



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A (IM)POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE
GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Felipe Redecker Landmeier

Lajeado, novembro de 2014

Felipe Redecker Landmeier

A (IM)POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II - Monografia, do Curso de Graduação em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Alice Krämer Iorra Schmidt

Lajeado, novembro de 2014

Felipe Redecker Landmeier

A (IM)POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A Banca examinadora abaixo aprova a Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário Univates, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharel em Direito:

Profa. Profa. Ma. Alice Krämer Iorra Schmidt – orientadora
Centro Universitário Univates

Prof. Ma. Marta Luisa Piccinini
Centro Universitário Univates

Profa. Ma. Loredana Gagnani Magalhães
Centro Universitário Univates

Lajeado, novembro de 2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais Rudimar e Loiva e a minha irmã Tábata, pelo auxílio prestado durante toda a graduação e, em especial, pela preocupação e incentivo dado durante a realização deste trabalho. Certamente, se não fosse por vocês, eu não estaria alcançando mais este objetivo.

À minha namorada Meise, pelo estímulo, paciência e auxílio durante este período.

À minha tia Cláudia por, mais uma vez, auxiliar na elaboração e revisão do texto, principalmente diante das peculiaridades inerentes a este trabalho.

Agradeço também, a minha professora orientadora Alice Krämer Iorra Schmidt, por ter aceitado, de pronto, a incumbência de auxiliar na elaboração do presente trabalho, bem como pela grande e importantíssima ajuda prestada sempre que necessário.

RESUMO

A gestação de substituição é uma técnica de reprodução assistida que consiste na gestação de um bebê por uma mulher com a posterior entrega do filho aos pretensos pais. Assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar a hipótese de elaboração de um contrato de gestação de substituição, notadamente no que diz respeito às suas características e à sua classificação, bem como avaliar a validade jurídica desse pacto perante o sistema jurídico brasileiro. O estudo é efetuado a partir de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e técnicas bibliográficas e documentais. Dessa forma, o trabalho inicia com uma descrição do conceito de filiação, do direito de procriar e dos princípios constitucionais norteadores das técnicas de reprodução assistida. Em seguida, faz a exposição de algumas técnicas de reprodução que funcionam como alternativas à esterilidade, com destaque para a gestação de substituição e sua posição no sistema jurídico pátrio. Finalmente, examina a (im)possibilidade de elaboração de um contrato de gestação de substituição, sua classificação e suas características, sempre de acordo com os princípios constitucionais que norteiam o tema. Nesse sentido, conclui que a elaboração do contrato de gestação de substituição é lícita, tendo em vista que, embora seja utilizado o vocábulo “contrato”, o documento não passa de uma “carta de intenções” entre os envolvidos, sendo que os questionamentos decorrentes da técnica devem ser resolvidos pelo judiciário, sempre levando em conta os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Gestação de substituição. Reprodução assistida. Contrato. Dignidade da pessoa humana. Melhor interesse da criança.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 FILIAÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA	11
2.1 Conceito de filiação	11
2.1.1 A evolução da filiação.....	12
2.1.2 Presunções de paternidade.....	16
2.2 Direito de procriar <i>versus</i> esterilidade	18
2.3 Princípios relacionados às técnicas de reprodução assistida.....	22
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	23
2.3.2 Princípio do planejamento familiar	24
2.3.3 Princípio da paternidade responsável.....	26
2.3.4 Princípio do melhor interesse da criança	27
3 ALTERNATIVAS À ESTERILIDADE E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	29
3.1 Alternativas à esterilidade	29
3.2 A gestação de substituição como alternativa à infertilidade	37
3.3 A gestação de substituição em face ao ordenamento jurídico brasileiro	41
3.3.1 Resolução CFM nº 1.358/1992	43
3.3.2 Resolução CFM nº 1.957/2010	45
3.3.3 Resolução CFM nº 2.013/2013	45
4 A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	49
4.1 A relação jurídica oriunda da gestação de substituição.....	50
4.2 Classificação jurídica do contrato de gestação de substituição	53
4.3 Características do contrato de gestação de substituição	58
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

O desejo de procriar e transmitir seu material genético a seus descendentes é inerente a quase todo ser humano, sendo que a Constituição Federal, em seu art. 226, § 7º, traz como fundamentos à proteção da família os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, prevendo que o planejamento familiar é livre decisão do casal.

No entanto, para alguns casais, a realização desse sonho não era possível devido à infecundidade de algum ou de ambos os envolvidos, ou, ainda, por tratar-se de casal homoafetivo. Diante disso, sempre se buscaram formas de evitar a infecundidade e, principalmente, superá-la, possibilitando, assim, aos casais inférteis a tão sonhada maternidade/paternidade.

A primeira grande conquista para ultrapassar o problema da infertilidade ocorreu no ano de 1978, com o nascimento de Louise Loy Brown, o primeiro “bebê de proveta” da história. Desde então, foram desenvolvidas diversas novas técnicas de reprodução assistida, das quais se originou a gestação de substituição. Essas técnicas, por sua vez, trouxeram muitos questionamentos nos campos jurídico, ético, sociológico e antropológico, tendo em vista as inúmeras possibilidades e consequências decorrentes de sua utilização.

A gestação de substituição vem recebendo cada vez mais atenção no Brasil e no mundo, principalmente no que diz respeito ao desejo dos pais estéreis e de casais homoafetivos de transmitir seus genes a seus filhos. Em síntese, essa técnica consiste na cessão do útero de uma mulher a fim de que ela geste o filho de outro

casal. Saliente-se que este feto pode ou não ser oriundo do material genético desse casal, o que aumenta ainda mais os questionamentos decorrentes dessa técnica.

Embora desde 1992 o Conselho Federal de Medicina já tenha elaborado três resoluções acerca da matéria, ainda não foram editadas leis a fim de regular o assunto. Portanto, diante da ausência de legislação sobre o tema, justifica-se relevante discutir a (im)possibilidade de elaboração de contrato a fim de regular a gestação de substituição, na medida em que a utilização desta técnica vem crescendo largamente no Brasil.

Diante do silêncio do legislador brasileiro, a gestação por outrem deve ser analisada com base nestes documentos elaborados pelo Conselho Federal de Medicina. A Resolução nº 2.013/2013, assim como suas antecessoras, trouxe três requisitos principais que autorizam a gestação de substituição: a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva; a consanguinidade até quarto grau da doadora de útero e um dos parceiros, sempre respeitada a idade limite de até 50 anos; a vedação do caráter lucrativo ou comercial. Além desses requisitos, a Resolução trouxe uma importante inovação, qual seja, a elaboração de um contrato entre os envolvidos para estabelecer claramente a questão da filiação da criança a fim de evitar conflitos futuros.

Analisando os requisitos constantes nessa Resolução, verifica-se que nem todos os desafios oriundos da gestação de substituição foram enfrentados. Com a necessidade de elaboração de um contrato entre as partes, é imperativo o estabelecimento de termos que devem efetivamente constar nele, bem como aqueles que não devem, em hipótese alguma, ser inscritos no contrato. Além disso, faz-se necessário analisar o que pode ser feito nos casos de não cumprimento do contrato, haja vista que tal instrumento rege-se preponderantemente pelo direito de família, devendo ser levado em consideração o bem-estar de todos os envolvidos e, principalmente, o da criança oriunda dessa gestação.

Nesse sentido, tendo em vista que o direito é uma ciência viva, que precisa acompanhar as mudanças sociais, o presente trabalho pretende, como objetivo geral, analisar a hipótese de elaboração de um contrato de gestação de substituição,

bem como sua classificação e características. O estudo discute como problema a possibilidade de elaborar um contrato de gestação de substituição no Brasil e quais os seus limites. Como hipótese para esse questionamento, entende-se que, tendo em vista a ausência de legislação pátria sobre o tema, a elaboração de um contrato de gestação de substituição não é proibida, desde que esse acordo seja analisado sob a ótica do direito de família, levando em consideração, principalmente, os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

A pesquisa, quanto à abordagem do tema, tendo em vista a impossibilidade de mensuração prática e estatística, será qualitativa. Segundo ensinam Mezzaroba e Monteiro (2009), o objetivo de compreender e interpretar, ou, ainda, reinterpretar, de forma ampla e a fim de conjugar diversos elementos vai ao encontro da pesquisa qualitativa. Ainda, conforme os autores mencionados, nessa forma de pesquisa a investigação é mais global e se inter-relaciona com diversos fatores, justamente o objetivo do futuro trabalho. Para alcançar o fim desejado pelo estudo, será empregado o método dedutivo, utilizando como instrumentais técnicos os procedimentos bibliográficos e documentais.

Dessa forma, no primeiro capítulo de desenvolvimento deste estudo serão abordadas a filiação e a reprodução assistida. Primeiramente, será esclarecido o conceito de filiação, sua evolução histórica e as presunções de paternidade estabelecidas pelo Código Civil. Igualmente, será analisado o direito de procriar contraposto à esterilidade, chegando a considerações acerca dos princípios relacionados às técnicas de reprodução assistida.

No segundo capítulo serão mencionadas as técnicas de reprodução assistida desenvolvidas como alternativas à esterilidade, com especial ênfase na gestação de substituição. Em um primeiro momento serão mencionadas as diversas técnicas de reprodução assistida utilizadas atualmente para, em seguida, discorrer efetivamente sobre a gestação por outrem e suas peculiaridades. Após a descrição detalhada dessa técnica, far-se-á uma análise acerca da situação atual deste método em face ao ordenamento jurídico brasileiro, com menção especial às resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

Por fim, no terceiro capítulo, far-se-á um estudo sobre a possibilidade jurídica de elaboração de um contrato de gestação de substituição. De início, será realizada uma análise acerca da relação jurídica que se estabelece entre os envolvidos. Em seguida, buscar-se-á uma classificação jurídica para esse contrato, bem como se realizará uma análise sobre as características do pacto.



2 FILIAÇÃO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O desejo de ser pai ou mãe é inerente à maioria dos seres humanos, mas a concretização desse anseio nem sempre foi possível por meios naturais. Durante séculos, o ser humano conviveu com a infertilidade sem conseguir meios efetivos de ultrapassá-la. No entanto, nos últimos tempos, com a evolução da medicina, foram criadas técnicas a fim de contornar, ou ao menos fornecer alternativas a esses futuros pais.

Assim, o objetivo, neste capítulo, será descrever o conceito de filiação e sua evolução, bem como as alternativas encontradas pelo homem a fim de superar o problema de infertilidade.

2.1 Conceito de filiação

No ordenamento jurídico brasileiro, a filiação sempre foi tida como a relação havida entre parentes consanguíneos em linha reta de primeiro grau. Nesse sentido, Clóvis Beviláqua conceituava filiação como “a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai e a mãe). É o vínculo que a geração cria entre os filhos e os progenitores” (BEVILÁQUA *apud* SCALQUETTE, 2010, p. 30).

No mesmo sentido, Franceschinelli (1997) ensina que filiação, palavra derivada do latim *filiatio*, é a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filho, em linha reta, gerando o estado de filho, podendo ser decorrente de vínculo

consanguíneo ou civil, da qual surgem inúmeras consequências jurídicas. Observa-se que, para o autor, a filiação deixou de ser consequência apenas do vínculo consanguíneo, sendo possível, também, o estabelecimento da filiação civil.

Rodrigues (*apud* Scalquette, 2010), considera que a filiação é a relação de parentesco consanguíneo entre uma pessoa e aquelas que a geraram, bem como com aquelas que a receberam como se a tivessem gerado, afirma que essa nova abertura conceitual é capaz de abarcar tudo aquilo que atualmente tem sido discutido em matéria de relação parental, como a adoção, a fecundação artificial e o afeto.

Ocorre, contudo, que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito que se tinha de filiação era completamente diferente. Assim, para um melhor entendimento acerca da importância da ampliação do conceito de filiação para as técnicas de reprodução assistida, far-se-á uma rápida contextualização sobre a evolução do conceito de filiação.

2.1.1 A evolução da filiação

O conceito atual de filiação, segundo o qual todos os filhos são iguais, não era comum em épocas remotas. Segundo Franceschinelli (1997), ao longo da história humana, a filiação sempre sofreu a incidência de um dos maiores defeitos da espécie humana, qual seja, a discriminação. Tal fato resta perfeitamente caracterizado diante das diversas denominações que foram criadas de forma a classificar os filhos a partir das relações sexuais das quais eles surgiram:

No passado existiam as seguintes denominações: Filho adulterino ou fornezinho, *vulgo concepti* para os romanos, era o filho resultado de adultério, seja pelo homem, seja pela mulher. Filho ilegítimo ou bastardo, era o filho nascido de pais não unidos pelo matrimônio. Filhos espúrios, são aqueles que provêm de conjunção carnal proibida ou vedada por lei. Filhos incestuosos, são aqueles concebidos de pais cujo parentesco não admita o casamento, como o filho de dois irmãos por exemplo. Filho exposto, é o filho abandonado ou enjeitado. Filho legitimado, é o ilegítimo que adquire a qualidade de legítimo após o casamento dos pais. Filho legítimo é aquele concebido de pais casados. Filho natural é o filho havido por duas pessoas, que embora não casadas, inexistente impedimento que possa vedar o matrimônio. Filho sacrílego, é o gerado de conjunções carnis de que participou clérigo ou qualquer pessoa pertencente às ordens sacras. Filho *vulgo quaesiti*, é o gerado por meretriz. Filhos de coito danado são todos aqueles havidos de relações proibidas e compreendem os espúrios, os

incestuosos, os adulterinos, os sacrílicos. (FRANCESCHINELLI, 1997, p. 30).

Além de discriminatórias no âmbito familiar, tais classificações geravam inúmeras consequências no direito sucessório, uma vez que, dependendo da situação em que uma criança foi concebida e, dessa forma, classificada, poderia nunca ser considerada filha de seus pais. Conseqüentemente, não seria seu herdeiro, ou ainda, não possuiria direitos hereditários semelhantes aos daqueles nascidos pela via direita.

Embora desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916 já se admita o parentesco decorrente da consanguinidade – com discriminação acerca da forma de concepção, conforme se verá adiante – nem sempre foi assim. Em Roma, o parentesco poderia ter dois sentidos: um estritamente jurídico, chamado de *agnatio*, e outro biológico, conhecido por *cognatio*. Durante o período romano clássico recebia destaque a *agnatio*, que englobava todos sob o poder de um mesmo *pater familias* – que somente poderia ser de homens, razão pela qual esse parentesco era transmitido apenas pela linha paterna (SCALQUETTE, 2010).

A autora acima citada, mencionando o ensinamento de Max Kaser, informa que o parentesco agnático perdeu força dentro do próprio direito romano a partir da República e nos princípios do Império, passando a ganhar cada vez mais importância o parentesco cognático.

Antes da promulgação do Código Civil de 1916, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas, as quais, embora tenham sido expressamente revogadas pelo legislador pátrio, pouco ou nada representavam em termos de disciplina legal.

Nesse sentido:

Clóvis Beviláqua, em seus comentários ao Código Civil, ao comparar a legislação vigente com o direito anterior acerca de parentesco ou filiação, por vezes utilizava expressões como: *Noção comum, porém não consignada em lei* – quanto ao parentesco; *A lei conhecia essas relações, mas não as definia* – quanto ao parentesco legítimo ou ilegítimo; *Silencioso* – quanto à não possibilidade de contestar a legitimidade do filho nascido antes de 180 dias em algumas hipóteses; dentre outras. (SCALQUETTE, 2010, p. 38).

Já para o Código Civil de 1916, os filhos, conforme ensina Dias (2007), sob a justificativa da preservação do núcleo familiar, eram catalogados de forma

absolutamente cruel, sendo classificados em legítimos, legitimados e ilegítimos, tendo, como único critério, a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento. Legítimos, segundo o artigo 337, eram os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraído de boa-fé. O artigo 353 previa que a legitimação resultava do casamento dos pais, estando o filho concebido ou nascido, sendo equiparados aos legítimos. Por fim, os filhos ilegítimos, divididos em naturais ou espúrios, eram aqueles havidos fora do casamento. Os filhos espúrios, que ainda subdividiam-se em incestuosos e adulterinos, não podiam ser reconhecidos, conforme redação originária do artigo 358 do diploma civil.

A doutrinadora acrescenta que as leis nº 4.737, de 1942, e nº 4.883, de 1949, autorizaram o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio após a dissolução do casamento do genitor. Somente em 1989, já sob guarida da Constituição Federal de 1988, com o advento da Lei nº 7.841, foi afastada a proibição de reconhecimento dos filhos ilegítimos.

Portanto, segundo Scalquette (2010), a Constituição Federal de 1988 foi a grande responsável pela evolução que ocorreu no direito de família e, conseqüentemente, no direito das sucessões, haja vista que inovou particularmente em três aspectos: igualou os direitos do homem e da mulher; reconheceu a igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento – abolindo dessa forma a divisão entre legítimos e ilegítimos; e consagrou o pluralismo familiar, reconhecendo como entidades familiares a união estável e a família monoparental.

É o teor do artigo 226, § 6º, da Constituição de 1988:

§ 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.

Acerca dessa disposição, ensina Gama (2003):

A igualdade no campo do Direito Parental busca identificar os mesmos direitos relativamente às pessoas dos filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe, sendo totalmente irrelevante a origem da filiação, se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo civil – por adoção ou outra origem não-sanguínea – ou natural – por vínculo de sangue. Uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade-filiação, todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe têm, estritamente, os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação. (GAMA, p. 435).

Nesse sentido deu-se a redação do Código Civil de 2002 especificamente em seu artigo 1.596, o qual não faz distinção alguma entre filhos legítimos ou ilegítimos como havia no diploma anterior, tampouco aos havidos ou não do casamento, vedando, dessa forma, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Atualmente, segundo Scalquette (2010), o Código Civil apenas traz uma classificação conceitual, dividindo os filhos em biológicos, quando o filho tem os genes dos pais, e não biológicos, quando a filiação é decorrente de adoção, da socioafetividade ou da reprodução com utilização de material genético de doadores.

Portanto, conforme Fujita (2008):

Todos são filhos perante a lei, pouco importando a sua origem, se resultantes de um matrimônio, de uma união estável, de uma relação adúltera, incestuosa e até mesmo, eventual. A distinção que se fazia num passado não muito remoto – entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos – deu lugar a uma regra de isonomia, preconizada pela Constituição Federal, que, em seu art. 227, § 6.º, igualou os direitos de todos os filhos e proibiu a designação discriminatória entre eles. (FUJITA, in: BARBOSA; VIEIRA, 2008, p. 190).

Portanto, verifica-se que o conceito de filiação evoluiu e ampliou-se com o reconhecimento do instituto da adoção, com o surgimento de novas possibilidades no campo da medicina genético-reprodutiva e pelo reconhecimento do afeto como forma incontestável de ligação entre duas pessoas na condição de pai e filho (SCALQUETTE, 2010).

Nesse sentido:

A experiência da paternidade ou maternidade não pressupõe necessariamente a geração do filho. Ela é tão ou mais enriquecedora, mesmo que a criança ou adolescente não seja portador da herança genética dos dois pais. Perceba, contudo, que são recentíssimos a aceitação dessa ideia pelas pessoas em geral e seu cultivo como valor da sociedade. A espécie humana precisou de milhões de anos de evolução e saltar do estado da natureza para o de civilização para dissociar descendência e transmissão da herança genética. Instituições fortemente enraizadas em várias culturas, como o casamento monogâmico e a família patriarcal com submissão da mulher, foram criadas com a finalidade precípua de garantir, o quanto possível, que o filho herde os genes do pai. (LÔBO, 2003, p. 43).

Nessa senda, com a evolução do conceito de filiação, os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram. Isso se deve ao fato de que o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permitiu que a procriação

não mais decorra exclusivamente do contato sexual, abrindo caminho para a filiação oriunda de técnicas de reprodução humana assistida (DIAS, 2007).

2.1.2 Presunções de paternidade

O Código Civil de 1916, em seu artigo 338, previa duas hipóteses de presunção da paternidade:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:
I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);
II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação.

Essas hipóteses foram mantidas pelo Código Civil de 2002, restando modificada apenas as causas de presunção previstas no inciso II, passando a constar na redação do inciso a morte, a separação judicial, a nulidade e a anulação do casamento.

Ainda, em que pese o texto do diploma civil tenha sido omissivo, diante do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, faz-se necessário interpretar a presunção da paternidade àqueles concebidos na constância do casamento ou da união estável (SCALQUETTE, 2010).

No entanto, embora tenha sido mantido – com as alterações mencionadas – o texto do diploma de 1916, o Novo Código Civil inseriu três novas hipóteses acerca da presunção da filiação. É o teor do artigo 1.597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
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.

Conforme se observa, os três últimos incisos referem-se à reprodução assistida. Embora o assunto venha a ser abordado a seguir, faz-se necessário, para melhor entendimento acerca das presunções, a conceitualização da fecundação

artificial homóloga e heteróloga. Aquela trata de fecundação realizada com material genético dos pais – óvulo da mãe e espermatozoide do pai, enquanto esta é a que se dá com material genético de pelo menos um terceiro – óvulo da mãe e espermatozoide de doador, óvulo de doador e espermatozoide do pai, ou, ainda, óvulo e espermatozoide de doadores (SCALQUETTE, 2010).

Portanto, o legislador buscou estender a presunção às novas técnicas de reprodução assistida. Assim, há presunção sempre que a gestação for decorrente de fecundação homóloga, ainda que falecido o marido ou em decorrência da utilização de embriões excedentários. Essa presunção se coaduna com a verdade biológica, uma vez que, nesses casos, há utilização de material genético de ambos os pais. Já nos casos de inseminação heteróloga, há presunção de paternidade quando houver autorização do marido. Tal presunção justifica-se com base no desejo do genitor em ter um filho.

Embora tenha inovado no tocante às técnicas de reprodução assistida, a doutrina brasileira traça algumas críticas à redação legal:

Por ora, cumpre-nos observar que, mesmo que nossos legisladores, à época, tenham objetivado acompanhar o avanço da ciência médica em termos de reprodução, não conseguiram empregar a melhor técnica de redação das normas, quando, por exemplo, se calaram quanto à necessidade de autorização para a implantação de embriões excedentários e a exigiram apenas do marido em caso de inseminação artificial heteróloga, olvidando-se da possibilidade de haver doadoras de óvulos, permitindo a gestação pela própria esposa ou por terceira pessoa por meio de cessão temporária de útero.

Sem mencionar o fato de que a presunção gera inúmeros reflexos jurídicos para os quais sequer apontou-se uma possível solução. (SCALQUETTE, 2010, p. 52).

Assim, verifica-se que o disposto no Código de 2002 manteve o brocado *mater semper certa est*, ou seja, de que a maternidade prova-se pelo parto, deixando no limbo jurídico a situação da gestação de substituição, a qual já se encontrava prevista na Resolução nº 1.352/1992 do Conselho Federal de Medicina.

No tocante a essa técnica, ensina Dias (2007, p. 333):

A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1.593), como “mãe civil”. À vista da hipótese cada vez menos rara da

maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a *gestatriz* é sempre certa.

Portanto, observa-se que, apesar do esforço do legislador, as novas técnicas de reprodução assistida lançaram por terra o sistema de presunções do Código Civil, razão pela qual se fará uma análise mais aprofundada acerca dessas técnicas.

2.2 Direito de procriar *versus* esterilidade

Conforme se verifica, o conceito de filiação evoluiu com o passar dos anos, atingindo novos horizontes, principalmente, com o reconhecimento da verdade afetiva em detrimento da verdade biológica e pela evolução das técnicas de reprodução assistida. Essas técnicas, embora tenham se desenvolvido em grande escala desde 1978 – ano do nascimento da inglesa Louise Brown, o primeiro bebê de proveta do mundo – aparecem agora de forma mais incisiva nos debates éticos, jurídicos e sociológicos.

Segundo Leite (1995), o desejo de reproduzir é inato à natureza humana, sendo que, desde a infância, quando crianças, por meio de brincadeiras, identificam-se como pais e mães, passando pela puberdade e pela fase adulta. Assim, o homem possui o desejo consciente de ter e criar um filho a fim de perpetuar sua espécie.

Por isso, a paternidade é um dos momentos mais importantes na vida da maioria dos seres humanos. Esse acontecimento significa mais do que a mera comprovação da maturidade sexual e da fertilidade. Ele estabelece uma nova etapa na vida adulta quando a responsabilidade pelo destino deste novo ser torna-se um dever frente à família e à sociedade (BRAUNER, 2003).

No entanto, justamente pelo desejo de ter filhos, o ser humano sempre esteve atento ao problema da esterilidade. Conforme relata Leite (1995), a fecundidade sempre foi vista com grande benevolência, estando vinculada à noção de bem. Já a esterilidade, na grande maioria das vezes, esteve associada à noção de mal, sendo tratada como uma fatalidade ou até mesmo uma maldição:

Desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos. A mulher estéril era

encarada como ser maldito que precisava ser banida do convívio social. Para os judeus, a esterilidade era considerada como castigo de Deus. Em posição oposta, a fecundidade era olhada com intensa benevolência. À chegada dos filhos sempre foram vinculadas as noções de fortuna, riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina. (LEITE, 1995, p. 17).

O autor salienta, ainda, que, até Johann Ham afirmar, em 1677, que a esterilidade, muitas vezes, ocorria por ausência ou escassez de espermatozoides, acreditava-se que o problema era exclusivamente feminino. Assim, a noção de esterilidade conjugal surgiu apenas no século XVII. Desde então, a ciência evoluiu, com o surgimento, em 1978, do primeiro bebê de proveta do mundo, chegando até a presente década, na qual a utilização de técnicas de reprodução humana tornou-se bastante comum.

Apesar de serem frequentemente utilizados como sinônimos, os termos “esterilidade” e “infertilidade” são distintos no campo médico. Segundo Gama (2003), a esterilidade representa a incapacidade absoluta de fertilização ou de reprodução oriunda da perda da capacidade de procriar, decorrente de procedimentos médico-cirúrgicos ou químicos. Já a infertilidade representa uma esterilidade relativa existente desde o nascimento ou adquirida por doença, mas em todos os casos, passível de reversão.

No mesmo sentido, Nakamura e Pompeo, *apud* Leite (1995):

Existe diferença entre esterilidade e infertilidade. Esterilidade conjugal ‘é a incapacidade de um ou dos dois cônjuges, por causas funcionais ou orgânicas, fecundarem por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes e com vida sexual normal. Chamamos de infertilidade, a incapacidade, quer por causas orgânicas ou funcionais atuando no fenômeno da fecundação, de produzir descendência.’ (LEITE, 1995, p. 29).

Assim, as diversas técnicas de procriação artificial surgem como meio legítimo de satisfazer o desejo de um casal estéril ter filhos:

Considerada com circunspeção por alguns, com reservas por outros e mesmo com hostilidade por terceiros (em razão dos meios utilizados e das consequências que podem resultar para o interesse maior da criança e o interesse dos pais), a procriação artificial, apesar dos excelentes resultados já alcançados, capazes de contornar a infertilidade, ainda provoca diversidade de opiniões, mas também convergência sobre pontos essenciais, cuja validade continua sendo inegável: nem a inseminação artificial, nem a fecundação “in vitro”, nem a maternidade por substituição não curam a esterilidade que as motivam. São paliativos, são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza os negou. Assim como a adoção, tradicionalmente admitida no terreno mais conservador e formal do mundo jurídico. (LEITE, 1995, p. 26).

Nesse ponto, entram em debate os limites das técnicas de reprodução assistida. Ou seja, até que ponto é justo e moralmente correto buscar, incessante e incansavelmente, a paternidade por meio de técnicas de reprodução assistida, enquanto existem milhares de crianças, de todas as idades, em listas de adoção. Cumpre-se perguntar, portanto, até que ponto vai o direito de procriar.

A adoção, conforme Brauner (2003), apresenta-se como uma das maneiras de realização do projeto de ter um filho, sem que exista a gravidez da mãe. No entanto, a autora considera que, ainda que não haja gravidez sob o ponto de vista biológico, psicologicamente a pretensa mãe desenvolve uma forma de gravidez. Para a doutrinadora, portanto, toda a filiação seria adotiva, uma vez que é necessária a aceitação da criança, como filho, para que efetivamente sejam criados laços entre pai, mãe e filho. Nesse ponto, a adoção serviria para comprovar o processo de desbiologização da filiação, visto que a noção de descendência genética é preterida pelo critério afetivo das relações paterno-filiais.

Conforme a doutrinadora, para os casais que vivenciaram a experiência positivamente, a questão da esterilidade acaba superada. Isso porque, com o término da longa e angustiante espera pelo filho, surge a satisfação de criar, educar e amar uma criança. Com a adoção, todos os envolvidos estariam realizados: o homem e a mulher, por tornarem-se pais, e a criança, que recebe uma nova chance de encontrar uma vida familiar. Contudo, ainda que tenha seus benefícios, a adoção não representa o caminho escolhido por todos os casais que estão impossibilitados de gerar naturalmente, razão pela qual deve ser reconhecida a legitimidade dos casais para buscarem o projeto parental por meio das técnicas de reprodução assistida.

Portanto, para Barboza (1993), um dos pontos mais tormentosos da questão é analisar se efetivamente existe um direito constitucional a ter filhos, situando-se esse dentre os direitos fundamentais do homem, tal como o direito à vida, à liberdade e à integridade física, ou apenas um direito privado, protegido pela Constituição.

Ao dissertar sobre o tema, Gama (2003) considera o direito à reprodução como uma das manifestações dos direitos fundamentais e, assim, essencial ao respeito à integridade físico-psíquica da pessoa humana:

Constata-se, desse modo, que o direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental, a princípio como reflexo – ou uma das manifestações – do princípio e direito à liberdade, daí a procriação natural em que o homem e a mulher, na esfera do mais privado dos interesses – resolvem manter relação sexual e, responsabilmente, concebem um novo ser dentro do projeto parental que decidiram concretizar. (GAMA, 2003, p. 711).

No tocante aos direitos reprodutivos, o artigo 226, *caput* e § 7º, da Constituição Federal, prevê:

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.

Diante da redação constitucional, Gama (2003) entende que, devidamente combinados e harmonizados, esses preceitos indiciam a existência do direito à reprodução como direito fundamental e conclui:

Com as mudanças culturais, especialmente no campo da sexualidade, os direitos reprodutivos passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade, pois culturalmente a vida envolve etapas, entre elas – para a maioria das pessoas – aquela de procriar ainda que mais tardiamente, diante das novas condicionantes econômicas, sociais e culturais. Sabe-se, diante da expressa redação da norma constitucional contida no artigo 226, § 7º, que tal direito à reprodução não é absoluto – como nenhum direito fundamental também não o é – e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento jurídico. (GAMA, 2003, p. 712).

Assim, pode-se perceber que há doutrinadores que afirmam que o direito de procriar é considerado, na legislação pátria, como um direito fundamental, razão pela qual é possível aos casais que almejam constituir uma família utilizar as técnicas de reprodução assistida.

Nesse sentido:

Os direitos sexuais e reprodutivos, já referidos, são conquistas recentes que reconhecem o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda

intervenção que tenha por objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento de filhos desejados (BRAUNER, 2003, p. 51).

A autora, ainda citando o artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conclui que o reconhecimento do direito a ter filhos “deve ser compreendido como um direito personalíssimo, indisponível, inalienável” e, portanto, precisa ser protegido pelo Estado e suas instituições.

Cumprе salientar, contudo, a importante ressalva trazida por Gama (2003), segundo o qual o direito à reprodução é relativo. E, assim, não serão todas as hipóteses que permitirão o acesso às técnicas de reprodução assistida, bem como essas não ficarão ao livre arbítrio do casal, devendo ser indicadas por profissionais habilitados.

Assim, antes de passar-se à análise das técnicas de reprodução assistida, faz-se necessária uma análise dos princípios envolvidos a fim de possibilitar uma melhor compreensão do tema.

2.3 Princípios relacionados às técnicas de reprodução assistida

Segundo Dias (2007), o ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. A autora afirma que, acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. Assim, conforme Alexy, *apud* Dias (2007, p. 61), “os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização”.

Para a estudiosa, é no direito das famílias que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais os valores sociais dominantes.

Portanto, diante da importância dos princípios no ordenamento jurídico pátrio, bem como pela ausência de legislação específica acerca das técnicas de gestação de substituição, faz-se necessária a análise acerca dos princípios que as norteiam.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal. Conforme Dias (2013, p. 65), “é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal”. Ainda segundo Dias (2013), esse é o mais universal de todos os princípios, é um macroprincípio do qual todos os demais, tais como os da liberdade, da autonomia privada, da cidadania, da igualdade e da solidariedade se irradiam.

Pereira (2012) ensina que, embora a noção de dignidade da pessoa humana tenha se tornado princípio exposto somente com a Constituição Federal de 1988, a sua conceituação já havia sido dada no século XVIII, por Kant:

Kant afirma de forma inovadora que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para a ação de outrem. Embora o mundo da prática permita que certas coisas ou certos seres sejam utilizados como meios para a obtenção de determinados fins ou determinadas ações, e embora também não seja incomum historicamente que os próprios seres humanos sejam utilizados como tais meios, a natureza humana é de tal ordem que exige que o homem não se torne instrumento da ação ou da vontade de quem quer que seja. Em outras palavras, embora os homens tendam a fazer dos outros homens instrumento ou meios para suas próprias vontades ou fins, isso é uma afronta ao próprio homem. É que o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa. (PEREIRA, 2012, p. 116).

No mesmo sentido, Lôbo (2009) doutrina:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. (LÔBO, 2009, p. 37).

De acordo com Sarlet (2012), esse princípio é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado, da comunidade e do Direito.

Nesse diapasão, Gama (2003) ensina que a dignidade da pessoa humana normalmente é tutelada por meio de duas funções distintas:

a) a de proteção à pessoa humana, no sentido de defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano, contra o Estado e a comunidade em geral; b) a de promoção da participação ativa da pessoa humana nos destinos da própria existência e da vida comunitária, em condições

existenciais consideradas mínimas para tal convivência. (GAMA, 2003, p. 463).

Assim, para o autor retromencionado, cabe ao Estado não apenas se abster de violar a dignidade da pessoa ou do casal que pretende exercer sua opção no tocante ao planejamento familiar, mas também impedir que os órgãos públicos possam macular a dignidade daqueles que optam por exercer esse direito. Da mesma forma, o doutrinador acrescenta que a dignidade da pessoa humana, no tocante aos direitos reprodutivos, não diz respeito apenas ao casal que busca concretizar o projeto parental, mas também à futura pessoa, ou seja, ao nascituro.

Portanto, todo o debate acerca da elaboração do contrato de gestação de substituição deve se pautar na dignidade da pessoa humana do casal que deseja procriar, da mulher que irá gestar e da criança fruto dessa técnica de reprodução assistida.

2.3.2 Princípio do planejamento familiar

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º, prevê, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o princípio do planejamento familiar, acrescentando que esse é de livre decisão do casal. Além disso, a Carta Magna prevê a competência do Estado a fim de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, além de vedar qualquer forma de coerção sobre o instituto por parte de instituições oficiais ou privadas.

Nesse ponto, Moraes (2006) ensina que o planejamento familiar encontra-se em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana:

A ideia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, 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 (CF, art. 226, §7º). (MORAES, 2006, p. 128).

Da mesma forma, Gama (2003) ensina que, embora o planejamento familiar decorra de livre decisão do casal, devem ser observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A fim de regulamentar o planejamento familiar, foi editada a Lei nº 9.263/1996, a qual, após elevar o princípio a direito de todo o cidadão (artigo 1º), conceitua-o, em seu artigo 2º, como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Acerca do dispositivo legal mencionado ensinam Farias e Rosenvald (2010):

Na trilha da compreensão constitucional, a Lei nº 9.263/96 estabelece uma política de planejamento familiar, entendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole (art. 2º) e reconhecido o direito de todo cidadão de organizar-se familiarmente (art. 1º). A citada norma legal, ainda prevê que o planejamento familiar será orientado por ações preventivas e educativas, além da garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2010. p. 47).

Já no que diz respeito às técnicas de reprodução assistida, o artigo 9º da Lei nº 9.263/1996 prevê:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Acerca do dispositivo legal, Dias (2007) leciona que o acesso aos modernos métodos de concepção assistida é garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade. Além disso, considerando que todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, os distúrbios relacionados à reprodução constituem problema de saúde pública e, para a autora, caberá ao Estado garantir acesso a tratamento de esterilidade e reprodução.

Assim, tratando-se o planejamento familiar de um direito fundamental que, inclusive, diz-se dever do Estado, resta cristalina a possibilidade do casal de buscar

técnicas de reprodução assistida, desde que com aconselhamento e acompanhamento médico e psicológico.

2.3.3 Princípio da paternidade responsável

Conforme referido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, o planejamento familiar, de livre decisão do casal, baseia-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. No tocante a este princípio, Gama (2003) doutrina que existe responsabilidade individual e social do casal que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vem a gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter seu bem-estar físico, psíquico e espiritual priorizado, inclusive com o reconhecimento de todos os direitos fundamentais a ela inerentes.

Ainda, acrescenta o doutrinador:

Desse modo, a consciência a respeito da paternidade e da maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta – como, por exemplo, os alimentos entre parentes. (GAMA, 2003, p. 455).

No mesmo sentido ensina Pereira (2012):

A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar. (PEREIRA, 2012, p. 245).

Assim, para Gama (2003), a paternidade é um tipo de responsabilidade vitalícia, ou, ainda, perpétua, e deve considerar a atuação do Estado no que diz respeito ao fornecimento de informação, de recurso e técnica de planejamento

familiar, a fim de evitar, posteriormente, que a pessoa sustente que não tinha condições de saber as consequências de seus comportamentos individuais no campo da sexualidade e reprodução.

Este último comentário é importantíssimo no tocante às técnicas de reprodução assistida, notadamente no que assiste à maternidade de substituição. No caso da utilização dessa técnica, deve haver pleno conhecimento entre os envolvidos – casal que deseja o filho e a mulher que irá gestá-lo – acerca das consequências de seus atos, haja vista que, ao contrário de um acordo qualquer, o “objeto” do acordo será a gestação e o nascimento de uma criança que deve ter seus direitos fundamentais respeitados. Dessa forma, antes de passar-se ao estudo da gestação de substituição, faz-se necessária ainda uma análise acerca do princípio do melhor interesse da criança.

2.3.4 Princípio do melhor interesse da criança

Para Dias (2007), a consagração dos direitos das crianças e dos adolescentes como direitos fundamentais, ao incorporar a doutrina da proteção integral e vedar referências discriminatórias entre os filhos, alterou profundamente o instituto da filiação.

Nesse sentido, Lôbo (2009) considera que a redação constitucional é uma grande mudança de paradigma:

No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe ‘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’, além de colocá-la ‘a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigma. (LÔBO, 2009, p. 38).

Esse leque de direitos e garantias previstos na lei maior deve ser assegurado com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, sendo que a sua forma de implementação encontra-se na Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual criou um microsistema que traz normas de cunho material e

processual, de natureza civil e penal, abrangendo toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito (DIAS, 2007).

Segundo Gama (2003), esse princípio representa uma importante mudança de eixo nas relações entre pais e filhos, uma vez que esse deixa de ser considerado um objeto a fim de ser tratado, ainda que tardiamente, como um sujeito de direito. Além disso, para o autor, o espectro do melhor interesse da criança não atinge apenas as crianças e os adolescentes presentes, mas também as futuras, frutos do exercício consciente e responsável das liberdades sexuais e reprodutivas de seus pais.

Dessa forma, esse princípio deve ser cuidadosamente observado no tocante às técnicas de reprodução assistida, de forma que as mesmas não sejam empregadas visando apenas ao bem-estar dos pais, autores do projeto parental. Os direitos e interesses da criança futura devem ser analisados desde o primeiro instante, ou seja, desde o momento em que o casal procura auxílio médico para ter um filho. Assim, conforme Gama (2003), esse princípio deve servir como limite ao exercício ilimitado ou abusivo dos direitos reprodutivos.

3 ALTERNATIVAS À ESTERILIDADE E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A humanidade sempre buscou superar ou encontrar alternativas à infertilidade a fim de que um maior número de casais pudesse alcançar a tão desejada paternidade. Criaram-se vários tratamentos a fim de auxiliar casais hipoférteis a alcançá-la, bem como foram desenvolvidas diversas técnicas de reprodução assistida para possibilitar aos casais estéreis e, atualmente, aos casais homoafetivos, realizar seu desejo.

3.1 Alternativas à esterilidade

Conforme mencionado no capítulo anterior, o desejo de reproduzir-se e o de perpetuar a espécie são inerentes ao ser humano, razão pela qual alguns casais buscam incessantemente as técnicas de reprodução assistida como forma de superar a esterilidade.

Nesse sentido, Barboza (1993, p. 32) explica que “a busca de solução para a ausência de descendentes já é encontrada na Bíblia, havendo quem refira passagens mitológicas em que a procriação teria sido obtida por meios diferentes dos naturais”.

A autora acrescenta que o fenômeno da reprodução sempre atraiu atenção do ser humano, sendo que inúmeros povos, ainda em tempos remotos, sabiam que a reprodução não era acompanhada necessariamente de sexualidade, conforme

constatavam pela observação de algumas espécies da natureza. Diante disso, cientistas passaram a buscar formas de auxiliar a reprodução e superar qualquer problema que pudesse surgir.

As tentativas de inseminação artificial iniciaram-se com plantas, havendo notícias de que árabes e babilônios efetuavam a técnica para obter maior número de tâmaras. As tentativas foram evoluindo, havendo notícias de inseminação artificial de uma égua em 1332, de peixes também no século XIV, e do bicho-da-seda no século XV (BARBOZA, 1993).

Conforme a autora, a primeira experiência de inseminação artificial em seres humanos que, diga-se, restou fracassada, deu-se nos anos de 1494 e 1495, na Rainha D. Joana de Portugal, segunda esposa de Henrique IV, “El Impotente”. Já a primeira experiência científica do método deu-se em 1791, quando o cirurgião inglês Juan Hunter obteve sucesso ao inseminar artificialmente, com o sêmen do marido, a esposa de um lorde que não conseguia procriar e desejava perpetuar seu nome.

Desde então, com o avanço da ciência, surgiram diversas novas técnicas sendo que, segundo Scalquette (2010), atualmente a assistência à reprodução pode se dar apenas em forma de aconselhamento e acompanhamento da atividade sexual do casal a fim de otimizar as chances de uma gravidez – no caso de casais hipoférteis ou que tenham dificuldades para engravidar, ou pelo emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, objetivando viabilizar a fecundação – no caso de casais estéreis. Aquela forma de auxílio tem pouca relevância do ponto de vista jurídico, razão pela qual serão analisadas apenas estas técnicas.

A autora conclui que o objetivo principal das técnicas de reprodução assistida é propiciar a concretização da procriação para pessoas que nasceram ou desenvolveram o problema da infertilidade. No entanto, a doutrinadora ressalva que há uma crescente procura dos pais, inclusive os que não possuem problemas reprodutivos, pela utilização de técnicas de reprodução assistida a fim de realizar procedimentos que evitem a transmissão de doenças genéticas a seus filhos. Nesses casos, seriam realizadas técnicas de manipulação genética a fim alterar os cromossomos responsáveis pelas enfermidades.

Para Scalquette (2010), a utilização das técnicas de reprodução assistida, quando consegue evitar futuras doenças, é tida como cumpridora de seus objetivos. Contudo, a autora ressalva a possibilidade de um desvio de finalidade quando a utilização dessas técnicas é feita para atender meros caprichos dos genitores, tais como a escolha de características dos filhos, como a cor dos olhos ou do cabelo.

Nesse ponto, a doutrinadora afirma que a escolha de características genéticas não deve ser um direito dos pais:

Se pudermos pensar nessas escolhas genéticas como um direito conferido às pessoas, chegaremos ao ponto de indenizarmos as falhas que ocorrerem no processo, como se se pudesse reclamar de um produto viciado ou com defeito. (SCALQUETTE, 2010, p. 69).

E assim conclui a autora:

Uma coisa é a preocupação que sempre se deve ter com a saúde da criança a ser gerada, como vimos acontecer na intervenção médica para eliminar as chances de um câncer se desenvolver no futuro. Outra é a utilização das técnicas médicas como método que possibilita a realização do capricho estético dos genitores, atendendo seus gostos e preferências, ou como alternativa capaz de garantir-lhes a não convivência com qualquer enfermidade ou deficiência dos filhos. (SCALQUETTE, 2010, p. 70).

Da mesma forma, Maria Helena Diniz esclarece acerca da necessidade do estabelecimento de limites à utilização das técnicas de auxílio à reprodução:

Essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, que dependerão das convicções do legislador, de sua consciência e de seu sentimento sobre o que é justo. Tema delicadíssimo e de grande atualidade, pelas implicações valorativas e éticas que engendra, pois as novas técnicas conceptivas, de um lado, “solucionam” a esterilidade do casal, que terá seu filho, com interferência de ambos, de um só deles ou de nenhum deles, mas por outro lado, acarretam graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos. (DINIZ, 2009, p. 546).

Portanto, é preciso levar em conta que as técnicas de reprodução assistida devem ser utilizadas estritamente por pessoas que possuem dificuldades reprodutivas ou quando há um grande risco de que a futura criança venha a desenvolver alguma doença genética. Não há a menor possibilidade de utilização das técnicas de auxílio à reprodução para a escolha de atributos pessoais dos filhos, haja vista tratar-se de um atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser observado na utilização de qualquer método que venha a ser empregado.

Além disso, Gama (2003) lembra que essas técnicas não resolvem o problema do qual decorre a infertilidade, mas surgem como uma alternativa para que os casais inférteis possam procriar:

Assim, as técnicas de reprodução humana assistida permitem que tais problemas que afetam diretamente à saúde das pessoas envolvidas possam ser sanados, mesmo que se saiba que a esterilidade, por exemplo, permanecerá mesmo depois da concepção e do nascimento do filho. (GAMA, 2003, p. 711).

Feitas essas breves considerações acerca dos limites das técnicas de reprodução assistida, a fim de possibilitar um melhor entendimento dos conceitos que serão trazidos em seguida, faz-se necessária a distinção terminológica entre fecundação e inseminação, posto que, em que pese muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, possuem diferenças.

Nesse sentido:

A palavra *fecundação* vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare*, que significa 'fertilizar', sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A palavra *inseminação* tem origem no verbo *inseminare*, composto por *in* – dentro – e *semem* – semente, significando a colocação do sêmen na mulher. (SALQUETTE *apud* MONTEIRO, 2010, fl. 65).

A fecundação se dá com a união e a consequente fecundação do óvulo pelo espermatozoide, sendo que tal fato pode se dar dentro do útero da mulher – como ocorre na reprodução sexuada normal, ou em laboratório, caso em que ocorrerá a fecundação *in vitro*. Já a inseminação ocorre quando há a inserção do sêmen do homem no útero da mulher, sendo natural, quando decorrente de relação sexual, ou artificial, quando realizada com auxílio de outras técnicas.

Nesse sentido, Diniz (2009) esclarece as hipóteses em que será utilizada a inseminação artificial:

Ter-se-á a inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc. (DINIZ, 2009, p. 548).

Feita a diferenciação terminológica, faz-se necessária a análise acerca das técnicas de reprodução humana assistida. Conforme Loureiro (2009), esses procedimentos têm o objetivo de suprir o problema da infertilidade ao facilitar o

processo de procriação e perpetuação da espécie diante da ineficácia de outros métodos. Assim, para a autora, a reprodução humana assistida é o conjunto de operações para unir artificialmente os gametas masculino e feminino dando origem a um ser humano e pode ser feita por dois métodos: a transferência intratubária de zigoto (ZIFT) e a transferência intratubária de gametas (GIFT):

A ectogênese ou fertilização *in vitro* é concretizada pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), consistindo na retirada do óvulo da mulher para fecunda-lo na proveta, utilizando-se o sêmen do marido ou de outro homem, para depois ser introduzido no seu útero ou no de outra mulher.

A inseminação artificial se processa pelo método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) em que se faz a inoculação do sêmen na mulher, sem que haja manipulação externa do óvulo ou do embrião. (LOUREIRO, 2009, p. 99).

No tocante à fertilização *in vitro*, a pesquisadora esclarece ainda que:

A fertilização *in vitro*, por facilitar a manipulação dos gametas, tem várias implicações, tais como: a possibilidade de se transferir o embrião para o útero de outra mulher; a fertilização com sêmen e óvulo de estranhos; a fecundação com óvulo não pertencente à esposa mas implantado em seu útero; a fertilização com esperma de terceiro; a fecundação com material do marido e da mulher na proveta com a introdução do embrião no útero da esposa; a fecundação com óvulo da esposa e sêmen do marido para congelar o embrião e inseri-lo no ventre de outra após o falecimento da esposa. (LOUREIRO, 2009, p. 99).

Embora a autora afirme a existência de apenas dois métodos de reprodução assistida, Scalquette (2010) cita outros métodos, tais como a inseminação artificial intrauterina (IIU), a fecundação *in vitro*, a transferência de embrião (FIVETE) e a injeção intracitoplasmática do espermatozoide (ICSI).

Segundo a cientista citada, a técnica mais simples é a IIU, a qual consiste na introdução de espermatozoides no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter, sem a ocorrência de relação sexual. Essa técnica é indicada quando há fatores masculinos dificultando a fecundação, tais como a alteração na concentração espermática, volume seminal e motilidade, bem como em casos de disfunções ejaculatórias e anormalidades imunológicas, além de casos de incompatibilidade do muco cervical com os espermatozoides ou defeito no canal cervical (SCALQUETTE, 2010).

Acerca da FIVETE, Scalquette (2010) esclarece que a técnica pode ser indicada para mulheres com “problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos”, sendo que:

A fertilização do óvulo pelo espermatozoide ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões. A ovulação é geralmente estimulada, os óvulos são colhidos por punção guiada por ultrassonografia endovaginal. Após serem colocados juntamente com os espermatozoides, são processados em ambiente com cinco por cento de CO² e temperatura de 37°C e, depois de 24 a 48 horas, são transferidos para a cavidade uterina os pré-embriões formados, contendo de quatro a oito células. (SCALQUETTE, 2010, p. 71).

Por fim, a autora cita a ICSI, a qual, por sua vez, é a técnica que consiste na injeção de apenas um espermatozoide no citoplasma do óvulo, por meio de um aparelho especialmente desenvolvido com microagulhas para injeção. (SCALQUETTE, 2010).

Portanto, embora a medicina tenha evoluído a ponto de existirem inúmeras alternativas à infertilidade, haja vista as diversas técnicas mencionadas, ainda que a reprodução não seja sexuada, há necessidade de participação de um homem e de uma mulher, a fim de que cedam o seu material biológico para que se dê a gestação.

Neste ponto, faz-se imprescindível para o presente estudo efetuar a distinção entre as técnicas homólogas e heteróloga: aquelas se dão quando o material genético for oriundo do casal idealizador do projeto parental, enquanto que esta ocorre quando há utilização de material, seja o óvulo, seja o espermatozoide de terceiro.

Tal classificação é fundamental para entender as dificuldades em elaborar os vínculos jurídicos de paternidade, maternidade e filiação entre o casal autor do projeto parental e a criança que irá nascer.

Gama (2003) ensina que as técnicas de reprodução assistida foram, em um primeiro momento, desenvolvidas a fim de possibilitar a utilização de material genético do casal que buscava a paternidade. No entanto, apesar dos avanços obtidos pela medicina, nem sempre é possível aos casais utilizarem seu material genético para gerar um bebê, razão pela qual se passou a aproveitar, em casos de extrema necessidade, material genético de terceiros:

As técnicas de reprodução assistida foram concebidas, no início, como forma de contornar a infertilidade do casal – ou de um deles -, para permitir a efetivação do desejo da paternidade e da maternidade decorrente da própria informação genética de ambos – homem e mulher -, ou seja, as técnicas foram originalmente pensadas no campo do aproveitamento do próprio material fecundante do casal, razão dos primeiros casos terem representado o emprego de técnicas reprodutivas homólogas. Dada a

impossibilidade de tais técnicas proporcionarem a reprodução em todos os casos de esterilidade, cogitou-se na possibilidade do recurso a outras técnicas com o aproveitamento de material de terceiro, daí o surgimento das técnicas reprodutivas heterólogas. (GAMA, 2003, p. 635).

Dessa forma, o autor citado elaborou uma classificação das espécies de parentalidade-filiação conforme a técnica adotada. Segundo a organização do doutrinador, as técnicas podem ser de quatro tipos:

a) inseminação artificial, de fertilização *in vitro* e outras que envolvam apenas o material fecundante do casal – de cônjuges ou de companheiros; b) inseminação artificial, de fertilização *in vitro* e outras que envolvam o material fecundante de apenas um dos cônjuges ou companheiros, contando com a doação de sêmen (ou espermatozoide) de terceiro; c) transferência de embriões de terceiros, não contando com qualquer contribuição dos cônjuges ou companheiros no que toca ao material genético da futura criança; d) maternidade-de-substituição, que envolve a gravidez por outra mulher que não aquela desejosa por ter um filho. (GAMA, 2003, p. 723).

No tocante às técnicas homólogas, o autor afirma que o fundamento mais importante a respeito do estabelecimento do vínculo parental é “a origem biológica, o que conduz à conclusão de que o parentesco se estabelece no âmbito da consanguinidade, ou seja, trata-se de parentesco natural, de acordo com o critério estabelecido no direito brasileiro” (GAMA, 2003, p. 727). Portanto, em um primeiro momento, não se vislumbra quaisquer problemas no tocante à filiação assistida que utiliza o material genético do casal autor do projeto parental.

Em seguida, Gama (2003) elenca as técnicas de reprodução heterólogas. A respeito dessas técnicas, o autor, ao contrário do restante da doutrina, considera heterólogos apenas os métodos nos quais se utiliza o material genético de apenas um dos cônjuges ou companheiros e o de um doador. Ou seja, pode haver utilização do sêmen de doador e óvulo da mulher – hipótese mais comum ou, ainda, o sêmen do marido/companheiro e o óvulo de doadora. Sendo assim, haverá consanguinidade apenas entre o filho e um de seus genitores.

No tocante a essas técnicas, o autor informa que é importante distinguir os casos que envolvem pessoas casadas e aqueles em que existe união estável. Tratando-se de concepção heteróloga que se deu durante o casamento, há presunção de paternidade por parte do marido. Tal presunção, contudo, é relativa, podendo ser afastada no caso de haver prova de ausência de vontade manifestada

pelo marido para a utilização de técnica heteróloga. Havendo consentimento, a presunção passa a ser absoluta, nos termos do artigo 1.597, III, do Código Civil.

No que diz respeito à mulher que deu à luz à criança gerada por meio de óvulo de doadora, deve-se considerar o desejo da mulher associado à gravidez como pressupostos necessários ao estabelecimento da maternidade.

Por fim, no tocante à união estável, diante da inexistência de previsão legal de presunção de paternidade, essa deve ser comprovada judicialmente, isto é, deve haver comprovação acerca da vontade do companheiro em levar adiante o projeto parental.

Gama (2003) cita ainda uma terceira classificação, qual seja a transferência de embriões. Para o autor, essa técnica nada mais é do que uma reprodução heteróloga na qual se utiliza o material genético de doadores, sem haver qualquer vínculo biológico entre os genitores e a criança. Trata-se, portanto, de uma técnica conceptiva heteróloga “total”.

Nesses casos, a mulher receberá em seu corpo diretamente um embrião e o gestará. Trata-se de um caso bastante similar à adoção bilateral, haja vista que nem o pai nem a mãe são genitores, do ponto de vista genético, da criança a nascer. O parentesco, nesse caso, tem como origem a vontade, o risco, e a subsistência da união matrimonial ou extramatrimonial no período da transferência do embrião para o corpo da mulher solicitante.

Assim, no caso de haver matrimônio, a maternidade será definida por força da gravidez, com base no princípio da *mater semper certa est*, e, principalmente, pela vontade manifesta em engravidar, uma vez que a mulher buscou a doação de gametas para levar a cabo o seu projeto parental. A paternidade, por sua vez, será definida, independentemente de vontade, diante da presunção legal.

No tocante aos companheiros, o autor faz as mesmas ressalvas da categoria anterior, ou seja, diante da inexistência de presunção de paternidade, essa deve ser comprovada judicialmente com base na vontade do companheiro em ter o bebê.

Por fim, Gama (2003) esclarece que, embora seja semelhante com a adoção, a técnica não deve ser considerada uma hipótese de “adoção pré-natal”.

A maternidade de substituição, última categoria elencada pelo autor, pode envolver qualquer uma das técnicas mencionadas anteriormente e, tendo em vista suas peculiaridades, será mais bem analisada no próximo capítulo.

3.2 A gestação de substituição como alternativa à infertilidade

As técnicas de reprodução assistida surgiram como formas de alcançar a casais com problemas em gerar filhos o sonho da paternidade. No entanto, por vezes, ainda que com a utilização de material genético de doadores, tal desejo não pode ser realizado devido à infertilidade do casal ou quando a gravidez é contraindicada em virtude da razão médica da mulher, bem como, diante da aceitação jurídica e social, no caso de casais homoafetivos.

Para esses casos, desenvolveu-se a chamada “gestação de substituição”, também conhecida como “maternidade de sub-rogação”, “cessão temporária de útero” ou “barriga de aluguel” – vocábulo empregado erroneamente, conforme se verá a seguir, que nada mais é do que a utilização de uma terceira pessoa que se disponha a gestar o bebê do casal.

A gestação de substituição, apesar de utilizar a técnica comum de fertilização *in vitro*, na qual ocorre a união do sêmen e do óvulo na proveta, possui um diferencial: a gestação do bebê dá-se no útero de outra mulher. Portanto, conforme Mendes *apud* Lourenzon (2011, p. 6), essa técnica consiste em buscar “uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno da doadora dos óvulos não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe”. Embora não mencionada pela autora, tal técnica também pode ser utilizada por casais homoafetivos que desejam ter filhos.

Da mesma forma, Leite (1995, p. 67) ensina que a gestação de substituição é indicada a mulheres com absoluta impossibilidade de levar a termo a gravidez, como nos casos de “infertilidade vinculada a uma ausência (congenita ou adquirida) de útero, ou uma patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico, ou contraindicações médicas a uma eventual gravidez”.

Segundo Lima Neto (2001), a técnica de gestação sub-rogada é relativamente simples, principalmente quando o óvulo é da própria gestante, hipótese na qual seria inclusive dispensável a participação do médico. Nesse caso, a mulher seria inseminada pelo idealizador do projeto parental sem nenhum meio artificial de apoio, ou seja, mediante relação sexual, a fim de garantir a descendência do casal. Tal prática é antiquíssima, possuindo exemplos na Bíblia e no Código de Hamurabi – o qual, aliás, autorizava o marido, caso sua esposa fosse estéril, a manter relações sexuais com outras parceiras, desde que com intuito procriativo.

Atualmente, com o desenvolvimento de novas técnicas reprodutivas, exauriu-se a necessidade de relação sexual entre o marido e a cedente do útero, sendo a fecundação realizada por meios artificiais.

Assim, Lima Neto (2001) afirma que:

Na relação de maternidade substituta, ou maternidade sub-rogada, são partes uma mulher (e, normalmente, seu esposo ou companheiro) que, fornecedora ou não do material genético, tem o desejo de ter o filho, a titular do projeto parental, e uma mulher que, por dinheiro ou altruísmo, cederá seu útero para que nele seja desenvolvida a criança até o parto, entregando-a àquela. (LIMA NETO, in: SANTOS, 2001, p.126).

Além da existência de mais de uma mulher, há de se levar em conta a origem genética da criança a ser gestada, ou seja, quem foram os fornecedores de material genético para viabilizar a gestação. Nesse sentido, Gama (2003) enumera três possibilidades de gestação de substituição que considera mais ilustrativas:

a) a maternidade-de-substituição que envolve o embrião resultante de óvulo e espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; b) a maternidade-de-substituição que se relaciona ao óvulo e gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo, gratuitamente, para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo o sêmen utilizado na procriação o do marido que, juntamente com sua esposa, resolveu efetivar o projeto parental; c) a maternidade-de-substituição, que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que, por sua vez, não contribuiu com material fecundante. (GAMA, 2003, p. 746).

Analisando as três situações, o autor assevera que, na primeira hipótese, também mencionada por Rizzardo (2007), sob o fundamento da verdade biológica e da verdade afetiva, os cônjuges ou companheiros que buscaram a maternidade de substituição são efetivamente pais da criança. Ocorre que, para o renomado autor,

há também verdade biológica, podendo vir a surgir verdade afetiva, no tocante à mulher grávida, tendo em vista que sua participação abrange todo o período de gravidez – normalmente quarenta semanas –, fato que abre portas para diversas soluções quanto ao estabelecimento da maternidade e da paternidade.

No segundo caso, prossegue o autor, a mulher grávida é quem forneceu o óvulo, inexistindo liame biológico entre a mulher que deseja procriar e a criança que irá nascer. Dessa forma, caso seja reconhecida a maternidade a essa, restará estabelecido o parentesco civil, sendo o parentesco natural no tocante ao pai. Essa hipótese é, de longe, a que pode trazer mais conflitos após o nascimento, tendo em vista que, caso a mãe gestacional crie um vínculo afetivo com o bebê gestado, esse, sob o ponto de vista biológico, será seu filho, e não da idealizadora do projeto parental.

Essa hipótese apresenta-se como a menos indicada, haja vista que remete aos primórdios da reprodução assistida, nos casos em que havia a possibilidade de o homem manter relações sexuais com outra mulher a fim de gerar descendentes. Embora atualmente não haja mais necessidade de relação sexual entre o homem e a mulher que porventura ceda o óvulo e geste a criança, em casos de discordância acerca do estabelecimento da paternidade, a solução torna-se muito mais complexa, uma vez que, sob o liame biológico, tanto a mulher que irá gestar a criança, como o homem titular do projeto parental serão considerados pais biológicos.

Por fim, na terceira hipótese, Gama (2003) assevera que não haverá qualquer liame biológico entre o casal e a criança que irá nascer. Nesse caso, haverá parentesco consanguíneo apenas entre a mulher grávida e a criança, sendo que a possibilidade de atribuir-lhe eventual maternidade deverá dizer respeito à vontade que se construiu durante o período da gravidez.

Esse método também não se mostra adequado, pois irá existir apenas liame biológico entre a mulher que irá ceder seu útero para gestar a criança, não havendo qualquer relação para com a autora do projeto parental. Com a utilização deste método, haveria uma forma de adoção, tendo em vista que os futuros pais teriam apenas vínculo civil com a criança a ser gerada, enquanto que a doadora do útero possuiria vinculação biológica com o bebê.

Colaciona-se, ainda, uma quarta possibilidade, qual seja, a maternidade de substituição, que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo e espermatozoide de doadores. Nesse caso, não haverá liame biológico entre a criança que irá nascer e a mulher que irá gestá-la, salvo a verdade biológica citada por Gama (2003) oriunda de todo o processo da gravidez.

Essa hipótese é a mais indicada para o caso de impossibilidade de utilização do material genético do casal, tendo em vista que o fator determinante para o estabelecimento da filiação será o desejo de constituir uma família.

Portanto, a gestação de substituição prevê, em regra, existência de duas mulheres, quais sejam a mãe gestacional e a mãe biológica, doadora do material genético e titular do projeto parental. No entanto, conforme demonstrado, pode existir ainda uma terceira mulher, quando o material genético não é da titular do projeto parental nem da mulher que engravida, ou, ainda, a existência de apenas uma mulher, no caso de casais homossexuais do sexo masculino.

Assim, a maternidade pode ser vista por três aspectos, os quais, diga-se, podem misturar-se: o da doadora temporária do útero, que gesta a criança durante os nove meses e a dá à luz; o da mãe biológica que doa o óvulo; o da mãe socioafetiva, que recorreu às técnicas de reprodução assistida.

Da mesma forma, Leite (1995) diferencia a mãe portadora – aquela que apenas “empresta” seu útero, não contribuindo com seus óvulos, da mãe de substituição – aquela que, além de “emprestar” o útero, também fornece os óvulos.

Diante das diversas possibilidades mencionadas, surgem inúmeros questionamentos, principalmente no tocante ao estabelecimento da parentalidade. Assim, tendo em vista o crescimento da procura por essas técnicas, far-se-á uma análise acerca da situação jurídica da gestação de substituição no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 A gestação de substituição em face ao ordenamento jurídico brasileiro

Embora a gestação de substituição seja amplamente utilizada no Brasil, tendo o primeiro bebê oriundo da utilização de técnicas de reprodução assistida nascido em 1984, até o momento não há legislação pátria que regule o tema. Essa lacuna jurídica traz diversos problemas, tendo em vista os inúmeros questionamentos nos campos ético, jurídico e social que essa técnica traz à tona.

A regulamentação sobre a prática cinge-se a resoluções adotadas pelo Conselho Federal de Medicina, as quais, embora tragam apenas normas éticas a serem observadas pelos médicos e clínicas que trabalham com as técnicas, não possuem força de lei.

Acerca da ausência de legislação pátria sobre o tema, Cunha e Domingos (2013) lembram que as técnicas de reprodução assistida já eram bastante difundidas quando da elaboração do Código Civil de 2002:

Ocorre, contudo, que algumas evoluções da ciência que já eram realidade consolidada quando do início da vigência do Código Civil foram ignoradas de forma absurda ou então não se revestiram da devida relevância, sendo relegadas pelo legislador, dando azo ao surgimento de grande número de lacunas normativas inadmissíveis, nas mais diversas esferas.

[...]

Considerando a relevância do tema e a leniência do Poder Legislativo, atualmente tem-se socorrido em parâmetros não legislativos para apreciar as questões vinculadas à reprodução assistida, como é o caso da resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), de 16 de abril de 2013, que revogando a Resolução CFM nº 1.957/10, fixa as normas de fundo deontológico a ser seguido pelos médicos nesta seara, ainda que desprovida de eficácia *erga omnes*. (CUNHA; DOMINGOS, In: REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA, 2013, v. 6, p. 275).

Diante do silêncio legislativo acerca da possibilidade ou não de utilização dessa prática no Brasil, a doutrina divide-se. Leite (1995) considera que, diante da omissão legislativa, a prática é permitida:

Com relação à doutrina constitucional, a verdade é que, até o presente momento não existe qualquer direito constitucional apto a permitir ou proibir o recurso às “mães de substituição”. Em princípio, a omissão constitucional nessas matérias permite o emprego de todas as tecnologias reprodutivas. (LEITE, 1995, p. 411).

Em sentido contrário, Ribeiro (2002) considera impossível a utilização dessa técnica diante do critério da autoria do parto:

A barriga de aluguel está proibida no nosso sistema legal, que adotou o critério da autoria do parto como regra para a definição da maternidade. O Código Civil e o Código Penal não conheciam a possibilidade de fecundação *in vitro*. O Código Penal tratou dessa proibição no artigo 242 com o título de *Parto suposto. Suspensão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido*: Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. *Parágrafo único*. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (RIBEIRO, 2002, p. 45).

E conclui o autor:

Hoje, a solução à margem da lei tem sido o crime, chamado de adoção à brasileira, com o registro de filho alheio ou de filho de parto alheio como próprio; ou adoção aparentemente legal, mas que não está isenta de ilegalidade na medida em que está sendo adotado um descendente biológico, o que o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe. (RIBEIRO, 2002, p. 45).

Em que pese o posicionamento do autor, acredita-se que a prática da gestação de substituição não deve ser considerada como figura típica do crime previsto no artigo 242 do Código Penal. Isso porque o objetivo da lei penal era proibir que outra pessoa registrasse como seu o filho de outrem a fim de realizar uma “adoção à brasileira”. Obviamente não é isso que acontece no caso da gestação de substituição, na qual a gestante está apenas auxiliando o casal a realizar seu desejo parental.

Além disso, verifica-se que o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848) decretado em 7 de dezembro de 1940, afirma que o primeiro bebê de proveta do Brasil nasceu apenas em 1984. Portanto, resta claro que a intenção do legislador brasileiro no artigo 242 não foi criminalizar a gestação de substituição.

Gama (2003), embora faça referência à Resolução nº 1.358/1992, considera a prática da gestação de substituição atentado à dignidade da pessoa humana, na medida em que reduziria a mulher que cede seu útero para a gestação da criança à autêntica “coisa”:

Nota-se, de maneira clara, do texto da Resolução de 1992, que as regras lá estabelecidas contrariam o ordenamento jurídico brasileiro diante da violação do valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, reduzindo a mulher grávida à autêntica coisa, mesmo com o consentimento dela e sem qualquer tipo de retribuição. (GAMA, 2003, p. 854).

Ainda que considere ilícita a prática da gestação de substituição, coerentemente, o autor mencionado afirma que, diante da difusão da prática, é necessário resguardar os direitos e interesses da criança que irá nascer:

No Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais relativamente à maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a licitude da prática da maternidade-de-substituição, conforme foi analisado, mesmo na modalidade gratuita. Contudo, em havendo a prática – mesmo que de forma ilícita –, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema. (GAMA, 2003, p. 862).

Assim, tendo em vista a ausência de legislação pátria, faz-se necessária a análise das regras que norteiam a utilização das técnicas de reprodução assistida, ainda que não possuam força vinculativa, servindo apenas de guia às ações da classe médica e possivelmente, também, aos operadores do direito que, como se disse, não possuem respaldo legislativo quanto ao assunto.

Portanto, em seguida far-se-á um exame acerca do teor das resoluções sobre reprodução assistida expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, notadamente no que diz respeito à gestação de substituição.

3.3.1 Resolução CFM nº 1.358/1992

O primeiro dispositivo a tratar sobre a gestação de substituição no Brasil foi a Resolução nº 1.358 do Conselho Federal de Medicina, publicada em 19 de novembro de 1992, a qual adotou, conforme o disposto em seu artigo primeiro, “normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, [...], como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos”. Portanto, conforme estabelecido pela própria Resolução, trata-se de normas éticas morais a serem seguidas pelos médicos, não possuindo efeito vinculativo.

Embora não tenha força de lei, a Resolução nº 1.358/1992 do CFM estabeleceu, pela primeira vez, critérios para a efetivação da gestação de substituição, também nomeada pelo documento como “doação temporária de útero”. A Resolução autorizou clínicas, centros ou serviços de reprodução humana a

utilizarem técnicas de reprodução assistida a fim de realizarem a gestação sub-rogada, desde que fossem obedecidos três requisitos básicos: a) a existência de um problema médico que impedisse ou contraindicasse a gestação na doadora genética; b) o parentesco até o segundo grau entre a doadora temporária de útero e a doadora genética, sujeitando os demais casos à autorização do Conselho Regional de Medicina; c) a vedação do caráter lucrativo ou comercial da doação temporária de útero.

O primeiro requisito restou estabelecido a fim de evitar a “coisificação” da gestação, ou seja, para não permitir que um casal opte pela gestação de substituição apenas por fins estéticos ou de conforto. A gestação sub-rogada deve ser, portanto, a última alternativa ao casal, e não uma simples escolha.

O segundo requisito, qual seja, a existência de parentesco de até segundo grau entre a doadora de útero e a família da doadora de útero justifica-se, conforme Mendes *apud* Lourenzon (2011), pela crença de que, entre familiares, existe maior cumplicidade, solidariedade, compreensão e intimidade, seja em linha reta ou colateral, o que evitaria possíveis conflitos acerca da paternidade da criança entre os pais idealizadores do projeto parental e a mãe gestacional.

Por fim, a proibição do caráter lucrativo ou comercial da doação de útero, mostra-se o requisito que mais traz questionamentos na doutrina. Conforme o entendimento de Barboza (1993) e Gama (2003), essa vedação vai ao encontro do disposto na Constituição Federal, a qual em seu artigo 199, § 4º proibiu qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, *in verbis*:

§4.º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização.

No entanto, a posição dos renomados doutrinadores não é unanimidade, principalmente pelo fato de inexistir menção à gestação de substituição, bem como pelo fato de que esta técnica não envolve órgãos, tecidos e substâncias humanas, mas sim a gestação de um ser humano. Assim, conforme se verá adiante, surgem inúmeras divergências doutrinárias acerca da possibilidade de elaboração de um contrato oneroso que regule essa técnica.

3.3.2 Resolução CFM nº 1.957/2010

Em 06 de janeiro de 2011 foi publicada a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Feral de Medicina, a qual revogou expressamente a resolução citada no tópico anterior. Embora tenha trazido inovações em outras áreas, não houve alterações acerca da gestação de substituição, sendo mantido o texto do documento anterior.

3.3.3 Resolução CFM nº 2.013/2013

A Resolução nº 2.013 de 09 de maio de 2013, do Conselho Federal de Medicina, revogou a Resolução 1.957/2010 e inovou, principalmente no tocante à gestação de substituição. Os três requisitos básicos previstos nos diplomas anteriores para a utilização dessa técnica foram mantidos, com algumas modificações, bem como foram adicionados novos requisitos a constarem no prontuário do paciente.

Primeiramente, a Resolução nº 2.013/2013 adicionou ao rol de legitimados os casais homoafetivos, decisão que se mostrou em consonância com a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, a qual vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido:

A orientação sexual ou a identidade de gênero de uma pessoa não pode e não deve ser estabelecida como parâmetro ou requisito para a concessão de qualquer sorte de direito em um Estado Democrático de Direito, vez que a imposição de restrições desta natureza revela-se como uma clara e absurda ofensa aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana. (CUNHA; DOMINGOS, In: REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA, 2013, v. 6, p. 280).

Além do direito dos casais homossexuais, os autores consideram que o direito a buscar técnicas de reprodução humana assistida deve ser estendido às pessoas solteiras:

No que se refere à questão da pessoa solteira é de se entender que a imposição de qualquer impedimento também haveria de ser considerado discriminatório, vez que ante a secularização do Estado não há mais que

prevalecer o entendimento forjado pela Igreja de que caberia às pessoas o dever de casar e procriar, nesta ordem. A legislação pátria não traz qualquer regramento do sentido de possibilidade ou não de gestação, sendo esta situação uma realidade social que não cabe á norma tentar restringir. (CUNHA; DOMINGOS, In: REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA, 2013, v. 6, p. 280).

No tocante à gestação sub-rogada, o segundo requisito previsto nos diplomas anteriores foi ampliado, passando a serem consideradas aptas como doadoras temporárias do útero mulheres que pertençam à família de um dos titulares do projeto parental num parentesco consanguíneo até o quarto grau, desde que respeitada a idade limite de até 50 anos.

Acredita-se que o estabelecimento do limitativo etário aos 50 anos – criticado por vários autores – tenha se dado por questões atinentes à saúde da mulher nesta faixa de idade e às suas alterações fisiológicas e hormonais, as quais poderiam comprometer o desenvolvimento sadio do feto.

No entanto, Cunha e Domingos (2013) criticam essa limitação de idade constante no diploma, haja vista que, em algumas hipóteses, pessoas com mais de 50 anos de idade podem se mostrar aptas a levarem a cabo uma gestação tão bem quanto qualquer outra:

De outra feita, contudo, não se reveste de toda a técnica a imposição de um requisito etário no presente caso. O texto da resolução pugna que a idade máxima para as mulheres que queiram participar do processo de reprodução assistida seja de 50 (cinquenta) anos, firmando um critério inadequado, vez que ao se considerar o estabelecimento da aferição da possibilidade efetiva do tratamento esta questão estaria afastada. A presente fixação etária pode dar ensejo à impetração de mandado de segurança daquelas mulheres que venham a ser diagnosticadas em perfeitas condições de participar do processo de reprodução assistida com sucesso, mas que já tenham passado pela barreira dos 50 (cinquenta) anos. (CUNHA; DOMINGOS, In: REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA, 2013, v. 6, p. 279).

Embora tenha ampliado significativamente o rol de legitimados a buscar a gestação sub-rogada, bem como as legitimadas a doarem temporariamente seu útero para a gestação, para fins do presente trabalho, a grande novidade da resolução foi trazer documentos e observações que devem constar no prontuário do paciente junto às clínicas de reprodução.

É o teor do item nº 3 do documento:

3 – Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- relatório médico com perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;
- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Da análise dos requisitos impostos pela Resolução, verifica-se uma grande preocupação com a saúde, física e psíquica, tanto do casal idealizador do projeto parental, como da doadora temporária do útero. Tal preocupação justifica-se diante da necessidade de um acompanhamento adequado dos envolvidos para evitar futuros problemas, tais como o desejo de a mulher que está gestando a criança tê-la como sua filha.

Igualmente, destacam-se dois documentos citados pela carta deontológica: quais sejam: o “contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança” e a “garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez”. Desses requisitos depreende-se a preocupação da classe médica no momento pós-parto, ou seja, na definição, desde logo, acerca da parentalidade da criança, a qual se dá por meio de um contrato entre os envolvidos.

Cumpre salientar, contudo, que as resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina não possuem força vinculativa, sujeitando apenas os médicos a

sanções ético-disciplinares, razão pela qual se faz necessária a regulamentação do tema pelo Poder Legislativo.

Igualmente, verifica-se que a Resolução abarca apenas a hipótese de fecundação homóloga, haja vista que trata os pacientes como “pais genéticos”, ou seja, abarca apenas a fecundação homóloga, preterindo as hipóteses oriundas da fecundação heteróloga.

Portanto, no capítulo seguinte far-se-á uma análise acerca da elaboração desse contrato previsto na Resolução nº 2.013/2013 do CFM, bem como de seus requisitos e limites.

4 A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Embora não tenha força vinculante, a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina inovou, dentre outros aspectos, ao prever a necessidade de elaboração de contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), a fim de estabelecer claramente a questão da filiação da criança.

No entanto, ainda que a Resolução preveja a necessidade de firmamento de um contrato para fins de estabelecer apenas a paternidade da criança, outras matérias podem e devem ser tratadas no acordo. Questões não menos importantes também devem ser analisadas, tais como a fixação de responsabilidade acerca dos valores gastos em consultas médicas e acompanhamento psicológico, da compra de novas roupas e da alimentação da gestante, bem como da possibilidade de um pagamento a título de “lucro” para a doadora do útero.

Assim, diante dessas possibilidades, é imprescindível que seja feita uma análise acerca da classificação jurídica desse contrato, bem como de suas características e de seus limites, de forma a estabelecer claramente quais itens, além da filiação da criança, devem ser abarcados no acordo, bem como aqueles que não podem de maneira alguma ser pactuados, sempre com a observância dos princípios constitucionais, civis e atinentes aos menores.

4.1 A relação jurídica oriunda da gestação de substituição

Primeiramente, cumpre lembrar que, conforme visto no capítulo anterior, tendo em vista a inexistência de legislação pátria sobre as técnicas de reprodução assistida, utiliza-se como norma orientadora a Resolução nº 2.013/2013 do CFM. Salienta-se que, conforme mencionado, ainda que essa norma traga apenas regras de cunho moral à classe médica – como a efetivação da gestação de substituição somente pode ser realizada em clínicas especializadas – não há problema em se utilizar esta Resolução como norte para a utilização da prática até a elaboração de uma lei específica que passe a regular o tema.

A Resolução nº 2.013/2013 prevê apenas a possibilidade de realização da gestação de substituição por meio de técnicas homólogas, ou seja, com a utilização apenas de material genético do casal que deseja ter um filho. Destaca-se que, embora a Resolução não proíba expressamente a utilização de técnicas de reprodução assistida heteróloga, prevê a necessidade de “um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva”.

Portanto, da redação da norma conclui-se que o Conselho Federal de Medicina buscou proibir a realização da gestação de substituição com a utilização de material genético de terceiros. Tal redação mostra-se acertada, na medida em que, em caso de disputa sobre a guarda do menor, o fato de haver uma conexão genética entre os idealizadores do projeto parental e a criança, aliado ao elemento volitivo, pode facilitar a decisão acerca da filiação.

Sob o ponto de vista da doadora temporária de útero, embora seja utilizada uma técnica de reprodução heteróloga, tendo em vista que o material genético do bebê a ser gestado é do casal solicitante, não se observa a utilização da técnica em proveito da mulher, mas sim, do casal que busca a gestação de substituição.

Já o casal autor do projeto parental busca a efetivação de uma gestação com a utilização de seu próprio material genético sendo que a gestação apenas não se dá na própria esposa ou companheira no caso de algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, ou, ainda, nos casos de união homoafetiva.

Dessa forma, com a utilização da técnica de gestação sub-rogada, resta clara a criação de uma relação jurídica entre os interessados na gestação e a doadora temporária do útero. Tal relação jurídica dá-se na medida em que a recebedora do feto irá gestar um bebê que não possui seu material genético, sabendo, de antemão, que, após o parto, irá entregá-lo para o casal solicitante.

Assim, restando nitidamente caracterizada a relação jurídica entre a doadora temporária de útero e o casal autor do projeto parental, faz-se necessária a conceituação de obrigação para o direito civil.

Gonçalves (2012, p. 453) conceitua obrigação como “o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação”, devendo essa prestação ser “economicamente apreciável”. Embora, conforme se verá em seguida, a Resolução nº 2.013/2013, em consonância com a Constituição Federal de 1988, não permita a elaboração de contrato oneroso de gestação de substituição, tais conceitos são necessários para um melhor entendimento acerca da possibilidade de elaboração do contrato de doação temporária de útero.

Dessa forma, segundo o renomado autor, são três os elementos essenciais das obrigações:

A obrigação se compõe de elementos próprios das relações jurídicas em geral. Modernamente, consideram-se três os seus elementos essenciais:

- o subjetivo, concernente aos sujeitos da relação jurídica (sujeito ativo ou credor e sujeito passivo ou devedor);
- o objetivo ou material, atinente ao seu objeto, que se chama prestação; e
- o vínculo jurídico ou elemento imaterial (abstrato ou espiritual).

(GONÇALVES, 2012, p. 455).

O elemento subjetivo apresenta de um lado o sujeito ativo – o casal autor do projeto parental -, e de outro, o sujeito passivo – a mulher que se disponibiliza a gestar a criança sob o compromisso de entregá-la aos pais genéticos após o nascimento (LOURENZON, 2011).

Já o segundo elemento, qual seja o objeto da relação jurídica, é o ponto mais questionado na doutrina, sendo que, com base nele, alguns autores consideram ilícita a elaboração de um contrato de gestação de substituição.

Segundo Cunha e Domingos (2013), uma vez considerando-se que o objeto do contrato seria uma prestação de serviço, este seria lícito:

O ponto inicial para a presente aferição está em se definir qual seria o objeto efetivo do contrato firmado entre aquele que pretende ter um filho e a pessoa que fornecerá o útero para gestação. Possível se consignar que o objeto do contrato seria uma prestação de serviço, uma obrigação de fazer, em que aquela que gestará o embrião terá que praticar este ato em favor de seus contratantes, entregando-lhes o produto desta gestação ao cabo da gravidez. (CUNHA; DOMINGOS, In: REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA, 2013, v. 6, p. 286).

Contudo, conforme os autores, a partir do momento em que se considerar que o objeto da doação temporária de útero é a entrega de uma coisa, no caso, um ser humano, o acordo deixa de ser lícito:

Se não for este o entendimento, mas sim o de que se trata de uma obrigação de dar, no qual a doadora temporária de útero há de entregar “uma coisa” aos contratantes ao termo do contrato se estará diante de uma situação que ensejará questionamentos de alta incidência ética, com a alegação de que se trataria de um contrato que transferiria um ser humano a outra pessoa, num contexto em que não se admite a comercialização de pessoas. (CUNHA; DOMINGOS, In: REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA, 2013, v. 6, p. 286).

No mesmo sentido, considerando a entrega de uma criança como prestação ilícita:

No que tange à licitude da obrigação, faz-se o entendimento de que a entrega de uma criança não está de acordo com o direito, assim como com a moral, os bons costumes e a ordem pública. Isso posto, a entrega de uma criança não se caracteriza como uma prestação lícita, descaracterizando a licitude da obrigação. (SCUTTI, *apud* LOUREZON, 2011, p. 8).

Da mesma forma, segundo Menezes *apud* Gama (2003), deve ser considerado inexistente o contrato de gestação de substituição, ainda que celebrado de forma gratuita, pois nem o óvulo, o embrião ou o útero permitem, sob o aspecto dos elementos estruturas, a formação de um contrato tendo algum deles como objeto.

Acerca do terceiro e último elemento das obrigações, conclui Lourenzon (2011):

Por fim, evidente o vínculo jurídico criado entre as partes, consistente na relação de subordinação jurídica onde o devedor (mãe gestacional) deve praticar ou deixar de praticar algo em favor do credor (casal solicitante). Embora na relação obrigacional o credor apresente o poder de exigir a prestação, possuindo, para tanto, meios coercíveis postos pelo Estado – tutela jurídica –, na gestação de substituição a dúvida recai sobre a

possibilidade de o casal buscar judicialmente a entrega da criança. (LOURENZON, 2011, p. 9).

Portanto, conforme mencionado, não há dúvida acerca do surgimento de uma relação jurídica entre o casal que busca a paternidade e a mulher que cede seu útero e leva a cabo a gestação do bebê.

Igualmente, embora haja discordância na doutrina pátria acerca do objeto do contrato de gestação de substituição, acredita-se que o assunto deve ser deixado em segundo plano uma vez que, conforme se verá a seguir, via de regra, não se aplicam ao contrato de gestação de substituição as normas regulamentadoras dos contratos em geral.

4.2 Classificação jurídica do contrato de gestação de substituição

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização da gestação de substituição, tendo em vista que, conforme o princípio da legalidade, “tudo o que não é proibido é permitido”, aliado à Resolução nº 2.013/2013 – a qual prevê a possibilidade de aplicação do método por parte da classe médica – bem como tendo como superada a questão acerca do objeto desse contrato, faz-se necessária uma análise aprofundada de sua classificação.

Conforme mencionado, primeiramente há de ser lembrado que o contrato de gestação de substituição, ainda que se procure uma classificação dentre as modalidades contratuais previstas na legislação civil, é um contrato que deve ser analisado sob o prisma do direito de família, sempre amparado no princípio basilar da dignidade de pessoa humana.

Essa análise sob a ótica do direito de família faz-se necessária, uma vez que, conforme destaca Rizzardo (2007, p. 515), “o casal contrata com a mulher não propriamente uma atividade, ou a realização de um determinado ato, mas a gestação de um ser humano”. Portanto, ainda que as partes elaborem um contrato que defina apenas a filiação da criança, conforme determina a Resolução nº 2.013/2013, há diversas implicações que impossibilitam que a relação jurídica seja vista apenas sob o prisma da legislação contratual civil.

Dessa forma, embora não sejam observados de plano os princípios relativos ao direito contratual para fins de análises e questionamentos oriundos do contrato em comento, grande parte da doutrina que analisa a elaboração de um contrato entre o casal e a gestante discute a classificação jurídica dessa convenção.

Procurando uma classificação jurídica para o contrato de gestação subrogada, Rizzardo (2007) descarta, de imediato, tratar-se de contrato de locação de coisa, haja vista que, para a configuração dessa figura contratual há a necessidade de entrega, durante determinado período, do uso e gozo de um bem não fungível, isto é, um bem específico, fato que não acontece na doação temporária de útero:

O contrato não se enquadra como locação de coisa, na espécie de útero, pois nesta figura uma pessoa entrega para alguém – o locatário -, durante certo espaço de tempo, e mediante uma remuneração combinada, o uso e o gozo de um bem não fungível. (RIZZARDO, 2007, p 515).

A impossibilidade de classificação do contrato de gestação substituta como contrato de locação de coisa resta cristalina, na medida em que a mulher que se dispõe a gestar o bebê não efetua a entrega, pelo período de nove meses, de seu útero para o casal que deseja ter um filho, mas apenas leva a cabo a gestação em substituição à mãe biológica, diante da impossibilidade de a mesma gestar o feto.

Segundo o autor acima mencionado, a espécie contratual que melhor se aperfeiçoa à gestação de substituição é a prestação de serviços, já que essa técnica “sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais genéticos”. Entre esses compromissos assumidos pela doadora do útero destacam-se aqueles que exigem uma conduta direta da mulher, tais como uma alimentação adequada, cuidados mínimos de higiene, realização de exames pré-natais, entre outros (RIZZARDO, 2007, p. 515).

Portanto, Rizzardo (2007) conclui que:

A prestação de serviços, também conhecida como locação de serviços, é a figura que melhor se afeiçoa a esta espécie de função, encontrando-se presentes seus elementos no respectivo conceito, considerado como o contrato sinalagmático em virtude do qual uma parte (o locador) obriga-se a prestar à outra (obrigação de fazer) certos serviços, que essa outra (o locatário) obriga-se a remunerar (obrigação de dar). (RIZZARDO, 2007, p. 516).

Ainda, conforme o doutrinador, dessa contratação emergem quatro características, próprias da prestação de serviços, quais sejam: a bilateralidade, a onerosidade, a consensualidade e a comutatividade.

A bilateralidade configura-se com o acordo realizado entre as partes, segundo o qual a prestadora de serviços irá obrigar-se a gestar o bebê em troca de uma contraprestação. Já a onerosidade decorre da própria bilateralidade, uma vez que gera obrigações e benefícios para um e outro. A consensualidade, por sua vez, dá-se tendo em vista que o ato configura-se perfeito com o simples acordo de vontades, sem necessidade de forma externa ou escrita, enquanto que a comutatividade dá-se no sentido de impor a equivalência entre as prestações e as vantagens mútuas (RIZZARDO, 2007).

Nesse ponto, o posicionamento do autor destoa daquele da maioria da doutrina pesquisada, já que considera lícito o pagamento a título de lucro à mulher que irá gestar o bebê:

A remuneração não encontra parâmetros para a sua fixação. Corresponde não propriamente ao pagamento de uma atividade da pessoa, mas sim de uma função do corpo. Aí está o ponto nevrálgico das discussões, eis que o desenvolvimento do feto no ventre materno se processa por força interna de órgãos específicos, e não pela força de vontade, ou por dotes artísticos ou técnicos da pessoa. Esta a barreira que impede o avanço célere do ajuste para o campo jurídico. Não se paga pela pessoa respirar ou se alimentar, ou realizar o corpo outra função biológica. Tal rol de funções é natural. Mas justifica-se a remuneração em face da série de cuidados e postura a que se obriga a gestadora. O fato do aumento do ventre, da perda de agilidade, das constantes visitas médicas, da disponibilidade total para todas as limitações é que procura um enfoque justificativo da remuneração. (RIZZARDO, 2007, p. 516).

Em sentido contrário, Barboza (1993) considera ilícito o pagamento de qualquer quantia a título de lucro à gestante em consonância com o disposto no artigo 199, §4º, da Constituição Federal:

Entendemos que a melhor interpretação do citado dispositivo constitucional conduz a que se estenda a vedação da comercialização à hipótese ventilada, eis que o espírito da norma é impedir o comércio do corpo. Há quem tenha comparado a locação do útero à prostituição. Por conseguinte, proibido o comércio, aí deve-se incluir a remuneração a qualquer título. Afastada está, portanto, a possibilidade de locação. (BARBOZA, 1993, p. 91).

Por sua vez, Leite (1995) avalia como impossível aplicar a norma constitucional à gestação de substituição. O autor, embora também sustente a

ilicitude da cessão temporária de útero realizada de forma onerosa, considera que a proibição de pagamento decorre do disposto na Resolução nº 1.358/1992:

Contrariamente ao afirmado por Barboza, não há possibilidade de interpretação analógica do princípio constitucional às “mães de substituição”. No caso brasileiro, a vedação da comercialização existe por força da Resolução nº 1358/92, do CFM que, na seção VII (Sobre a gestação de substituição) assim dispôs, no inciso 2: “A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. (LEITE, 1995, p. 405).

Nesse ponto, vale lembrar que, embora o renomado autor mencione a Resolução nº 1.352/1992 como norma proibitiva do caráter lucrativo da gestação substituta, conforme mencionado, essa parte da redação foi mantida nas Resoluções nº 1.957/2010 e nº 2.013/2013.

Gama (2003), embora acredite ilícita a prática da gestação de substituição, posiciona-se no mesmo sentido de Barboza (1993), a qual considera impossível a remuneração da gestante por ferir diretamente a Constituição Federal:

A questão envolvendo a possível remuneração da mulher que se dispõe a engravidar é colocada fora de qualquer possibilidade jurídica, com base no artigo 199, § 4º, da Constituição Federal de 1988, mas mesmo a gratuidade não atenua a consideração da ilicitude da prática da maternidade-de-substituição que, desse modo, é proibida no direito brasileiro. (GAMA, 2003, p. 854).

Também sustentando a impossibilidade de elaboração de contrato oneroso de cessão de útero, Lima Neto (2001) considera que tal proibição decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988:

No campo específico da gestação de substituição, poderemos fazer uso do Princípio do respeito à Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1.º, III), do qual decorre que o corpo humano não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial. Por consequência, o contrato de gestação com compensação financeira não possui validade, sendo nulo por ser ilícito seu objeto. (LIMA NETO, In: SANTOS, 2001, p. 132).

No mesmo sentido, Lôbo (2009), citando Immanuel Kant, o precursor do princípio da dignidade da pessoa humana, considera contrário a esse princípio basilar da República Federativa do Brasil qualquer conduta que coisifique ou equipare uma pessoa a uma coisa disponível:

Kant, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário, seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser

objeto de troca. Diz ele: 'No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade'. Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto. (LÔBO, 2009, p. 37).

Oliveira e Borges Jr. (2000) também consideram que a prática onerosa dessa prática afronta a Constituição Federal. No entanto, concluem que, enquanto não for promulgada uma lei que venha a proibir e penalizar a prática, a realização desse contrato não é crime:

É importante observar que por ora, enquanto não há lei específica sobre o tema, a comercialização não é crime. No entanto, como já visto, afronta a Constituição Federal, o que traduz ilegalidade e produz reflexos no campo das indenizações e da validade dos atos praticados, ficando o médico que agiu com o consentimento viciado e os envolvidos passíveis de responsabilidade, se constatada a existência de dano. (OLIVEIRA; BORGES JR., 2000, p. 49).

Observa-se, dessa forma, que grande parte da doutrina brasileira julga ilícita a remuneração da prática, fato que torna inviável a classificação do contrato de gestação de substituição como contrato de prestação de serviços, já que, para a configuração dessa espécie contratual é essencial a remuneração.

Nesse sentido, conclui Lima Neto (2001):

No entanto, é nossa conclusão que no Brasil o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher portadora do material genético. (LIMA NETO, In: SANTOS, 2001, p. 140).

Assim, diante da discussão doutrinária acerca da classificação do contrato de gestação de substituição, bem como diante da dificuldade de encontrar uma classificação contratual perfeita, posto que os contratos em geral não prescindem da onerosidade, Lima Neto (2001) considera que o termo mais apropriado para definir o instrumento jurídico que vincula a mãe genética à mãe gestante seria "pacto de gestação de substituição", uma vez que tal definição:

Não envolve o vocábulo *contrato*, em que um dos elementos de existência é a economicidade (patrimoniabilidade) do objeto, e tampouco o termo *aluguel*, que passa a mesma idéia de valor econômico; não se refere a *mãe substituta*, pois a palavra *mãe*, segundo a etimologia e todas as fontes pesquisadas, é privativa daquela que dá à luz a criança, motivo pelo qual a mulher que concebeu o filho não seria *substituta*, mas a própria mãe. (LIMA NETO, in: SANTOS, 2001, p. 127).

A posição desse doutrinador está em conformidade com o disposto na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina e da maioria da doutrina pátria, os quais vedam expressamente o caráter lucrativo ou comercial da doação temporária de útero, diante da clara afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

4.3 Características do contrato de gestação de substituição

Superada a questão relativa à classificação do contrato de gestação de substituição, faz-se necessária a análise acerca das características desse acordo, bem como de seus limites. Conforme mencionado, embora se utilize a expressão “contrato de gestação de substituição”, esse pacto difere dos demais contratos de direito civil, uma vez que não observa as definições e princípios inerentes ao direito contratual, mas sim, os princípios constitucionais, civis e relativos aos infantes que visam, sobretudo, a proteger a dignidade do ser humano.

A Resolução nº 2.013/2013 prevê que, nas clínicas de reprodução, dentre outros documentos e observações, deverá constar no prontuário da gestante “o contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança”.

Aqui surge o primeiro grande empecilho. Conforme Barboza (1993):

A controvérsia maior nasce, porém, na determinação da maternidade, eis que há duas mães: a biológica, que forneceu o óvulo para fecundação, e a *incubadora*, que desenvolve a gestação. Tradicionalmente, dever-se-ia estabelecer a maternidade com relação a essa última, diante das evidenciadoras que até hoje lhe servem de base: a gravidez e o parto. (BARBOZA, 1993, p. 93).

Da mesma forma, Gama (2003) considera que, no caso da gestação de substituição, a filiação deve se basear no momento anterior à concepção, ou seja, a filiação deveria decorrer do desejo de gerar um filho, e não apenas do parto:

[...] o estabelecimento da parentalidade – incluindo, portanto, a maternidade – deve, normalmente, ocorrer por circunstâncias anteriores à concepção e, nessa linha de raciocínio, a regra deve ser a da definição da maternidade no período anterior ao início da gravidez, o que leva à desconsideração da

gravidez e do parto para o estabelecimento da maternidade. (GAMA, 2003, p. 860).

Portanto, uma vez nascido o bebê, surge um questionamento: em nome de quem deverá a criança ser registrada? Em nome de seus pais biológicos, autores do projeto parental, ou em nome da gestante? Diante desse impasse, Oliveira e Borges Jr. suscitam três soluções jurídicas para a questão:

Como primeira hipótese elencam os autores:

I) Em sendo o profissional médico a realizar o parto o mesmo que realizou o procedimento de fertilização, não tendo dúvidas sobre a maternidade, fará ele constar da declaração o nome da mãe biológica ou social, possibilitando a emissão da certidão de nascimento em nome desta. (OLIVEIRA; BORGES JR., 2000, p. 55).

Conforme os doutrinadores, essa se mostra a decisão mais apropriada, por ser a mais objetiva e aquela que demanda menor tempo. Assim, tendo o médico que realizou o parto a certeza de que a mãe é a biológica ou social, e não a que deu à luz, poderia emitir declaração de nascido vivo em nome do casal autor do projeto parental. Os autores ensinam que, nesse caso, o médico não iria incorrer em crime de falsidade, uma vez que um dos princípios que norteiam o registro civil é, justamente, o da verdade real, a qual deve ser entendida como a verdade científica, demonstrável por métodos objetivos.

Como segunda hipótese, mencionam os autores:

II) Não sendo esse o caso, emitida a declaração de nascido vivo em nome da parturiente, poderá a mãe biológica ou social requerer, ao Juiz Corregedor Permanente do Registro Civil da Comarca em que nasceu a criança, pedido de autorização para lavratura de assento de nascimento, instruindo-o com o contrato de doação temporária do útero, o laudo médico atestando o procedimento de fertilização e a declaração de nascido vivo. Nessa hipótese, o juiz, não possuindo dúvidas sobre a maternidade, mandará lavrar o registro de nascimento em nome da solicitante. Possuindo ele dúvida, poderá determinar a realização do exame de DNA para aferir a maternidade. Se houver caso de gestação de substituição com ovodoação ou doação de embriões, pode eventualmente o requerimento ser instruído com documento da prova da doação do material genético, além de laudo médico com parecer no sentido da existência da doação e, se for o caso, realizar-se-á exame genético para demonstrar que a mulher que cedeu o útero não é a mãe biológica. Em qualquer caso, persistindo a dúvida, o juiz poderá ainda ouvir tanto a mãe sedizente biológica ou social como a parturiente e só então se decidir. (OLIVEIRA; BORGES JR., 2000, p. 55).

Os autores consideram que essa hipótese é apropriada nos casos em que o médico que realizou o parto não possui certeza acerca de quem é a mãe biológica

da criança, por não haver participado do procedimento de fertilização. Nesse caso, os doutrinadores mencionam que o pedido poderia ser amparado, por analogia, pelo artigo 109 da Lei nº 6.015/1973, quando formulado pela parte interessada, ou com base no artigo 296, combinado com os artigos 198 a 204 da mesma lei, quando suscitada dúvida pelo Oficial do Cartório de Registro Civil.

Acerca dessa possibilidade concluem:

O Juiz Corregedor Permanente do Cartório de Registro Civil poderá, na esfera administrativa, decidir com rapidez e agilidade, afastando a dúvida do oficial, determinando a lavratura do assento de nascimento em nome daquele que entender ser a verdadeira mãe da criança nascida viva. Não pode o Juiz Corregedor temer poder decidir favoravelmente à mãe biológica ou social, porque tal decisão não será definitiva. Isso quer dizer que a interessada, a qualquer tempo, poderá requerer a anulação do registro e a investigação da maternidade, se entender ser a verdadeira mãe da criança. (OLIVEIRA; BORGES JR., 2000, p. 57).

Os referidos autores ainda citam a hipótese de o Juiz Corregedor entender ser a verdadeira mãe aquela que emprestou o útero. Nesse caso, caberia recurso da decisão ao Juiz Corregedor Geral da Justiça, sendo que, caso esse mantenha a decisão, sempre caberá à mãe biológica ou social o ajuizamento de ação de investigação de maternidade. Esse caso torna-se similar à terceira situação mencionada pelos doutrinadores, segundo a qual a pretensa mãe deveria ingressar em juízo com ação de anulação de registro de nascimento:

III) Realizada a declaração de nascido vivo em nome da parturiente, pode esta providenciar a certidão de nascimento em seu nome e, posteriormente, a mãe biológica ou social poderá ingressar em juízo com ação de anulação de registro de nascimento, que deverá ser concomitante com o pedido de investigação de maternidade, visando anular o registro e provar ser a verdadeira mãe da criança. (OLIVEIRA; BORGES JR., 2000, p. 55).

Situação semelhante a esta hipótese ocorreu junto à Comarca de Lajeado, Rio Grande do Sul, nos autos do processo nº 017/1.10.0005360-6. Em meados de 2010, uma mãe biológica ingressou com ação de autorização judicial para registro de nascimento, alegando ter realizado fertilização *in vitro* com seu material genético e de seu marido, utilizando útero de substituição temporária. Diante disso, requereu autorização para que a declaração de nascido vivo fosse emitida em seu nome e de seu marido, a fim de que pudessem proceder ao registro de nascimento no Registro Civil das Pessoas Naturais.

A autora juntou aos autos exame de DNA, corroborando o alegado na petição inicial, o qual comprovou de forma inequívoca a existência de liame biológico entre ela, seu marido e o bebê nascido por meio de cessão temporária de útero.

Diante disso, o julgador, levando em consideração a Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, julgou procedente a pretensão dos autores a fim de declarar o casal autor do projeto parental como pai e mãe biológicos do bebê. Em sua decisão, citou o magistrado:

Assim, diante da ausência de regulamentação legislativa específica, e não se vislumbrando indício de ilegalidade, tenho que a melhor solução para o caso em concreto coincide com o melhor interesse da criança e este consiste em se determinar a lavratura do assento de nascimento tomando por base a verdade biológica (que, no caso em tela, coincide com a verdade socioafetiva) da filiação, demonstrada no exame genético de fls. 61-64. Indubitável que a medida requestada soa por demasiado recomendada para os interesses da criança.

Na decisão em comento, verifica-se que não houve discordância acerca do estabelecimento da filiação, tendo em vista que o contrato realizado entre as partes foi cumprido, havendo, apenas, impossibilidade de efetuar o registro da criança em nome de seus pais biológicos. Portanto, observa-se que a decisão mostrou-se acertada uma vez que observou tanto o acordo efetuado entre as partes, quanto o princípio do melhor interesse da criança, essencial ao deslinde de qualquer questão relacionada às técnicas de reprodução assistida.

Portanto, na esteira da decisão mencionada, embora a Resolução nº 2.013/2013 considere necessária a elaboração de um contrato a fim de definir a filiação da criança, verifica-se que esse acordo não é suficiente para determinar a filiação, já que não há legislação que possibilite ao médico responsável pelo parto utilizar-se, desde já, do contrato para efetuar a declaração de nascido vivo em nome dos pais biológicos. Assim, até o presente momento, essa definição entre as partes não tem o condão de, por si só, permitir o registro da criança em nome dos pais biológicos.

No entanto, ainda que a Resolução do Conselho Federal de Medicina mencione apenas a necessidade de definição, via contrato, acerca da filiação do bebê, acredita-se que esse dispositivo pode, e deve, abarcar outras matérias.

Um dos principais tópicos a serem mencionadas no contrato diz respeito à questão do pagamento das despesas da gestante, seja com alimentação, roupas ou médicos. Nesse ponto, cumpre salientar que o objetivo deve ser o gasto com despesas efetivas da gestante, descaracterizando, portanto, o pagamento de qualquer quantia a título de lucro.

Ao concordar levar a cabo a gestação de um bebê de outro casal, a paciente aceita, ainda que tacitamente, as diversas responsabilidades advindas da maternidade, tais como comparecer a consultas pré-natais, alimentar-se de forma saudável, abster-se de realizar atividades danosas ao bebê – a exemplo de fumar, beber excessivamente ou praticar esportes contraindicados. Além disso, a gestante também fica ciente, desde o início, de que seu corpo irá sofrer alterações, como o ganho de peso, perda da mobilidade, alterações hormonais e o crescimento dos seios.

As despesas médicas necessárias à efetivação da prática, bem como aquelas oriundas da gestação, devem ser abarcadas pelo casal que deseja ter um filho. No entanto, a questão torna-se mais nebulosa no que diz respeito às despesas médicas extraordinárias, as quais, por vezes, podem decorrer de atos incompatíveis com a gestação, ou ainda de força maior ou caso fortuito.

Se, por exemplo, a gestante vier a sofrer um acidente automobilístico e houver a necessidade de internação hospitalar, realizando ela gastos extraordinários, pergunta-se: esses gastos extras cumprem aos genitores ou à gestante? Nesse caso, em uma primeira análise, parece-nos que as despesas devem ser bancadas pelos pretensos genitores, posto que os custos são oriundos da situação gravídica da mulher, fato que se dá devido ao acordo de vontades entre os envolvidos.

Mas, e se a internação decorrer de ato exclusivo da gestante que venha a colocar em risco a saúde do bebê? Ainda assim os gastos devem ser arcados pelos genitores? Por se tratar de situação oriunda de falha da gestante, parece que caberia a ela o pagamento das despesas. Nessa hipótese, e se a gestante negar-se a efetuar o pagamento, colocando em risco a saúde do bebê? Deveriam os

pretensos genitores efetuar o pagamento? E teriam eles direito a buscar ressarcimento pelo gasto em ação cível?

Outra situação que aparenta ser simples, mas pode vir a gerar problemas diz respeito à aquisição de roupas durante a gestação. Quem deve pagar pelas roupas? O casal que deseja ter um filho, uma vez que as alterações físicas da gestante decorrem da gravidez? E se o casal não concordar com as roupas compradas pela gestante, desejando limitar a aquisição de trajes ou estabelecer um valor mensal a ser gasto?

Embora tais situações pareçam de menor importância, podem gerar diversos problemas durante a gestação, razão pela qual é imprescindível que constem no contrato que será efetuado antes da gestação de substituição a fim de evitar futuros problemas. Aliás, quanto mais previsões contratuais, menos problemas futuros.

Assim, diante dos problemas que possam surgir durante a gestação e após o parto, cumpre analisar de que forma será efetuada a execução do contrato.

Conforme mencionado, o contrato de gestação de substituição, embora se utilize o vocábulo “contrato”, não se trata de um contrato aos moldes do direito obrigacional tendo em vista as inúmeras peculiaridades mencionadas. Por se tratar de um pacto que tem por objetivo decidir o futuro de uma criança, seu cumprimento deve ser realizado tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido Leite (1995) dispõe que:

Na realidade, em matéria de “mães de substituição”, mesmo que se leve em consideração os interesses das partes (casal solicitante e mãe gestadora) em relação ao contrato, as conveniências da criança é que são relevantes e devem sempre se sobrepor a todas as demais considerações. (LEITE, 1995, p. 411).

Da mesma forma, Barboza (1993, p. 95) doutrina que “o entendimento dominante inclina-se por atender o interesse do menor”, sendo que, em havendo conflito entre a mãe genética e gestacional, “há de prevalecer o interesse prioritário do filho”, devendo a maternidade ser atribuída “àquela que comprovadamente oferecer melhores condições para a criança”.

De outro lado, Lima Neto (2001) considera que, por se tratar de acordo cujo objeto é ilícito, a única forma de o casal autor do projeto parental adquirir a paternidade da criança é no caso de haver concordância da gestante, sendo que, se esta se negar a entregar a criança, o casal não poderá valer-se do contrato estabelecido para executar o cumprimento do acordo:

Na doutrina e leis pesquisadas, como visto antes, a mãe é aquela que deu à luz, de tal sorte que a única possibilidade de a *genitrix* ficar com a criança é se a *gestatrix* entrega-la *voluntariamente* para *adoção*. A contratante (*genitrix*) não poderia valer-se da convenção para obrigar a contratada (*gestatrix*) porque o objeto do acordo é ilícito porque contrário aos bons costumes, pois trata uma pessoa como objeto, o que fere os princípios antes mencionados. (LIMA NETO, In: SANTOS, 2001, p. 140).

Oliveira e Borges Jr. (2000) concluem que, enquanto não houver lei determinando o contrário, o acordo realizado entre as partes a fim de definir a filiação da criança não é absoluto, devendo os conflitos dele decorrentes serem analisados, caso a caso, pelo Poder Judiciário:

Pela lei atual, o valor da convenção sobre a doação temporária do útero com a entrega da criança, enquanto não há lei determinando o contrário, não é absoluto, tendo em vista a natureza dos direitos envolvidos. Isso significa que, na inexistência de determinação legal quanto ao estado de filiação para a hipótese de maternidade de substituição, havendo ulterior disputa entre a mãe genética/social e a mãe substituta, caberá ao Poder Judiciário a análise do caso concreto, sendo certo que serão preponderantes as conveniências da criança. (OLIVEIRA; BORGES JR., 2000, p. 49).

Assim, observa-se que a elaboração do contrato de gestação de substituição é um importante parâmetro a ser utilizado a fim de resolver futuros conflitos decorrentes da técnica. No entanto, esse acordo não possui eficácia executiva, não sendo absoluto, já que, por se tratar de uma técnica que irá culminar no nascimento de um ser humano, não podem os pretensos pais atuarem como se estivessem lidando com um bem qualquer. Todas as decisões devem observar os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, a fim de dirimir os problemas da melhor maneira possível.

5 CONCLUSÃO

Originalmente, a filiação conceituava-se como o vínculo existente entre o filho e as pessoas que o geraram, ou seja, o pai que contribuiu com o material genético, e a mãe que, além de contribuir com sua carga genética, o gestou. Ocorre que esse conceito de filiação vem sofrendo uma constante evolução, tendo em vista não só o surgimento e a proliferação das técnicas de reprodução assistida, como também o desenvolvimento social e a própria modificação do conceito de família.

Conforme mencionado no primeiro capítulo da presente monografia, com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, foram extintas as nomenclaturas discriminatórias que existiam para com os descendentes que não correspondiam ao conceito tradicional de filho. Atualmente, portanto, o afeto superou o fator biológico, não mais importando quem forneceu material genético ou quem o gestou. O fator que passou a ser levado em consideração é o desejo de ser pai e mãe aliado ao desejo de ser filho.

Esse alargamento do conceito de filiação, além de ser uma consequência, também, do surgimento de novas técnicas de reprodução assistida, permitiu sua utilização em maior escala delas, haja vista o seu reconhecimento jurídico. Essas técnicas de auxílio à reprodução visam suprir a impossibilidade do casal de ter um filho, desejo considerado inerente à natureza humana.

No segundo capítulo, viu-se que as técnicas de reprodução assistida podem ser desenvolvidas das mais diversas formas, desde o auxílio psicológico do casal até a intervenção laboratorial a fim possibilitar a gestação. Essas técnicas distinguem-se

entre homólogas – quando se utiliza o material genético do casal que busca a procriação – e heterólogas – quando há necessidade de utilização de material genético de doadores. Os métodos homólogos são os mais indicados, uma vez que, além do vínculo afetivo que irá ser estabelecido entre pais e filho, haverá também a vinculação biológica. No entanto, há casos em que, seja por infertilidade ou algum outro empecilho, seja por tratar-se de casais homoafetivos, faz-se necessária a utilização de material genético de doadores, hipótese em que se utilizam as técnicas heterólogas.

Dentre as técnicas de auxílio à reprodução, salienta-se a fertilização *in vitro*, método do qual decorre a gestação de substituição. Na fertilização *in vitro*, realiza-se a fecundação do óvulo pelo espermatozoide em laboratório, para, em seguida, ser introduzido o embrião no útero da mulher.

Embora a fertilização *in vitro* solucione diversos casos em que não há possibilidade de fecundação no útero da mulher, há casos em que a mulher não pode levar a cabo uma gestação por problemas físicos ou biológicos ou no caso de a gestação colocar em risco sua saúde. Nessas hipóteses, a fim de concretizar o desejo do casal de procriar, é possível que se utilize a gestação de substituição, técnica que nada mais é do que um desdobramento da fertilização *in vitro*, sendo o embrião introduzido no útero de outra mulher. Assim, de pronto percebe-se que, embora não seja complexa do ponto de vista médico, a gestação de substituição traz liames complicados nos campos jurídico, ético e social.

Conforme visto na presente monografia, a gestação por outrem, ainda que utilizada no Brasil há anos, não possui regulamentação legal. Toda a regulação do tema cinge-se a resoluções do Conselho Federal de Medicina, o qual, desde a Resolução nº 1.352/1992, busca regular o tema. Assim, embora não tenha força vinculante, constituindo-se de normas de cunho ético a serem observadas pela classe médica, é com base nessas resoluções, na Constituição Federal e nos princípios que se pautam as discussões acerca do tema.

Atualmente encontra-se em vigor a Resolução nº 2.013/2013. Essa Resolução substituiu a Resolução nº 1.957/2010, e trouxe grandes inovações no tocante à gestação substituta, sendo que o Conselho Federal de Medicina, desde 1992, prevê

três requisitos principais à utilização dessa técnica: a existência de algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética; a necessidade de a doadora temporária de útero pertencer à família de um dos parceiros autores do projeto parental; e a vedação do caráter lucrativo ou comercial da doação temporária de útero.

Com a Resolução publicada em 09 de maio de 2013, o primeiro e o segundo requisitos tiveram seu leque ampliado, sendo possibilitada a utilização da técnica para os casais homoafetivos, bem como se expandiu o parentesco consanguíneo entre a doadora de útero e um dos parceiros do segundo para o quarto grau, estabelecendo-se o limite de idade de até 50 anos.

Além desses requisitos básicos, constantes nas outras resoluções do órgão médico, a Resolução nº 2.013/2013 inovou ao estabelecer diversos documentos e observações que deveriam passar a constar no prontuário do paciente. Diante dos documentos citados pelo Conselho Federal de Medicina, observa-se uma maior preocupação por parte da classe médica acerca do acompanhamento psicológico dos envolvidos, tendo em vista as peculiaridades da prática.

Dentre os documentos exigidos pela Resolução, para fins do presente trabalho, destacou-se a necessidade de elaboração de um contrato entre os pais genéticos e a doadora temporária do útero a fim de estabelecer clara e antecipadamente a questão da filiação da criança.

Como o objetivo geral do trabalho estava centrado na (im)possibilidade de elaboração de um contrato de gestação de substituição no ordenamento jurídico brasileiro, o capítulo final partiu da verificação da relação obrigacional existente entre os envolvidos na técnica para, em seguida, analisar a classificação e as características desse acordo.

Nesse capítulo salientou-se que, embora o documento do Conselho Federal de Medicina mencione apenas a necessidade de elaboração do contrato para definir a filiação da criança, acredita-se que outros itens tais como o pagamento das despesas médicas, com roupas, com alimentação e outras despesas extraordinárias decorrentes da gestação, podem e devem ser adicionados ao acordo.

Tendo em vista que a Resolução nº 2.013/2013 utiliza a expressão “contrato”, bem como diante da ausência de legislação sobre o tema, a doutrina analisa a possibilidade jurídica de classificação desse contrato, haja vista que esse termo remete ao direito civil obrigacional, cujos princípios diferem muito daqueles levados em conta ao direito de família.

Primeiramente, mencionou-se que não há dúvida acerca da existência de relação jurídica entre os envolvidos na gestação de substituição. As controvérsias têm começo quando se busca adequar a gestação de substituição ao conceito de obrigação. Conforme demonstrado, são três os elementos essenciais das obrigações: o subjetivo, o objetivo e o vínculo jurídico. No que diz respeito ao primeiro e ao último elemento, verificou-se que não há discussões na doutrina, cingindo-se os questionamentos acerca do elemento objetivo.

Para alguns autores, o objeto do contrato de gestação seria a entrega de uma coisa, ou seja, de um ser humano, sendo, portanto, ilícita a obrigação, diante da impossibilidade, tanto ética quanto jurídica, de entregar uma pessoa como objeto de um contrato. De outro lado, alguns autores consideram o objeto desse contrato como uma prestação de serviço, fato que tornaria a obrigação lícita.

Levando-se em consideração que o objeto da gestação de substituição é uma prestação de serviço sendo, portanto, lícito, partiu-se para a tentativa de classificação jurídica desse contrato. Verificou-se que a parte da doutrina considera viável a classificação do contrato de gestação por outrem como um contrato de prestação de serviços. Ocorre que, conforme visto, uma das características dessa modalidade contratual é a onerosidade, fato considerado ilícito diante do artigo 199, §4º, da Constituição Federal, e dos princípios jurídicos inerentes aos direito de família, além de contrário à Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Dessa forma, considerou-se que não é possível classificar o “contrato de gestação de substituição” em nenhuma figura contratual do direito obrigacional.

Outro ponto questionado no decorrer da monografia e que corrobora a conclusão acima diz respeito à obrigatoriedade do cumprimento desse acordo. No caso de descumprimento do contrato por alguma das partes, como, por exemplo, no caso da negatória de entrega do bebê após o parto, questionou-se acerca da

possibilidade de ajuizamento de uma ação de execução para fins de buscar e apreender a criança e cumprir o contrato.

Obviamente que, por se tratar de um ser humano, observou-se a impossibilidade de ajuizar uma ação de execução de título extrajudicial no caso de descumprimento do contrato por alguma das partes. Qualquer problema que venha a surgir para a obrigação deve ser resolvido tendo como base os princípios da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

Assim, diante da análise do problema proposto para este estudo – se é possível elaborar um contrato de gestação de substituição no Brasil e, caso se entenda possível, quais os seus limites – pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é verdadeira, na medida em que, diante da ausência de regulamentação legal sobre o tema, bem como pela Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina que exige um contrato entre as partes, é possível elaborar um contrato de gestação de substituição.

No entanto, conforme visto, ainda que se utilize exaustivamente o vocábulo “contrato”, não se trata, efetivamente, de um “contrato de gestação de substituição”, analisado sob o prisma do direito obrigacional. Os “contratos” elaborados, seja no que diz respeito à filiação da criança, seja no tocante às demais cláusulas constantes no acordo, devem ser resolvidos judicialmente, levando em consideração o melhor interesse da criança, servindo esse pacto apenas como uma “carta de intenções” das partes, sem qualquer força vinculativa, sob pena de ferir-se um dos fundamentos da Constituição Federal: o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa H. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 07 set. 2014.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 31 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em 07 set. 2014.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Comarca de Lajeado. Processo de jurisdição voluntária nº 017/1.10.0005360-6. Sentença. Requerentes: V. M. P. J., A. J. e C. de S. Julgador: Luís Antônio de Abreu Johnson. Lajeado, 1º de março de 2011.

BRAUNER, Maria C. C. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos**: planejamento, elaboração e apresentação. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012. E-book. Disponível em: <www.univates.br/biblioteca>. Acesso em: 05 jun. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.013/2013**. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/24675-resolucao-n-175-de-14-de-maio-de-2013>>. Acesso em 06 jun. 2014.

CORRÊA, Marilena C. D. V. Bioética e reprodução assistida. Infertilidade, produção e uso de embriões humanos. In: LOYOLA, Maria A. (Org.) **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Brasília: LetrasLivres, 2005. p. 49-80.

CUNHA, Leandro R. da; DOMINGOS, Terezinha de O. Reprodução humana assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM). In: **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. 6. p. 273-290.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

FUJITA, Jorge S. Filiação. In: BARBOSA, Águida A.; VIEIRA, Claudia S. (Coords.) **Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 190-205.

GAMA, Guilherme C. N. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil esquematizado v. 1**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Eduardo O. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA NETO, Francisco V. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria C. C. L. (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias: de acordo com a Lei n. 11.698/2008. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Código Civil comentado** – direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

LOUREIRO, Claudia R. O. M. S. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOURENZON, Patrícia M. Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torna-lo obrigatório? **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 4, p. 1129, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.univates.br/biblioteca/revista-dos-tribunais-online>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Deborah C. A. de; BORGES JR., Edson. **Reprodução assistida**: até onde podemos chegar? : compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Diulas C. Reprodução Medicamente assistida: parentalidade contratual e biológica Controvérsias e Certificações. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?** : diferentes perspectivas do direito brasileiro. Brasília, Letras Livres, 2002. p. 33-49.

SÁ, Maria F. F.; NAVES, Bruno T. O. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

