



# ASPECTOS TÉCNICOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E O PAPEL DO ADVOGADO

FELIPPE ABU-JAMRA CORRÊA<sup>1</sup>

LUCIANA MARTINS DOS REIS RODRIGUES<sup>2</sup>

OSVALDO SIMONELLI<sup>3</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar brevemente o conceito e importância da gestação de substituição, uma das técnicas de reprodução assistida possíveis e que vem sendo bastante procurada por casais e pacientes no Brasil.

---

<sup>1</sup> Advogado atuante na área de Direito Médico e Responsabilidade Civil. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Ex-Presidente da Comissão Especial de Direito Médico da OAB/TO e ex-membro da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde do Conselho Federal da OAB.

<sup>2</sup> Médica pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto- SP. Especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto-SP/ FEBRAGO. Especialista em Reprodução Humana pela Faculdade de Medicina de São José do Rio- SP e Pós-Graduação em Reprodução humana pela Unievangélica / GO. Especialista em ultrassonografia de Ginecologia e Obstetrícia pelo Colégio Brasileiro de Radiologista.

<sup>3</sup> Advogado. Mestre em Ciências da Saúde pela Escola Paulista de Medicina/UNIFESP (2017). Advogado Público – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo desde 2002. Chefe do Departamento Jurídico (2005/2015) e superintendente Jurídico do CREMESP (2016/2018). Certificado pela *Harvard Law School*. “Bioethics: The Law, Medicine, and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics.” (2018). Professor e Palestrante de Direito Médico.

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Assim inicialmente se fará algumas considerações sobre aspectos médicos, para a seguir, se analisar se existe (ou não) efetiva legislação sobre o tema no Brasil.

Por fim, se buscará entender se efetivamente o advogado é importante ao longo desse processo, e em caso positivo, de que maneira pode atuar não apenas auxiliando em aspectos jurídicos, mas também como verdadeiro conselheiro dos interessados ao trabalhar de forma multidisciplinar com os demais profissionais envolvidos no tratamento.

### 2 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: ASPECTOS MÉDICOS

Quais são as formas legais, morais e éticas de se exercer à maternidade e/ou paternidade? Será que elas existem ou mesmo temos respostas certas para isto? Há 40 anos, após o primeiro bebê Louise Brown vir ao mundo através de um procedimento de fertilização *in vitro* as técnicas de reprodução humana têm crescido e ganhado cada vez mais respaldo, possibilitando inclusive novos (re)arranjos familiares.

Inseminação intrauterina, fertilização *in vitro*, doação e criopreservação de gametas e embriões, gestação compartilhada em pacientes homoafetivos, diagnóstico genético pré-implantacional dos embriões e o útero de substituição são técnicas realizadas nas diversas clínicas de reprodução humana, que possibilitaram tornar realidade o sonho de muitos pais e mães. Mas, de todas as técnicas relatadas, o útero de substituição ainda é a metodologia mais questionada (e inclusive proibida em diversos países) pois para muito além de questões médicas e jurídicas, avança sobre aspectos éticos e morais que tangem ao respeito da dignidade humana.

Tratar de um tema denominado útero de substituição é uma questão complexa pois envolve além de princípios legais, questões religiosas, éticas e psicológicas de todos os envolvidos. As novas técnicas de tratamento de reprodução humana permitem que um embrião gerado por gametas de um casal denominado “pais biológicos”, possa ser gestado por uma terceira denominada “mãe gestante” ou “mãe gestora”.

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Tanto na literatura científica quanto em termos populares, essa prática tem diversas denominações como: útero de substituição, maternidade de substituição, cessão temporária de útero e “barriga de aluguel”.

O relato do primeiro caso de sucesso vem de 1988 nos Estados Unidos, caso no qual o casal de cientistas William e Elizabeth Stern assinou um contrato de “locação” de útero com a senhora Mary Beth Whitehead, casada e com dois filhos, para que esta carregasse a criança concebida com esperma do senhor Stern. Apesar da remuneração fixada em US\$10.000, adicionada de US\$ 2.000 para despesas variadas, a mulher recusou-se a entregar a criança após o parto. O caso foi levado a julgamento ocorrendo decisão favorável ao casal Stern, cuja sentença foi fundamentada na admissão do contrato entre as partes e no melhor interesse para a criança em ser educada em uma família com mais recursos.

Em 1990, da teledramaturgia brasileira, tratou o assunto por meio da novela “Barriga de Aluguel” onde um casal que não conseguia conceber, firmou acordo financeiro com uma jovem para ser essa a gestora do embrião fertilizado por método de fertilização *in vitro*.

Contudo, em casos reais, por fatores multifatoriais, a situação mostra-se mais complexa.

Na maioria dos casos relatados de útero de substituição, o fator psicológico da mãe genitora que se envolve com processo da gestação acaba bastante evidente, o que não necessariamente significa óbice ao procedimento.

Devido à este fator relevante, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2168/2017 estabelece que deve haver grau de parentesco em até 4º grau entre a mãe biológica e a genitora; porém em casos especiais nos quais não haja parentesco, deve o casal interessado buscar autorização – via parecer/consulta – ao Conselho Regional de Medicina local para avaliação, julgamento e aprovação de cada caso. Ademais, não se admite em nenhuma hipótese que a doação tenha caráter lucrativo ou comercial.

As indicações para útero de substituição devem passar pela avaliação médica, sendo indicações absolutas quando a mãe biológica apresenta: agenesia uterina congênita decorrente de uma Síndrome denominada “*Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser*” ou se for previamente

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

histerectomizada; malformações uterinas graves como Síndrome de Asherman; ou as indicações relativas a doenças maternas que impeçam uma gestação na mãe biológica, como doenças renais e cardíacas; ou ainda falha de implantação prévia em tratamentos anteriores, ou aborto de repetição de causa idiopática.

Outras causas de indicações são casais do mesmo sexo ou homens solteiros que desejam uma produção independente.

A forma de tratamento deve ser necessariamente pela via de fertilização *in vitro*. Nesta técnica, os óvulos serão coletados da “mãe biológica” ou quando esta não possui mais reserva adequada decorrente de falência ovariana, processo de menopausa, idade avançada que comprometa sua fertilidade ou casos de homoafetividade masculina, ela pode fazer uso de óvulos de doação, sendo que no Brasil a Resolução do CFM em vigor estabelece que os óvulos devem ser de doadores anônimos.

Posteriormente ao procedimento de coleta (este realizado após indução ovariana hormonal) os óvulos serão fertilizados com espermatozoide do “pai biológico” ou também nos casos do homem possuir quadro de azoospermia total ou casos de homoafetividade feminina, é possível recorrer a um banco de sêmen, este também permeado pelo anonimato.

Feita a fertilização, os embriões formados e desenvolvidos – a depender de critérios técnicos, e normalmente entre o 3º ou 5º dia – serão transferidos para o útero da mãe gestora. Para que isso ocorra, o útero desta última também deve ser devidamente preparado através de uso de modulação hormonal. Após todo este processo, espera-se o resultado de gravidez.

Os fatores biológicos e psicológicos relacionados à gestação são importantes durante a seleção e orientação da mãe gestante, pois essa deve ter consciência de que após nove meses de convivência diária no desenvolvimento fetal, o filho concebido será – em verdade – de outro casal. Além disso está sujeita à comorbidades decorrentes da gestação como hipertensão e diabetes gestacionais, hemorragias pós-parto, dentre os demais riscos inerentes a qualquer processo de gravidez.

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Ao final, e independentemente de qualquer complicação, a criança gerada será, como dito acima, dos pais biológicos e legalmente responsáveis.

Portanto, e apesar dos avanços científicos que permitem com certa tranquilidade a realização do procedimento, restam ainda dúvidas sobre a efetiva regulamentação jurídica do assunto no Brasil e se há, de alguma forma, importância da participação do advogado nesse processo. É o que se propõe a analisar o artigo nos próximos dois tópicos.

### 3 CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS: HÁ MESMO UMA LACUNA?

Na atual configuração normativa brasileira, a questão que sempre se coloca é: existe uma “Lei”, em sentido formal, que garanta o procedimento denominado “gestação de substituição”. Particularmente, a pergunta em questão comportaria outra indagação: há necessidade de que exista uma “Lei”, em sentido formal, para a situação ora em debate?

No Brasil, a produção legiferante é intensa, sendo que em muitas situações específicas, não seria necessário o trabalho do Parlamento, mas apenas uma regulamentação, seja por intermédio de uma Agência Reguladora, seja através de um Conselho Profissional.

Destaque-se que a própria Carta Republicana de 1988, ao definir o processo legislativo, assim dispõe, *ipsis litteris que*:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

O presente introito tem por objetivo destacar o fato de que, em muitas matérias, a produção legislativa pode advir até mesmo do Poder Executivo, em matérias que dependam apenas de regulamentação para que as demais normas se tornem efetivas.

No que se refere à reprodução humana medicamente assistida, há que se ponderar que a base normativa encontra respaldo no próprio texto constitucional quando assegura como direito fundamental o planejamento familiar, por intermédio do artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]  
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (sem destaques no original).

A partir da base constitucional, podemos dizer que a Lei nº 9.263/96 já tratou de regulamentar o planejamento familiar, enquanto, por intermédio de ato normativo administrativo, o Conselho Federal de Medicina trouxe ao mundo jurídico a estandardização dos procedimentos voltados à reprodução humana medicamente assistida por intermédio de resolução administrativa.

De forma pioneira, o Conselho Federal de Medicina começou a regulamentar a questão por intermédio da Resolução nº 1.358, no então longínquo ano de 1992 quando, de forme inédita, trouxe importantes previsões acerca de um tema ainda em desenvolvimento, tal como a gestação de substituição e as regras básicas para a estruturação das clínicas voltadas aos procedimentos de reprodução.

Fato é que, hodiernamente, a questão é tratada por intermédio da Resolução CFM nº 2.168/57 que, especificamente no que tange à gestação de substituição, impõe as seguintes observações:

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

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
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;
  - 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.

Dentre as regras acima, sem qualquer menoscabo às previsões normativas, há que se refletir acerca de dois pontos principais: **i.** grau de parentesco entre a cedente temporária do útero e a família de um dos parceiros, até o quarto grau e, **ii.** termo de consentimento.

A regra do parentesco, em verdade, segue o quanto disciplinado na Lei nº 9.434/97 que, em seu artigo 9º, assim prevê:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Nesse toar, não se trata de uma regra inovadora no mundo jurídico, realizada pelo Conselho Federal de Medicina, mas sim, previsão em lei, em sentido formal, aplicada de forma extensiva, por similitude, ao regramento direcionado às técnicas de reprodução assistida.

Evidentemente que o Conselho Federal de Medicina, ao privilegiar a regra do planejamento familiar, estabeleceu que, sob a forma de exceção à regra, quando não houver possibilidade de gestação substitutiva dentro do seio familiar, até o quarto grau, cabe ao Regional avaliar a situação *in casu*.

E, neste sentido, bastante esclarecedora e importante, temos, *exempli gratia*, a Resolução CREMESP nº 232/11, que estabelece

os requisitos que devem ser atendidos pelos interessados na utilização das técnicas de reprodução assistida de 'doadoras temporárias de útero' que não pertencem à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau<sup>4</sup>, para fins de autorização do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Assim, quando constatada a impossibilidade de atendimento ao requisito especial previsto na norma em vigor, há que se obter a respectiva autorização do Conselho Regional de Medicina do respectivo Estado.

Quanto ao termo de consentimento, apenas uma crítica pontual e substancial, que muitos países já vêm discutindo a respeito da cedente temporária de útero: como consentir com algo absolutamente inédito?

Evidentemente que, a levar esta afirmação à risca, quase nenhum procedimento médico seria integralmente consentido, na medida em que, invariavelmente, estaremos sempre diante do ineditismo quando da submissão à tais autorizações.

Entretanto, na hipótese vertente, trata-se de uma gestação, com todas as variações hormonais, físico-corporais, além do ato

---

<sup>4</sup> A Resolução CFM nº 2013/13 ampliou a possibilidade até o quarto grau, condição ainda em vigor.



## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

sublime de gerar uma nova vida que, ao final, será entregue àqueles que, pelas normas atuais, serão os genitores formais.

Assim, o ideal seria que, para a gestação de substituição fosse concedida preferência às cedentes que já tivessem gestacionado ao menos uma vez, pois assim obter-se-ia um consentimento absolutamente fidedigno em termos de autonomia e compreensão efetiva ao que, de fato, está sendo autorizado.

Mas esta é apenas uma reflexão, diante da natureza do termo de consentimento que, enquanto documento “livre e esclarecido” deve ter como premissa a máxima compreensão.

Destaque-se, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça também possui regramento a respeito do tema ora em debate, Provimento nº 63/2017 que, ao regulamentar uma questão puramente cartorial, disciplina a questão por intermédio da Seção III, abaixo transcrita:

### **Seção III Da Reprodução Assistida**

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º 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.

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Art. 18. Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.

§ 1º A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Veja-se que, por intermédio de atos administrativos inferiores, os procedimentos de Reprodução Humana Medicamente Assistida ganham os contornos necessários para que haja um controle mínimo estatal, de fácil adaptação às realidades, sem que seja necessária a discussão através do Parlamento brasileiro.

Não que o processo legislativo maior deva ser alijado deste processo; mas que, acaso seja levado para tal instância legislativa, que seja apenas para estabelecer regras amplas, abertas, *in abstracto*, reservando as questões peculiares aos atos normativos inferiores, de maior maleabilidade e eficácia perante os beneficiários das técnicas, sempre em prol do melhor atendimento à regra constitucional que garante o efetivo planejamento familiar.

#### **4 O PAPEL DO ADVOGADO NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: SE NÃO OBRIGATÓRIO, FUNDAMENTAL**

Por fim, e feita a análise técnica e de regulamentação sobre o tema, cabe reflexão final sobre a pertinência de assessoria (ou não) de advogado especializado ao longo do processo de gestação de substituição (ou qualquer outro correlato).

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Vale a advertência inicial de Eduardo Dantas, no capítulo de sua obra que trata sobre Reprodução Assistida, de que

avanços vem sendo conquistados, mas a variedade de dilemas, sejam éticos, sejam jurídicos, advindos das questões ligadas à reprodução medicamente assistida necessitam de um disciplinamento mais rápido, amplo e completo<sup>5</sup>.

Nesse contexto, o profissional jurídico parece ser fundamental.

O professor Genival França<sup>6</sup> aponta quando do estudo das técnicas de reprodução assistida ao menos três possíveis dilemas jurídicos essenciais, quais sejam: problema quanto a filiação; casos de casais homossexuais e mulheres solteiras que buscam essas técnicas; e questões atinentes a teórica responsabilidade civil e penal do médico nesses casos.

Seria possível ainda, muito embora não seja o foco do presente estudo, refletir sobre o eventual risco sobre conflito positivo ou negativo quanto a maternidade<sup>7</sup>, ou seja, no primeiro caso quando “ambas as partes querem a criança após o parto” ou no segundo “o ato da entrega é impossibilitado de ocorrer, uma vez que a contratante não mais deseja a criança, por diversos motivos”.

Como já exposto anteriormente, há no Brasil, regulamentação esparsa sobre o tema, sendo portanto fundamental que o advogado, se consultado, apresente estofo para expor os detalhes técnicos (jurídicos) sobre todo o procedimento, sanando dúvidas e prestando os aconselhamentos necessários, especialmente sobre todos os aspectos futuros que referida cessão de útero podem implicar, como direitos e deveres da cedente, direitos e deveres dos pais, e principalmente, os direitos da criança vindoura do procedimento.

---

<sup>5</sup> DANTAS, Eduardo. **Direito Médico**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 340.

<sup>6</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Doutrina, legislação e jurisprudência atinentes a profissão médica. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 385.

<sup>7</sup> Assunto muito bem explorado no artigo “Conflito de maternidade na cessão temporária do útero” de Hideliza Cabral, Dândara Pimentel e Luiz Carvalho. Disponível em [https://www.lex.com.br/doutrina\\_27610657\\_CONFLITO\\_DE\\_MATERNIDADE\\_NA\\_CESSAO\\_TEMPORARIA\\_DO\\_UTERO.aspx](https://www.lex.com.br/doutrina_27610657_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx)

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

Nos parece relevante em eventual consulta prévia que o advogado saiba não apenas o teor da Resolução do CFM que cuida do tema, mas também os aspectos que envolvem o direito de família, os direitos da criança e inclusive os direitos sucessórios dessa, afinal, filho(a) que está sendo gerado em útero de substituição, mas que ao final, será do casal que buscou o tratamento.

Importante destacar também à cedente de útero que apesar de todo o altruísmo envolvido no processo, quando do nascimento, a criança não será seu/sua filho(a), situação que se mostra muitas vezes delicada, e que demanda tempo, sensibilidade e experiência do profissional na abordagem dessas nuances. Pode ser inclusive papel do advogado a difícil tarefa de, a depender daquilo que perceber ao longo dos atendimentos aos interessados, demovê-los da ideia ou do procedimento, caso perceba risco futuro aos envolvidos ou mesmo aos interesses da criança que ainda será gerada.

Portanto, como se vê, a missão não é fácil, considerando que aos profissionais do Direito não é ensinado ao longo do curso tais aspectos, pelo que o trabalho interdisciplinar (como aliás, parece ser sempre o caso no Direito Médico) e muito afinado com a equipe médica responsável será o caminho mais assertivo.

Ponto que também parece ser importantíssimo – para a segurança de todos os envolvidos, e em alguns casos inclusive para autorização pelo Conselho para a realização do procedimento – é a boa documentação médica. E nesse tocante, uma vez mais, mesmo que o advogado não seja essencial, parece bastante recomendável que participe da elaboração dessa.

A Resolução nº 2168/2017 do CFM em seu item VII, que trata da gestação de substituição, de plano destaca que a cedente “deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”, considerando – a par de qualquer crítica jurídica que possa merecer a classificação proposta – como de primeiro grau mãe/filha; de segundo grau avó/irmã; de terceiro grau tia/sobrinha; e de quarto grau prima.

Logo a seguir fica patente que “demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”.

Pois bem.

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

A própria Resolução não determina maiores formalidades para o requerimento. Então, a princípio, bastaria que o próprio casal interessado formalizasse pedido ao Conselho, de forma sucinta, que seria feita a análise com posterior aprovação ou recusa ao tratamento.

Ocorre que as formalidades de um Órgão de Classe nem sempre são de familiaridade do cidadão comum.

Ademais disso, seria prudente instruir o eventual requerimento com documentação comprobatória? Ou o simples relato de caso bastaria?

Parece que a resposta mais adequada é que, além de requerimento fundamentado, desde logo se demonstre ao Conselho que a documentação exigida pela Resolução - e que irá constar do prontuário dos pacientes - está devidamente elaborada (documentação essa prevista no item "3" e seguinte da própria Resolução).

Tais documentos serão tratados mais adiante mas é possível afirmar que, a nosso sentir, são documentos que ultrapassam a seara exclusivamente médica, como por exemplo no item "3.1", parte final, que diz que o termo de consentimento livre e esclarecido deve contemplar, além de outros pontos, "aspectos **legais** da filiação".

Portanto, esse documento além de obrigatoriamente constar do prontuário pode e deve ser também apresentado ao Conselho, instruindo o pedido de autorização, afinal, quanto mais elementos comprobatórios e quão mais bem instruído estiver o requerimento, nos parece maior a chance de aprovação.

Para além disso, a Resolução prevê ainda nos casos de ausência de parentesco que esses estarão sujeitos a aprovação do Conselho.

Em havendo recusa, caberia algum tipo de pedido de reconsideração ou mesmo recurso? É mesmo crível que os interessados saberão como manejar esse eventual pedido sem auxílio de profissional habilitado e que conheça os trâmites internos dos Conselhos?

Uma vez mais, o auxílio pode ser o diferencial entre a aprovação ou não do requerimento o qual, por vezes, demanda uma análise urgente, diante das condições de saúde dos partícipes desta

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

relação. Um eventual indeferimento em decorrência de um requisito formal, pode inviabilizar o procedimento sob o aspecto médico.

Apesar das normas em vigor não preverem, ainda, uma instância recursal, fato é que, do indeferimento pelo Regional não nos parece inviável a reanálise pela instância superior o que, sem dúvida alguma, demandaria um manejo técnico fundamental à obtenção do quanto pleiteado.

Por fim, não há como afastar a possibilidade de, mantido o indeferimento, se buscar a autorização pela via judicial, situação que certamente exigirá a capacidade postulatória, sendo prudente, portanto, que o advogado conduza a questão desde a esfera primária, ainda perante o Conselho Regional de Medicina.

Também em respeito a Resolução, e em sequência ao raciocínio acima, veja-se que essa determina que o prontuário dos pacientes deve conter uma série de documentos.

Esses estão elencados no item “3”, ficando claro que mesmo que não demandem formalidades expressas, podem (e devem) contar com a participação de profissional da área jurídica para sua elaboração.

Como já se expôs a documentação deve contemplar os “aspectos legais” da filiação, “termo de compromisso” entre os envolvidos “estabelecendo claramente a questão da filiação”, “compromisso” por parte dos contratantes em relação a garantir ao longo de toda a gestação todo o acompanhamento médico necessário a cedente gestante; e ainda “compromisso de registro civil da criança pelos pacientes” devendo “esta documentação ser providenciada durante a gravidez”.

Pela simples leitura fica evidente que os documentos aparentemente simples possuem basilar importância para a segurança de todos os envolvidos, e até por isso, apresentam grande carga jurídica em seu teor, muitos deles assemelhando-se a verdadeiro contrato, pelo que a assessoria especializada mostra-se relevante.

Na seara do gerenciamento de risco do profissional médico, igualmente relevante a atuação do advogado especializado.

A documentação antes relatada deve sempre constar do prontuário dos pacientes. E essa obrigatoriedade não se limita apenas

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

aos casos de ausência de parentesco no qual o Conselho irá aprovar ou não o procedimento, mas sim a todos os pacientes que se submetam a técnica.

Essa é, para além da técnica de reprodução, uma obrigação ética do médico.

Logo, e mesmo que os pacientes não entendam importante essa documentação, ou mostrem-se próximos e portanto, a princípio, sem qualquer possibilidade futura de qualquer desentendimento, mandatário que a Clínica ou profissional responsável elabore a documentação e apresente aos pacientes para sua assinatura, com a consequente anexação ao prontuário médico.

Isso sem considerarmos ainda o aspecto básico de dever de informação aos pacientes, pelo que o termo de consentimento para todo o procedimento ganha contornos de ainda maior relevância.

Logo, o profissional ou Clínicas especializadas que se propuserem a realizar o procedimento de gestação de substituição devem se resguardar, tanto ética quanto juridicamente, elaborando toda a documentação exigida pela Resolução.

Cabe ressaltar por fim, afastando qualquer aparência pedante do presente artigo, que o advogado certamente não conhecerá todos os aspectos técnicos médicos ou mesmo psicológicos dos pacientes e do procedimento. Por isso mesmo se reitera a necessidade de atuação multidisciplinar nesses casos, sendo importante notar o que diz a própria Resolução em seu item 3.2, que exige relatório médico “com perfil psicológico, atestando a adequação clínica e emocional de todos os envolvidos”.

Sendo assim o importante é a atuação conjunta do advogado com a equipe médica, e especialmente junto aos pacientes, os quais certamente estarão fragilizados quando da busca por um tratamento de reprodução assistida pelas razões óbvias que permeiam o assunto.

Como arremata Eduardo Dantas:

É justamente nesse ponto que o Direito e a Medicina se encontram e se misturam. O Direito busca, pois oferecer respostas a velhos problemas, e apontar soluções para os novos questionamentos biomédicos do século XXI.  
(...)

## | DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E MEDICINA |

A atuação do advogado, o seu papel não apenas como operador do Direito, mas de mediador na administração da Justiça, na pacificação das relações sociais, ganha contornos muito mais relevantes ao defender bens jurídicos surgidos a partir de relações e conflitos ainda em formação. A melhor compreensão destes conceitos torna o exercício da medicina mais seguro, e com isso ganham todos, os próprios médicos, os pacientes, mas principalmente, a sociedade.<sup>8</sup>

O fundamental parece ser portanto a **humildade** do advogado ao buscar no conhecimento de outros profissionais a compreensão sobre os aspectos fundamentais da gestação de substituição e a adequação psicológica dos pacientes envolvidos; a **sensibilidade** em compreender que nestes casos, muito mais que simples profissional da área jurídica, estará lidando com sonhos e expectativas (inclusive de uma cedente que irá gestar uma criança, mas não será sua mãe!); e por fim a **seriedade** do estudo constante, afinal, como nas demais áreas do direito médico, os desafios são diários e inéditos.

Direito e realidade devem caminhar juntos, sob pena de termos um descompasso absolutamente danoso às relações sociais, identificado pelo jurista Francês George Ripert que, que no século passado, já afirmava: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito.”

## REFERÊNCIAS

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; PIMENTEL, Dândara Domingos Figueiredo Alberoni; CARVALHO, Luiz Guilherme Tinoco Picanço. **Conflito de Maternidade na cessão temporária de útero**. Disponível em <[https://www.lex.com.br/doutrina\\_27610657\\_CONFLITO\\_DE\\_MATERNIDADE\\_NA\\_CESSAO\\_TEMPORARIA\\_DO\\_UTERO.aspx](https://www.lex.com.br/doutrina_27610657_CONFLITO_DE_MATERNIDADE_NA_CESSAO_TEMPORARIA_DO_UTERO.aspx)>

DANTAS, **Eduardo**. **Direito Médico**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 340.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. Doutrina, legislação e jurisprudência atinentes a profissão médica. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

---

<sup>8</sup> Dantas. Op. cit. p. 279