s.

Com efeito, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal – CNECV recomendou que se utilize o termo gestação de substituição em contrapartida ao termo maternidade de substituição. No direito, na medicina, e na vida, os nomes importam, a semântica importa.





A gestação por substituição, também técnica de reprodução assistida, consiste no fato de uma mulher (gestante substituta) gerar em seu ventre o filho de outrem, usando seu próprio óvulo e sendo inseminada com o espermatozoide do doador ou do futuro pai, ou mediante a implantação em seu útero do embrião fertilizado *in vitro* (Resende, 2023, p. 112).

Refletir sobre a gestação por substituição é refletir sobre ética, biologia, bioética, filosofia, maternidade, paternidade e por último, direito. A questão é fática e ocorre todos os dias nos hospitais, nas casas e nos 5.570 cartórios de registro civil.

Para muitas pessoas, ressalte-se, é somente no momento de registrar o nascimento do filho(a) que se descobre o real problema jurídico que será enfrentado pela realização de uma gestação por substituição clandestina.

Na prática, em uma gestação por substituição clandestina, só constará do registro de nascimento o nome da mãe que gestou a criança, nome esse constante da Declaração de Nascido Vivo – DNV emitida no hospital quando do parto, e sem o nome do pai, como regra.

Acrescente-se a isso, o estigma social e os desentendimentos comuns entre a gestante e a futura mãe por substituição, seja durante a gestação, seja após o parto (BBC, 2011, p. 7).

Com efeito, ainda que o Código Civil de 2002 tenha enfrentado a visão paternalista quase que absoluta do Código Civil de 1916, por este ter sido redigido na década de 70, diversos artigos ainda possuem uma visão clássica. É assim, pois, com a presunção *pater is*, vide os artigos 1600 e 1602 do CC/02, dentre inúmeros outros artigos que possuem pontos de contato com o tema *surrogacy*.

2.2 Regulamentar, ou não

Aos que militam a favor da regulamentação da gestação por substituição remunerada e não limitada aos parentes de quarto grau, a proibição não só penaliza e discrimina os casais homoafetivos masculinos, mas também os casais heterossexuais que não podem ter filhos por algum problema que contraindique (Souza, 2010, p. 88).





A ausência de regulamentação e o desinteresse das agendas legislativas globais em responder aos diversos aspectos que surgem nos diferentes contextos, em especial os de ordem jurídica, médica e ética têm causado problemas de ordem ética, jurídica, previdenciária, prestação de serviços, afiliação e até o risco de tráfico de pessoas (Higueta Jaramilo e Gómez Rúa, 2023, p. 49).

Noutro giro, em que pese o desejo humano ter um “filho genético, a cessão temporária do útero desumaniza a mulher, cria uma classe de reprodutoras pagas e transforma uma função biológica normal do corpo feminino em uma transação comercial” (Resende, 2023, p. 10).

A gestação por substituição é mais uma ferramenta de exploração do corpo feminino, por aproveitamento da condição social e a desigualdade de gêneros, do que uma mercancia pura por livre escolha e consentimento, na maioria das vezes. Poucas mulheres, na prática, podem exercer livremente essa escolha (Resende, 2023, p. 11).

Nesse sentido, as conclusões de RESENDE (2023, p. 45) vão ao encontro, em certa medida, do que atualmente disciplina o Conselho Federal de Medicina, e que está replicado na versão final do anteprojeto de reforma do Código Civil de 2002, entregue ao Senado Federal em abril de 2024, em que a gestação por substituição é permitida, mas sob restritas regras, tendo por princípios o voluntarismo e o altruísmo, como será demonstrado no próximo capítulo. E nesse mesmo sentido, também, as legislações dos países que permitiram, mas de forma voluntária e altruística.

3. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ÂMBITO BRASILEIRO

Tradicionalmente chamada de barriga de aluguel, a gestação de substituição ou cessão de útero ainda não tem legislação própria no Brasil, sendo regulamentada mais especificamente pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), levando-se em conta o disposto no Código Civil Brasileiro de 2002 e na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o art. 13 do Código Civil de 2002 dispõe que a vida é um direito indisponível, o que torna sua comercialização um ato ilícito. Assim, o contrato oneroso infringiria o princípio da dignidade humana, amparado pela Constituição Federal de 1988, pela bioética e pelo biodireito (Silva, 2019, p. 18).





Um avanço significativo nessa conjuntura ocorreu em março de 2005, quando o Governo Brasileiro, através da aprovação da Lei de Biossegurança autorizou a pesquisa com células tronco embrionárias humanas.

Contudo, a comercialização de filhos é considerada ilegal quando voltada a obtenção de lucros, pois fere o direito de dignidade da pessoa humana previsto na Constituição federal de 1988. Portanto, um contrato visando lucros com a barriga de aluguel ainda não é permitido no Brasil, conforme grifa a Resolução 2.121 de 2015 do Conselho Federal de Medicina (Resende, 2023, p. 22).

A Constituição Federal, no seu art. 226, §7º, dispõe que "o planejamento familiar é de livre decisão do casal, e que é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável".

Já o Código Civil de 2002, tem certo cuidado em relação à regulamentação sobre o tema da filiação, assim, o art. 1.597 cita três critérios: o decorrente de lei, o biológico e o socioafetivo.

Segundo Viola (2017, p. 6), a legislação pátria, todavia, revela-se insuficiente para regular o novo cenário social decorrente da utilização da técnica reprodutiva como a barriga de aluguel, sendo observadas casos concretos e variados, sem resoluções efetivas. Exemplos que justificam esse novo cenário social, são o surgimento dos diferentes tipos de famílias, tais como: nuclear, monoparental, reconstituída, homoafetiva, intercultural e outras.

Atualmente, no Brasil, a comercialização da gestação por substituição é vedada, levando-se em conta que a mercantilização da medicina é proibida no país. Em razão disso, a contratação de um útero não tem respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como princípio basilar o universalismo moral.

A primeira resolução do CFM que tratou sobre o assunto foi regulamente em 1992, disciplinando as normas éticas sobre reprodução assistida e gestação de substituição, devendo pertencer a família e ter parentesco até o 2º grau.

Já em 2010 foi regulamentada a resolução 1.957 em que aumentou o grau de parentesco até o 4º grau. Em 2013 houve a resolução nº 2.013 limitando a idade de até 50





anos para a barriga solidária, sendo retirada essa restrição pela resolução 2.121/15. Em 2017, a resolução nº 2.168, atualizou o termo doação de útero para cessão de útero.

A resolução nº 2.294 de 2021 determinou que a cedente temporária do útero deveria ter ao menos um filho vivo. Já a última resolução, nº 2.320/22, implementou a obrigatoriedade do termo de compromisso e acompanhamento médico a cedente do útero até o puerpério.

Desde a primeira resolução do Conselho Federal de Medicina, os princípios norteadores do regime de doação gratuita e temporário do útero são o parentesco, a gratuidade e a impossibilidade de reprodução pelas vias normais.

Para Maria Berenice Dias, é possível contratar o pagamento pela prática do serviço de barriga de aluguel, tendo em vista que as normas éticas determinadas pela categoria profissional não são lei e vinculam somente o segmento ao qual se destinam.

Não se trata de comercialização de órgão, tecidos ou substâncias, trata-se de um negócio jurídico de comportamento, assumindo a gestante uma obrigação de fazer que culmina com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho, sendo que nada impede que a mãe hospedeira receba contraprestação a título de alimentos gravídicos (Dias, 2019, p. 13).

Com a nova reforma da Código Civil, ainda em trâmite no Senado Federal, verifica-se que o legislador se preocupou com a assunto e criou a seção III – Da Cessão Temporário de Útero, dentro do Capítulo V – Da Filiação Decorrente de Reprodução Assistida, vejamos:

Art. 1.629-L. A cessão temporária de útero é permitida para casos em que a gestação não seja possível em razão de causa natural ou em casos de contraindicação médica.

Art. 1.629-M. A cessão temporária de útero não pode ter finalidade lucrativa ou comercial.

Art. 1.629-N. A cedente temporária do útero deve, preferencialmente, ter vínculo de parentesco com os autores do projeto parental.

Art. 1.629-O. A cessão temporária de útero deve ser formalizada em documento escrito, público ou particular, firmado antes do início dos





procedimentos médicos de implantação, no qual deverá constar, obrigatoriamente, a quem se atribuirá o vínculo de filiação.

Art. 1.629-P. O registro de nascimento da criança nascida em gestação de substituição será levado a efeito em nome dos autores do projeto parental, assim reconhecidos pelo oficial do Registro Civil.

§ 1º Além da declaração de nascido vivo (DNV) ou documento equivalente, é necessária a apresentação do termo de consentimento informado, firmado na clínica que realizou o procedimento, e do documento escrito, público ou particular, firmado antes do início dos procedimentos médicos de implantação com a cessionária de útero, no qual conste a quem se atribui o vínculo de filiação.

§ 2º Em nenhuma hipótese, o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais publicizará o assento de nascimento ou dados dos quais se possa inferir o caráter da gestação.

Fazendo-se uma análise acerca da proposta legislativa e da atual regulamentação do CFM, nota-se que, uma vez aprovado da forma como foi encaminhado o anteprojeto de reforma do Código Civil, este irá regulamentar a gestação temporária de útero – ou gestação substituição.

Assim, serão replicados dentro do Código Civil, alguns requisitos já definidos atualmente por meio das Resoluções do Conselho Federal de Medicina: a cessão temporária só será permitida no casos em que a gestação não seja possível em razão de causa natural ou de contraindicação médica; não pode ter finalidade lucrativa ou comercial; a cedente, preferencialmente, deve ter vínculo parental com os genitores; deve ser formalizado em documento público ou particular e; o registro de nascimento da criança já será em nome dos autores do projeto parental.

Diferentemente do praticado atualmente, em que é exigido um vínculo parental de até 4º grau, o novo Código não irá trazer essa restrição de parentesco e nem a obrigatoriedade de ser alguém da família, sendo apenas um critério de preferência.

Dessa forma, enquanto a proposta legislativa não é aprovada, continua em vigor as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina acerca da gestação de substituição no Brasil.





4. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO CONTEXTO AMERICANO

A gestação de substituição ou maternidade gestacional substituta ("barriga de aluguel"), em que a mãe é a fornecedora do óvulo ou idealizadora da gravidez é realidade em parte dos Estados Unidos.

O federalismo norte-americano, nos termos da 10ª Emenda e da primeira seção do quarto artigo da Constituição (cláusula de plena fé e crédito), outorga aos Estados a autonomia para legislar sobre o tema, de forma que há unidades federativas que admitem tal prática e outras que a repudiam na integralidade, bem como unidades que convivem com vácuos jurídicos que tornam a questão especialmente complexa. Inexiste um diploma federal tratando acerca do assunto.

Nos Estados que admitem a prática, há, inclusive, espaço para a negociação em torno de uma remuneração. Aliás, existe espaço para negociação direta com a gestante ou mediante intermediação de agências, o que criou um mercado jurídico dos “advogados reprodutivos”, profissionais que orientam as pessoas interessadas, algo extremamente recomendável dada a complexidade do tema, especificidades relativas ao procedimento e diversidade legislativa. Há, inclusive, referências a um “turismo reprodutivo” na América (Cardin e Amaro, 2022, p. 30).

Contudo, assim como o tema do aborto, possivelmente, é o mais controvertido entre os norte-americanos, o tema relacionado à *surrogacy* nem de perto é de entendimento pacífico.

Nesse sentido, há um enorme componente religioso que influencia as posições contrárias à “barriga de aluguel” e, de outra banda, o argumento da autonomia sobre o próprio corpo para, se assim desejar, cedê-lo à maternidade de aluguel como argumento favorável à cessão de útero.

Por óbvio, a discussão filosófica e ética em torno do tema leva em conta a concepção de família tradicional, com a figura paterna e materna, com as novas estruturas familiares de células monoparentais ou uniões homoafetivas. Ademais, há casos em que a infertilidade de casais é o fator que se debate (mulheres com endometriose costumam procurar tal prática).





A geração de um filho por uma relação contratual (*surrogacy agreement*) é tida por muitos como a mercantilização da vida e da maternidade, ao passo em que os defensores acreditam que se trata de uma evolução a partir do desenvolvimento tecnológico que permite que pessoas impossibilitadas de gerar, possam exercer a paternidade e maternidade. Entre os defensores da prática, há uma evidente desaprovação da terminologia “barriga de aluguel” por entender que limita a questão a uma mera relação comercial e mercantilização do útero da portadora gestacional.

A estrutura federalista norte-americana, com a peculiar força normativa dos Estados, permite afirmar que a experiência norte-americana acaba sendo pródiga quanto ao debate público em relação aos mais variados temas, inclusive quanto à cessão de útero.

Seriam, de forma grosseira, cinquenta países em uma só nação, debatendo o tema, razão pela qual há discussões extremamente ricas que surgem das diferenças entre os Estados e a troca de experiências entre os referidos, seja entre ativistas (pró e contra), seja entre legisladores e Tribunais.

A pluralidade de normas sobre o tema (*surrogacy law*), cada uma tratando-o de uma maneira, por outro lado, torna-o deveras complexo, razão pela qual, dada a insegurança jurídica, como mencionado anteriormente, a assistência jurídica se torna absolutamente necessária para quem pretende adotar o procedimento sem riscos jurídicos.

Nos EUA, cada estado tem uma regulamentação específica acerca da questão. No Texas, estado considerado com o melhor ordenamento quanto ao assunto, por meio da formulação de acordos privados, doadores não são considerados pais legais de uma eventual criança gerada. Quanto ao acordo de gravidez de substituição, este deve ser aprovado pela justiça (Filgueiras, 2020, p. 57).

Os pais solicitantes devem ser casados, a mãe deve ser incapaz de carregar uma gestação a termo, a mãe de substituição deve ter passado por pelo menos uma outra gestação prévia, e os óvulos da mãe de substituição não podem ser usados no processo. Deve haver também um relatório médico, que assegura que os envolvidos estão cientes dos riscos envolvidos, incluindo responsabilidade por despesas com a gestação e medidas de proteção à saúde da mãe substitutiva (Filgueiras, 2020, p. 59).





O obstáculo do parentesco e a gratuidade (“barriga solidária, “não comercial” ou “altruísta”), típicos do Brasil, não são, de regra, observados nos Estados que admitem a prática entre os norte-americanos, viabilizando-se a cessão onerosa ou perante terceiros completamente estranhos à titular do útero cedido, a portadora gestacional. Nos Estados Unidos, a barriga solidária é menos comum que a cessão onerosa propriamente dita. O custo é elevado, variando de US\$ 110 (cento e dez) mil a US\$130 (cento e trinta) mil dólares. (Filgueiras, 2020, p. 62).

Em um levantamento do site UOL datado de 2024, foi apontado o valor de US\$ 130.000,00 (cento e trinta mil dólares) ou seja, cerca de R\$670.000,00 (seiscentos e setenta mil reais), posto que deve cobrir despesas que envolvem os custos médicos, psicológicos, a remuneração da barriga de aluguel (entre 35 a 60 mil dólares), seguro saúde, taxas legais e custos de agências e operadores contratados (UOL, 2024, p. 4).

Foi nos Estados Unidos que o ator Paulo Gustavo viabilizou, através da “barriga de aluguel”, o nascimento de seus filhos gêmeos. O ator escolheu o Estado da Califórnia que permite a prática com legislação relativamente clara sobre o tema. Já em Michigan, por exemplo, a prática é nula, completamente vedada.

Nos Estados Unidos, há Estados que admitem tanto a barriga de aluguel gestacional (a barriga de aluguel é inseminada com embriões criados a partir dos óvulos e esperma dos futuros pais ou doadores, *gestacional surrogacy*) como a tradicional (fertilização do óvulo da barriga de aluguel com esperma), embora exista clara preferência pela modalidade gestacional, dada a maior segurança jurídica em razão da conexão biológica. Washington D.C, por exemplo, admite a prática na modalidade gestacional e tradicional.

Todo o procedimento nos Estados Unidos passa, de regra, por um cuidadoso planejamento que antecede até mesmo a escolha da agência, com profissionais (*surrogacy planners*) que guiam os interessados aos próximos passos, sendo um canal de ligação com advogados, clínicas de fertilidade e psicólogos, buscando encaixar as pretensões dos interessados aos mais locais e pessoas apropriados (*matching*).

Engana-se quem pensa que a seleção das portadoras gestacionais é aleatória, visto que há Estados que estabelecem limitações etárias, requisitos de saúde física e





mental, preferência por mulheres com gestações anteriores, escolha que leva em conta os hábitos e estilo de vida da mulher, bem como acompanhamento psicológico da referida.

A Califórnia, por exemplo, demanda que os envolvidos tenham advogados distintos, por exemplo. Mesmo para os pretendentes, existem regras específicas, como, por exemplo, a exigência de Estudo Social e verificação de antecedentes para pessoas não casadas em New Jersey (Creative Family Connections, 2016, p. 10).

Sobre a Califórnia, ela é constantemente apontada como um dos locais mais adequados para quem pretende se submeter ao processo de gestação de substituição, seja por admitir sua prática comercial, seja por não ter limitação relativas à orientação sexual, bem como se os pretendentes são casados ou não, admitindo-se para a pessoa.

Nevada tem um regime muito similar ao da Califórnia, com a particularidade de, assim como New Jersey e North Dakota, não admitir a “*traditional surrogacy*” (Creative Family Connections, 2016, p. 10).

Já no Estado do Maine, a legislação se aproxima da previsão californiana, mas quanto à “*traditional surrogacy*”, estabelece que apenas se admite se houver vínculo de parentesco. Não havendo, necessário um processo de adoção. Vermont é outro Estado com lei bem flexível quanto ao tema.

Roberto Fanti de Resende aponta, com riqueza de detalhes, a realidade dos Estados americanos (Resende, 2020, p. 17). Connecticut, assim como o Estado de Washington, por exemplo, na gestacional *surrogacy*, permite-se que a certidão de nascimento saia diretamente no nome dos pais (*pre-birth order* ou *declaration of parentage*). Em Washington, no entanto, se a gestação tiver vinculação genética com a cedente, apenas a modalidade de *post-birth order* é admitida.

Há, contudo, exemplos de estados como a Louisiana, que não admitem a cessão onerosa do útero, limitando-se a permitir a concepção altruísta de gestação de substituição. A construção pretoriana em New Jersey também aponta para a modalidade exclusivamente solidária. A legislação da Flórida, de igual forma, aponta apenas para a cessão não onerosa do útero, assim como West Virginia. Nova Iorque passou a admitir a cessão do útero na modalidade onerosa em 2021 e apenas se gestacional.





Em outros casos, como no Texas, exige-se a validação por um Tribunal antes do nascimento da criança, enquanto Illinois dispensa por completo a burocracia judicial.

Existem estados que, todavia, demandam um processo de adoção após o nascimento, constando na certidão de nascimento originalmente a substituta gestacional, como New Jersey. No Texas, a gestação de substituição tradicional se submete às regras de adoção. Há estados que estabelecem apenas a viabilidade de definição do assento de nascimento após o nascimento (*post birth order*), prática que gera certa insegurança entre os envolvidos e é vista com certo ceticismo por permitir uma participação mais ativa da substituta.

Há, contudo, estados que viabilizam a “barriga de aluguel” apenas para casais heterossexuais (Louisiana) e outros que admitem apenas para pessoas civilmente casadas, homo ou heterossexuais, como Utah e Flórida. Washington, ao contrário, permite para hetero e homossexuais, casados ou não, além de pessoas solteiras (Creative Family Connections, 2016, p. 11).

Em Michigan, há vedação legal expressa e tipificação criminal da conduta, embora não raro, Tribunais admitam a prática quando se der pela modalidade altruísta. No Arizona, a legislação inibe a prática, mas o Tribunais tem admitido. Nebraska também veta a prática da cessão de útero, assim como Indiana.

Para além da mera construção normativa, há decisões judiciais importantes sobre o assunto, em especial, o precedente da Suprema Corte dos EUA, que estabeleceu o direito de procriar como um direito fundamental, numa lógica de que os Estados não podem obrigar uma pessoa a reproduzir nem tampouco podem obstruir a sua capacidade para procriar, tratando que esse direito existe em sentido positivo e em sentido negativo (Shivakumar, 2012, p. 5).

No Brasil, poderia se cogitar da previsão do “caput” do art. 6º que estabelece a maternidade como direito social e a igualdade no art. 5º, I como protetores da maternidade e paternidade.

Nos Estados sem legislação sobre o tema, nos Estados Unidos, a construção pretoriana ganha especial relevo na definição dos contornos sobre a prática e, a despeito





do vácuo normativo, encontram nas decisões dos Tribunais aceitação da prática, como o Colorado e Iowa (Creative Family Connections, 2016, p. 11).

Aí a cultura de respeito aos precedentes ganha relevo. Vários Estados não têm disposições muito claras ou são omissos quanto a viabilidade ou não (Tennessee, Wyoming, Novo México, Missouri, Rhode Island, Idaho, Ohio, Pensilvânia, Carolina do Sul, Maryland, Massachusetts, Kansas, Alabama), tendo o Judiciário, de regra, admitido a prática em face da inexistência de proibição.

Entre os países procurados para viabilizar a gestação por substituição, provavelmente os Estados Unidos, nas unidades que a permitem, correspondem ao local com maior especialização médica e jurídica, estrutura especializada, moderna e tecnológica, bem como segurança para realizar o procedimento. Juridicamente, apesar da pluralidade de leis com maior ou menor flexibilidade, a prática tem sido acolhida pelos Tribunais e tem sido ampliada para uniões estáveis, uniões homoafetivas e pessoas solteiras.

O Princípio Federativo, a igualdade, os direitos reprodutivos e o direito de procriar constituem o arcabouço jurídico que dá suporte legal à prática. Contudo, longe de ser um tema pacífico, pois há intensos e legítimos debates sobre questões de ordem ética, religiosa e filosófica sobre o assunto em cada um dos estados Norte-Americanos.

5. CONCLUSÃO

A análise da gestação por substituição nos Estados Unidos, nos estados em que foi regulamentada, revela que é necessário refletir de forma profunda sobre como o Brasil pretende regulamentar a questão, levando-se em consideração a cultura e ordenamento jurídico brasileiro.

Estamos a falar de um país continental, com mais de 200 milhões de habitantes, culturas diametralmente opostas, inseridos dentro de um Sistema Único de Saúde com atendimento, em regra, universalizado.

Contudo, em que pese no Brasil a *surrogacy* não ser ilegal, como na Espanha, França, Itália, Alemanha e Suíça, ela está atualmente disciplinada por meio de resoluções





do Conselho Federal de Medicina, norteada pelo princípio do altruísmo e da voluntariedade, e que vêm sendo gradativamente construídas e melhoradas.

Destaque-se que a última atualização do regramento da gestação por substituição no Brasil data de 2022, com a Resolução CFM nº 2.320/2022.

Assim, pela análise do conceito, do contexto (aqui presente as ideias de Sordi – 2022 e Glendon – 2014), da legislação atual brasileira e norte-americana a respeito da gestação por substituição, é possível concluir que é necessária uma regulamentação da questão, pelo menos, a nível infraconstitucional, de modo a incrementar a segurança jurídica e proteção de todos os envolvidos: sociedade, médicos, clínicas, feto, gestante e os futuros pais, mas de forma gradual, como em certa medida vem ocorrendo.

No momento, até o necessário amadurecimento e discussão na sociedade brasileira, se mostra adequada a solução de inserção do regramento da gestação por substituição no Código Civil de 2002, por meio do anteprojeto de reforma entregue no Senado Federal em abril de 2024, da forma como consta na última atualização da Resolução CFM nº 2.320/2022, com a retirada da limitação parental até o quarto grau.

Contudo, uma vez a pauta legislativa não contemplando a aprovação do anteprojeto em tempo hábil, em especial no tange à gestação por substituição, se mostrará necessário e urgente, a legalização por meio de legislação autônoma, ou a sua inserção no Código Civil, por exemplo, por meio de projeto de lei avulso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Common law e civil law: aproximações para além de uma Constituição escrita.** In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro: organização do Estado e dos poderes. Prefácio Luis Roberto Barroso. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, v. 2, cap. 28, p. 623-650. Disponível em: https://bdjur2.stj.jus.br/jspui/handle/123456789/3375?locale=pt_BR. Acesso em: 04 mai 2024.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz Barboza; DEMETRIO, André. **O Constitucionalismo não escrito do Common Law e a Constituição viva.** In: **Revista Direito e Práxis**. Vol. 13, n. 4, 2022, p. 2623-2647. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/gBMSsDX54cBFXDbvBfWWbdJ/?format=html>. Acesso em: 05 mai. 2024.





BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION (BBC-BRASIL). **Mulheres buscam barriga de aluguel em países pobres**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/07/110728_india_barriga_aluguel_c. Acesso em: 28 abr. 2024.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis. Gestação por substituição estrangeira e direitos da personalidade: a discussão do caso da Ucrânia na Pandemia à luz do direito brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, Vol. 15, N.03., 2022, p. 1468-1498. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/39070>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.013/2013**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>: Acesso em: 15 abr. 2024.





CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.294/2021**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.320/2022**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 15 abr. 2024.

DAINOW, Joseph. **The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison**. *The American Journal of Comparative Law*, Volume 15, Issue 3, Summer 1966, Pages 419–435. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/838275>. Acesso em 05 mai. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

DOMÍNGUEZ, Karla Cantoral. Gestación sub-rogada em México: su proyección em las relaciones privadas Internacionales. **Barataria: Revista Castellano-Manchega da Ciencias Sociales**. Nº 25, pp. 163-177, 2019.

EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992. Acesso em: 02 abr. 2024.

FILGUEIRAS, Isabel. **Quanto custa uma barriga de aluguel?**. Valor Investe, São Paulo, 26 de jun, de 2019. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/gastar-bem/noticia/2019/06/23/quanto-custa-uma-barriga-de-aluguel.ghtml>. Acesso em: 29 abr. 2024.

GESTACIONAL surrogacy law across the United States: satet-by-state interactive map for comercial surrogacy. **Creative Family Connections**, 2024. Maryland-EUA, 2016. Disponível em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>. Acesso em: 12 Abr. 2024.

GLENDON, Mary Ann; et al., **Comparative Legal Traditions**, 1994, pp. 92-118.

Higuita Jaramillo, S., & Gómez Rúa, N. E. Gestación subrogada: un análisis de la regulación en algunos países de América Latina. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**. Vol.





25 Núm. 2 (2023): Derecho del consumo en Latinoamérica. Universidad del Rosario. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12781>. Acesso em: 29 abr. 2024.

NEVES, Kassia Correia Batista. **As dificuldades para legitimidade da barriga de aluguel ou barriga solidária: inclusão de famílias homossexuais e heterossexuais impossibilitadas de gerar vida**. PUC Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/587/1/TCC%20Final%20%281%29-mesclado.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

RESENDE, L. G. A.; ARAÚJO, I. M. S. **Barriga de aluguel à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Novos Direitos. v.9, n.2, aviogo.-dez. 2022, p. 35-52.

RESENDE, Roberto Fanti de. **Desmistificando a barriga de aluguel: aspectos jurídicos da gestação de substituição no Brasil e nos EUA** / Roberto Fanti de Resende. Rio de Janeiro, RJ: Autografia, 2020.

REZENDE, Damaris Tuzino de. GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E OS DIREITOS DAS MULHERES: O MITO DA LIVRE ESCOLHA. **Revista De Constitucionalização Do Direito Brasileiro**, 158–194, Vol. 6, n. 1, 2023. Disponível em: <https://revistareconto.com.br/index.php/reconto/article/view/110>. Acesso em: 28 abr. 2024.

SÁENZ, Ángela R. Tratamento de barriga de aluguel em Direito Comparado. **Tempus – Actas De Saúde Coletiva**, 9(2), Pág. 121–132, jun., 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18569/tempus.v9i2.1817>. Acesso em: 29 abr. 2024.

SHIVAKUMAR, Pryianka Count your chickens before they hatch-how multiple pregnancies are endangering the right to abortion. **Brooklyn Law Review**, v.78, n.1, 2012, p.201-230. Disponível em: <https://brooklinworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1136&context=blr>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SILVA, S. R. Da barriga de aluguel à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Ratio juris. Revista eletrônica da graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas** v. 2. n. 2. jul.-dez. 2019.

SORDI, Bernardo. Comparative Legal History: uma combinação produtiva? In: **Revista Jurídica da UFERSA**. Tradução: Raphael Peixoto de Paula Marques. Vol. 6, n. 11 2022.

SOUZA, Marise Cunha de. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. **Os Casais Homoafetivos e a Possibilidade de Procriação com a Utilização do Gameta de um deles e de Técnicas de Reprodução Assistida**. Rio de Janeiro – EMERJ, v. 13, nº 52, p. 141 – 165, 2010.





TERRIER, Bárbara. **Barriga de aluguel no exterior custa um apartamento: saiba como funciona.** Disponível em:

<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2024/03/13/saiba-como-e-e-quanto-custa-contratar-barriga-de-aluguel-no-externo.htm>. Acesso em: 13 mar. 2024.

VIOLA, R. Y. **Barriga de aluguel: aspectos trabalhistas e previdenciários relacionados à licença-maternidade, salário maternidade e à estabilidade gravídica.** Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. - Rio de Janeiro, 2017.

ZWEIGERT & KÖTZ. **An Introduction to Comparative Law**, pp. 2-4; 30-33.

