

A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Felipe Redecker Landmeier¹, Alice Krämer Iorra Schmidt²

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. Este artigo problematiza a possibilidade de elaboração e a eficácia de um contrato de gestação de substituição no sistema jurídico brasileiro. Objetiva avaliar a validade e a eficácia jurídica desse pacto. Utiliza o método dedutivo e técnicas bibliográficas e documentais. A hipótese, confirmada ao cabo, é de que a elaboração do contrato de gestação de substituição é lícita, mas, embora utilize o vocábulo “contrato”, o documento não passa de uma “carta de intenções” entre os envolvidos, sendo que os questionamentos devem ser resolvidos pelo judiciário.

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

1 INTRODUÇÃO

O desejo de procriar e transmitir seu material genético a seus descendentes é inerente a quase todo ser humano. 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 se tratar 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.

Dentre as inúmeras técnicas existentes, destaca-se a gestação de substituição, que consiste na cessão do útero de uma mulher a fim de que ela

1 Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNIVATES. Oficial Escrevente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: feliperl_frl@hotmail.com

2 Professora do Centro Universitário UNIVATES. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra-Portugal. E-mail: alice.iorra@univates.br

geste o filho de outro casal. Diante disso, questiona-se acerca da possibilidade de elaborar um contrato entre as partes e sua eventual eficácia.

Utilizando o método dedutivo e técnicas bibliográficas e documentais, o objetivo geral do presente trabalho é avaliar a validade e a eficácia jurídica de elaboração de um contrato de “gestação de substituição”. A hipótese é de que é lícito elaborar o contrato, mas o documento não possui eficácia plena, servindo apenas para demonstrar a intenção das partes e auxiliar o juiz a decidir eventuais lides.

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, ou, ainda, 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 uma criança e, com o parto, entregá-la ao casal autor do projeto parental.

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.

Segundo Lima Neto (2001), a técnica de gestação sub-rogada é relativamente simples, principalmente quando o óvulo é da própria gestante. No passado, aliás, havia a possibilidade de dispensar a participação do médico nesse processo, eis que 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 remonta épocas antiquíssimas, 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 – precisamente, em laboratório.

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).

Além das hipóteses mencionadas pelo doutrinador, menciona-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. É nesse sentido, inclusive, a determinação do Conselho Federal de Medicina, conforme se verá a seguir.

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.

3 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM FACE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora a gestação de substituição seja 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 regulamente 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, p. 275) lembram que as técnicas de reprodução assistida já eram bastante difundidas quando da elaboração do Código Civil de 2002, sendo que “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”.

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. Em sentido contrário, Ribeiro (2002) considera impossível a utilização dessa técnica diante do critério da autoria do parto, considerando, inclusive, tratar-se do crime previsto no artigo 242 do Código Penal.

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”. 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.

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, aos operadores do direito que, como se disse, não possuem respaldo legislativo quanto ao assunto.

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 vai ao encontro do disposto na Constituição Federal de 1988, a qual, embora não tenha abordado diretamente o tema em questão, vedou, em seu artigo 199, §4º, qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas.

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 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.

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 (cinquenta) anos.

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.

Dentre os requisitos impostos pela Resolução, 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”. Dessas condições 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.

Cumprir lembrar, 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 trata os pacientes como “pais genéticos”, e, dessa forma, abarca apenas a fecundação homóloga, preterindo as hipóteses oriundas da fecundação heteróloga.

4 A (IM)POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE 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, além de estabelecer 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, a compra de novas roupas e a alimentação da gestante, bem como a 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

Conforme mencionado, 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, 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”.

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.

Dessa forma resta clara a criação de uma relação jurídica entre os interessados na gestação e a doadora temporária do útero, 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 e fornecedor do material genético.

Assim, restando caracterizada uma relação jurídica entre as partes, bem como para um melhor entendimento acerca da possibilidade de elaboração do contrato de doação temporária de útero, deve ser analisado se esse vínculo constitui uma obrigação, nos termos da legislação 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”. Dessa forma, segundo o renomado autor, são três os elementos essenciais das obrigações: o subjetivo, o objetivo ou material e o imaterial ou vínculo jurídico.

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. 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, uma vez que “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, p. 286).

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, p. 9) que resta “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)”, lembrando que, na hipótese de gestação de substituição, as dúvidas recaem sobre o poder de exigir a prestação, ou seja, sobre a possibilidade de o casal buscar judicialmente a entrega da criança.

Portanto, conforme mencionado, não há dúvida acerca do surgimento de uma relação jurídica entre as partes.

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 salientado 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 sub-rogada, 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. Tal posicionamento parece adequado uma vez 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 desta 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).

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.

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, sob a justificativa de que “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” (RIZZARDO, 2007, p. 516). Assim, conforme o renomado autor, “o fato do aumento do ventre, da perda de agilidade, das constantes visitas médicas, da disponibilidade total para todas as limitações é o fator justificante da remuneração”.

Em sentido contrário, Barboza (1993) entende ilícito o pagamento de qualquer quantia a título de lucro à gestante em consonância com o disposto no artigo 199, §4º, da Constituição Federal, haja vista que, para a doutrinadora, o espírito da norma é impedir o comércio do corpo.

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.

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.

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

Também sustentando a impossibilidade de elaboração de contrato oneroso de cessão de útero, Lima Neto (2001) considera nulo tal contrato, afirmando a 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, segundo o qual o corpo humano não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial. Posicionamento similar é adotado por Oliveira e Borges Jr. (2000).

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).

Observa-se, dessa forma, que grande parte da doutrina brasileira considera 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 prescindam 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 ideia 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, haja vista que, conforme Barboza (1993, p. 93): “há duas mães: a biológica, que forneceu o óvulo para fecundação, e a *incubadora*, que desenvolve a gestação”.

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.

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. (2000) suscitam três hipóteses e suas consequentes soluções jurídicas.

A primeira hipótese seria aquela na qual o médico que realiza o parto é o mesmo que realizou o procedimento de fertilização. Nesse caso, não tendo dúvidas acerca da maternidade, fará constar na declaração o nome da mãe “biológica ou social”, a fim de possibilitar a emissão da certidão de nascimento em nome desta.

Conforme os doutrinadores, essa se mostra a decisão mais apropriada, por ser a mais objetiva e aquela que demanda menor tempo. 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, os autores mencionam o caso em que a declaração de nascido vivo é realizada em nome da parturiente. Nesse caso, para os autores, caberia requerimento por parte da mãe biológica ou social, ao Juiz Corregedor Permanente do Registro Civil da Comarca em que nasceu a criança, devendo o mesmo ser instruído com contrato de doação temporária do útero, laudo médico atestando a fertilização e a declaração de nascido vivo. Assim, não havendo dúvida, poderia o juiz mandar lavrar registro de nascimento em nome da solicitante e, em caso de dúvida, determinar a realização de exame de DNA ou a oitiva da mãe sedizente biológica ou social e da parturiente.

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, o qual seria realizado em nome da parturiente.

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.

Dessa forma, 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 acordo 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 se negar 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 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.

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 a análise dos conflitos dele decorrentes ser realizada, caso a caso, pelo Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

Destarte, conclui-se pela possibilidade de elaboração de um contrato de gestação de substituição. A Resolução nº 2013/2013 do CFM prevê a necessidade de elaboração de contrato de gestação de substituição para definir a questão da filiação da criança. Conforme visto, para grande parte da doutrina, tal técnica e a elaboração do contrato – gratuito – é possível. Além disso, embora o CFM preveja a necessidade de elaboração de contrato apenas para determinar a filiação da criança, observa-se que é possível, e aconselhável, acrescentar outras cláusulas ao acordo, tais como gastos hospitalares ordinários e extraordinários, custas com roupas e alimentação, dentre outros.

Esse contrato deve ser visto como um importante parâmetro a ser utilizado para resolver futuros conflitos. No entanto, conforme a hipótese trabalhada, 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.

Assim, 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. 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.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM ° 1.358/1992**. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM ° 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM ° 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.

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.

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.

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.

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

RIBEIRO, Diaulas 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.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.