

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: ENTRE AUTONOMIA E VULNERABILIDADE¹

SURROGATE MOTHERHOOD: BETWEEN AUTONOMY AND VULNERABILITY

Taisa Maria Macena de Lima*

Maria de Fátima Freire de Sá**

Resumo

O objetivo deste texto é analisar a técnica de reprodução assistida, denominada gestação de substituição, à luz do Direito Contratual estabelecido no CCB, ressaltando, de um lado, a autonomia dos participantes dos contratos celebrados para viabilizá-la e, de outro, a situação de vulnerabilidade da mãe substituta que, voluntariamente, aceita gestar filho de outrem.

Palavras-chave: Gestação de substituição. Contrato. Direito ao próprio corpo. Vulnerabilidade.

Abstract

The scope of this text is to analyze the assisted reproductive treatment, called surrogate motherhood, from the perspective of Contractual Law, emphasizing, on the one hand, the autonomy of the participants of the contracts celebrated to make it viable and, on the other hand, the situation of vulnerability of surrogate mother who willingly accept to carry the child of another.

Keywords: Surrogate Motherhood. Contract. Right to own body. Vulnerability.

Artigo submetido em 02 de Abril de 2018 e aprovado em 05 de Maio de 2018.

¹ Este artigo está sendo também publicado em livro e atualizado com a Resolução CFM no.2.168/2017.

* Doutora e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Professora dos Programas de Graduação e Pós-graduação *stricto sensu* em Direito na PUC Minas. Desembargadora do Trabalho. Ex-bolsista do DAAD – Serviço alemão de intercâmbio acadêmico.

** Doutora em Direito pela UFMG e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora dos Programas de Graduação e de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito na PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito - CEBID. Advogada.

1 A EVOLUÇÃO DAS NORMAS DEONTOLÓGICAS SOBRE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

No Brasil, tornou-se muito conhecida a expressão “barriga de aluguel” para designar a possibilidade médica de uma mulher ser mãe em decorrência da gestação de outra mulher. Esta realidade já expõe duas questões jurídicas relevantes. A primeira é a quebra de um paradigma milenar das relações materno-filiais segundo o qual a maternidade é sempre certa; a segunda questão diz respeito à possibilidade de uma mulher, mediante pagamento, gestar filhos de outras pessoas.

Diante da novidade da prática, foi necessário reinterpretar as normas jurídicas sobre o estabelecimento da filiação para viabilizar a utilização dessas técnicas de reprodução assistida, independentemente, de alteração legislativa. Com efeito, pode-se afirmar que o Brasil se alinha entre os países que considera lícita a gestação de substituição, a despeito de inexistir norma legal sobre o tema. Toda regulamentação está contida em normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina.

Em 1992, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.358 que, durante dezoito anos, disciplinou a prática da “doação temporária de útero”, expressão utilizada para referir-se à gestação de substituição. É interessante notar que a utilização da palavra doação (contrato gratuito nos moldes do Direito Civil) revela que o próprio Conselho Federal de Medicina proibiu o ajuste de pagamento pela gestação entre a gestante e os futuros pais da criança. Além disso, ao permitir que clínicas, centros ou serviços de reprodução humana realizassem a técnica, limitou-a aos casos em que houvesse problema médico a impedir ou contraindicar a gravidez da doadora genética e, ainda, exigiu que a gestante tivesse parentesco até segundo grau com a doadora genética. Na realidade, a doadora genética seria a futura mãe da criança e a gestante somente poderia ser mãe, filha ou irmã da mãe genética e jurídica. Abriu-se, no entanto, a possibilidade de os Conselhos Regionais de Medicina avaliarem outros pedidos de utilização da técnica em gestante que não atendia o requisito do parentesco com a mãe genética até segundo grau.

A Resolução n. 1.358 foi substituída pela Resolução CFM n. 1.957/2010 que, no entanto, quanto à gestação de substituição, manteve as mesmas regras. Somente em 2013, com a publicação da Resolução n. 2.013 é que foram introduzidas alterações significativas na disciplina deontológica da gestação de substituição, sobretudo, em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade

familiar (ADI 4.277 e ADPF 132).

Dentre essas modificações destacamos: a) a extensão do uso da técnica pelos parceiros homoafetivos; b) a possibilidade de a gestante pertencer à família de qualquer um dos pais jurídicos, e a ampliação do parentesco consanguíneo do segundo para o quarto grau civil; c) a limitação da idade da gestante a cinquenta anos.

Das regras introduzidas pela Resolução CFM n.2.013/2013, a fixação da idade máxima da gestante a cinquenta anos foi a que suscitou grande controvérsia, porquanto “a limitação de direitos das pacientes não pode ocorrer por intermédio de uma normativa de órgão autárquico, que tem abrangência tão somente de regulação interna.”² A imposição da idade feita pelo Conselho Federal de Medicina não passou pelo crivo da juridicidade, como se percebe da decisão do TRF da 1ª Região³ que, baseando-se na Recomendação do Enunciado 41 da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, decidiu que a limitação de idade afronta a liberdade de planejamento familiar assegurada constitucionalmente.

Em 24 de setembro de 2015 foi editada a Resolução CFM n. 2.121 que, se não afastou o limite etário para as candidatas para a gestação de reprodução humana assistida, abriu espaço para, caso a caso, verificar a possibilidade de aplicação da técnica a mulheres com mais de cinquenta anos: “As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.” (n.3, Item I, Princípios Gerais).

Em 10 de novembro de 2017 foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução CFM n.2.168 que, relativamente à gestação de substituição, não trouxe regras novas, apenas explicitou que a técnica pode ser usada por pessoas solteiras – o que, do ponto de vista técnico-jurídico já era incontroverso, porquanto o item II da Resolução anterior e da atual, já constava que todas as pessoas capazes podem fazer uso das técnicas de reprodução assistida – e alterou a nomenclatura da mãe de substituição de doadora para cedente.

No que diz respeito ao limite etário, a Resolução CFM n. 2.168/2017 manteve a regra anterior que disponibiliza a técnica a mulheres de até cinquenta anos, explicitando os critérios para excepcionar a regra, nestes termos (parágrafo 2º, item I – Princípios Gerais):

As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos

² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 153.

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Agravo de Instrumento n. 0055717-41.2014.4.01.0000/MG*. Desembargadora Maria do Carmo Cardoso. Diário de Justiça. Publicado em 01 dez. 2014.

fundamentados pelo médico responsável quanto a ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia do paciente.

Em que pese toda a controvérsia acerca da legitimidade de um Conselho profissional desenhar o regime jurídico da gestação de substituição em um país, não há dúvida de que em face da ausência de norma legal as prescrições deontológicas vêm desempenhando papel relevante na efetivação do direito ao livre planejamento familiar. Todavia, não há como deixar de enfrentar os problemas decorrentes da inoponibilidade de tais normas a todos, porquanto sua eficácia deveria limitar-se aos profissionais da Medicina. Assim, os cartórios não estão sujeitos a respeitar tais resoluções, o que vinha gerando conflitos no momento de registro da criança como, por exemplo, a recusa de fazer constar, como mãe, a mulher que não chegou a engravidar porque fez uso da técnica de gestação de substituição.

2 O CONTRATO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Tradicionalmente, a noção de contrato estava ligada à celebração de negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes regulavam os efeitos patrimoniais que visavam a atingir. Noutras palavras, a ideia de regulação de interesse patrimonial permeou a conceituação desta categoria jurídica.

Autores contemporâneos que escrevem à luz do Código Civil de 2002 adotam essa definição de cunho patrimonialista, a exemplo de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas próprias vontades.”⁴

Caio Mário da Silva Pereira, autor clássico de Direito Civil, no entanto, conceitua o contrato de forma mais ampla: “Contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.”⁵

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de direito civil*. Vol. 4, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2016, p.53.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.7.

Essa formulação é suficientemente ampla para abrigar questões de natureza patrimonial e não patrimonial.

A extensão do conceito de contrato à autorregulamentação de interesses de natureza não patrimonial se, de um lado, encontra resistência pelos mais apegados à tradição, por outro lado, propõe a quebra de um paradigma e a evolução do conceito, que se justifica quando se constata quão intimamente ligados podem estar os interesses patrimoniais com os interesses não patrimoniais, também chamados existenciais.

Os contratos de direito da personalidade exemplificam essa nova realidade. Por eles podem ser prefixadas as consequências econômicas do exercício de direitos da personalidade, tais como, direitos do autor, direito à imagem, direito a voz, entre outros. Também podem ser assegurados direitos e fixados deveres de conteúdo não patrimonial.

Quando se enfrenta a questão do útero de substituição à luz do direito contratual, o que se visualiza é um contrato de direito da personalidade, cujo conteúdo é o exercício do direito sobre o próprio corpo da gestante substituta.

Analisando a questão sob o ponto de vista da nova principiologia contratual, o contrato de útero de substituição deverá nortear-se por quatro princípios civilísticos, a saber: autonomia privada, boa-fé objetiva, função social e justiça contratual. Estes princípios serão fundamentais na tarefa de delinear os direitos e os deveres dos partícipes do contrato.

A autonomia privada é decorrência da transformação da clássica autonomia da vontade e uma superação da visão voluntarista do Direito. Hoje, não mais se defende que é a vontade a força motriz do surgimento de situações subjetivas, mas que os sujeitos jurídicos, dentro de um espaço de liberdade, podem compor as suas relações de vida.

A boa-fé, durante muito tempo, alicerçou-se em conceito negativo, o que levava à afirmação de que se agia com boa-fé quando não existia má-fé, ou seja, intenção deliberada de prejudicar, de ludibriar, de enganar. Contemporaneamente, a boa-fé ultrapassa a conceituação subjetiva para centrar-se mais no comportamento do que na intencionalidade do sujeito jurídico. Desse modo, mesmo não havendo intenção de prejudicar é possível ferir o princípio da boa-fé objetiva, quando legítimas expectativas, criadas pelo comportamento do outro contratante, são frustradas.

A função social derruba a afirmação clássica de que o contrato somente produz efeitos entre as partes, reconhecendo, de um lado, o impacto eficaz sobre a sociedade e, de outro lado, a influência da sociedade sobre o conteúdo do contrato.

Por fim, o princípio da justiça contratual pode ser explicado como a busca pelo

equilíbrio nas situações subjetivas de cada um dos contratantes. De acordo com César Fiuza, “é a relação de paridade, de isonomia, que se estabelece nas relações comutativas, de sorte que nenhuma das partes dê mais ou menos do que recebeu.”⁶

De forma proposital não foi incluída, nessa principiologia, a dignidade da pessoa humana, porquanto não se restringe ao âmbito das relações privadas; ao contrário, trata-se de princípio fundante da ordem jurídica, presente, portanto, na aplicação de normas jurídicas de qualquer natureza.

Em um tema carente de regras legais expressas, a nova principiologia dos contratos é fundamental para definir os comportamentos exigíveis dos contratantes, sobretudo, quando surgirem questões conflituosas não previstas quando da celebração do negócio jurídico.

3 OS ELEMENTOS E OS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO CONTRATO E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Os elementos do contrato são analisados no plano da existência, uma vez que a ausência de um deles significa que o fato da vida sequer adentrou no mundo do direito. Os elementos do contrato são a manifestação de vontade, necessariamente dúplice, criando o consenso; os agentes emissores da vontade (partes ou contratantes); o objeto e a forma.

A vontade humana não exteriorizada não tem o condão de gerar efeitos jurídicos, daí ser a manifestação e não a vontade em si mesma o elemento do negócio. Admite-se que esta vontade seja exteriorizada de diferentes maneiras. Através da palavra escrita, falada, gestos ou sinais, do próprio comportamento do agente e, ainda, do silêncio intencional.

O agente emissor ou sujeito jurídico é imprescindível para a caracterização do negócio porque, sem ele, tem-se um fato jurídico *stricto sensu*, mas jamais um negócio jurídico. Em se tratando de negócio jurídico contratual, há necessidade de múltiplos agentes ou sujeitos jurídicos.

O objeto é a própria razão do negócio jurídico, seja ele contratual ou não, podendo ser uma utilidade física ou ideal.

A forma é o meio pelo qual a declaração de vontade se exterioriza: forma expressa, tácita ou silente, forma escrita ou verbal.

⁶ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 573.

Verificada a existência do negócio jurídico contratual, passa-se para o plano da validade, no qual os elementos acima são qualificados. Assim, por exemplo, se para existir é necessário o agente emissor da vontade, para valer é necessário que este agente preencha condições específicas.

São pressupostos de validade do negócio jurídico a manifestação de vontade livre e de boa-fé, o sujeito capaz e legitimado para o negócio, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma adequada, ou seja, livre ou legalmente prescrita.

Como a utilização da técnica da gestação de substituição pressupõe um ajuste de vontades entre a gestante substituta e os pais jurídicos da criança, é imprescindível que tal ajuste seja analisado à luz dos elementos e dos pressupostos de validade dos negócios jurídicos em geral, sem desconsiderar, no entanto, que além deles há requisitos específicos de validade. A análise será realizada no próximo seguimento.

4 CONTRATOS COLIGADOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Para viabilizar a reprodução humana assistida por gestação de substituição é imprescindível a celebração de contratos coligados; a ausência de qualquer um deles impedirá a realização da técnica. Primeiramente, será analisado o negócio jurídico contratual entre a gestante substituta e os pais jurídicos da criança (I). Em seguida, o contrato entre os pais jurídicos e a clínica/médico responsável pelo procedimento (II). Ao final, a análise recairá na relação contratual entre a gestante substituta e a clínica/médico responsável pela técnica (III).

No primeiro contrato (I), o médico não é uma das partes, estabelecendo-se o feixe de direitos e deveres apenas entre os pais jurídicos e a gestante. Todavia, para produzir efeitos jurídicos é necessário o assentimento do médico, que se caracteriza como uma solenidade essencial para a validade do negócio jurídico. Impõe-se reconhecer, portanto, que este contrato deve assumir a forma escrita, com assinatura das partes contratuais e do médico. Trata-se de contrato formal e solene. Em se tratando de gestante substituta casada ou vivendo em união estável, outra solenidade deve ser observada: o consentimento expresso do cônjuge ou companheiro(a).

Necessário notar que a exigência de solenidade para os negócios jurídicos é prescrita em lei, mas no caso específico, ela decorre de normas deontológicas que traçam, com rigidez, as circunstâncias em que o médico pode atuar segundo a ética de sua profissão.

Concretamente o que se verifica é a força vinculante das resoluções do Conselho Federal de Medicina, ante a ausência de normas legais que estabeleçam requisitos de validade desse negócio jurídico.

As partes desse contrato (gestante e pais jurídicos) devem ser pessoas maiores e capazes. Todavia, esta exigência não basta na análise da idoneidade do consentimento manifestado. Em questões médicas, é preciso ter competência para tomada de decisões, ou seja, saber compreender e avaliar os riscos e as consequências do ato. Relativamente à gestante, a avaliação da competência é particularmente relevante uma vez que os efeitos serão suportados por ela. Afinal, estará assentindo na celebração de um contrato de direitos da personalidade em que ela exerce o direito sobre o próprio corpo, mas os maiores benefícios dessa contratação serão revertidos em favor de seus parceiros contratuais, os pais jurídicos.

O objeto do contrato suscita maiores e mais delicadas questões. A razão de ser do contrato, que se identifica com seu objeto, é a reprodução humana, a geração de um novo ser que se viabiliza através de técnica médica. A evolução da ciência tornou esse objeto materialmente possível. A licitude e a possibilidade jurídica do objeto dependerão de cada ordem jurídica. Algumas proíbem a técnica em qualquer situação, outras permitem a utilização da técnica em situações restritas e, outras a admitem amplamente. No Brasil, não havendo proibição legal expressa, os requisitos da licitude e da possibilidade jurídica do objeto são aceitos em razão de normas deontológicas e de construções hermenêuticas e jurisprudenciais.

O Conselho Federal de Medicina, ao editar a Resolução n. 2168/2017, no item referente à gestação de substituição, além de restringir a técnica a gestantes substitutas com parentesco até o quarto grau consanguíneo de qualquer dos pais jurídicos, limitou-a às seguintes situações: quando existir problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em caso de união homoafetiva ou pessoa solteira⁷. Além disso, proibiu a contraprestação pecuniária em favor da gestante substituta.

Nesse momento, é importante refletir sobre os limites da atuação de um conselho profissional na celebração de um contrato atípico no qual o médico ou a clínica sequer é parte. A proibição de natureza deontológica acaba restringindo o espaço de liberdade da pessoa, que é delineado pela ordem jurídica.

Abstraindo as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, e analisando a questão sob

⁷ O acréscimo à possibilidade de pessoas solteiras fazerem uso de gestação de substituição tornou explícita uma permissão contida, implicitamente, na Resolução CFM n. 2.121/2015.

a perspectiva do direito estatal, pode-se realmente qualificar como ilícito o contrato que prevê contraprestação pecuniária em favor da gestante? Pode-se realmente proibir a gestação de substituição por pessoas que não tenham parentesco com os pais jurídicos? Cabe ao Conselho Federal de Medicina disciplinar situações que restrinjam a autonomia contratual das partes?

A proibição de pagamento passa, necessariamente, pela questão jurídica do exercício do direito sobre o próprio corpo e a visão moral de sacralidade do corpo. No estado atual da arte, são comuns argumentos morais para rechaçar a possibilidade de um contrato de gestação de substituição comutativo e oneroso, no qual uma parte se sujeitaria a gestar filho de outrem mediante pagamento. A ideia da sacralidade do corpo teve impacto positivo na dignificação da pessoa na medida em que, diante dela, não mais se sustentam práticas degradantes e infamantes impingidas durante milênios ao ser humano. Todavia, tal ideia não deve ser levantada para o esvaziamento da autonomia do sujeito jurídico, porquanto esta é essencial para a construção de sua personalidade.

Inadmitindo-se a onerosidade do contrato de útero de substituição, exige-se, na prática, que a gestante substituta seja pessoa altamente generosa, uma verdadeira heroína que modifica sua vida e põe em risco a sua saúde para a felicidade do próximo. Ao que parece, o Conselho Federal de Medicina limitou a aplicação da técnica a pessoas aparentadas entre si por consanguinidade, pressupondo que estranhos não se sentiriam motivados a oferecer tanto, nada recebendo em troca. Ao mesmo tempo, tentou evitar que pessoas sem envolvimento emocional com o drama desses candidatos a pais aceitassem participar do processo apenas por razões econômicas.

Mas, a imposição de parentesco entre os pais jurídicos e a gestante substituta afronta o princípio da igualdade, pois cria um óbice para as pessoas que não tenham parentes do sexo feminino até o quarto grau, óbice que somente pode ser afastado por decisão dos conselhos regionais de medicina, na análise do caso concreto.

Ora, as restrições (gratuidade e parentesco) são meramente deontológicas e não jurídicas. E conquanto elas limitem a utilização do procedimento, do ponto de vista jurídico importam intolerável violação ao direito ao livre planejamento familiar dos candidatos a pais e ao direito sobre o próprio corpo das candidatas a gestantes substitutas.

O contrato entre os pais jurídicos e o médico/clínica (II) é um contrato de prestação de serviços médicos que comporta variações considerando as peculiaridades das técnicas de reprodução assistida, aplicáveis aos pais jurídicos. Assim, os pais jurídicos podem ser casal heteroafetivo, casal homoafetivo e pessoa solteira.

Na hipótese de casais heterossexuais a prestação principal dos serviços médicos consistirá na retirada de material biológico dos pais, na realização da fertilização *in vitro* e posterior transferência do embrião ao útero da gestante substituta. Diante da impossibilidade de fornecimento de material genético por um dos pais, a técnica da gestação de substituição será cumulada com a doação de gametas – óvulo ou espermatozoide – segundo o caso. Importante asseverar que a doadora temporária de útero não poderá fornecer seu material genético.

Em se tratando de casal homoafetivo haverá, necessariamente, a doação de gametas. Duas mulheres necessitarão de gametas masculinos; dois homens necessitarão de gametas femininos. Há que se destacar que, se duas mulheres resolvem ter um filho, e uma delas é quem gestará a criança, não haverá gestação de substituição, pois não estará gestando filho de outrem. Nesse caso, somente se poderá falar em fertilização *in vitro*.

A mulher solteira que tem material genético, mas não consegue engravidar ou levar a termo uma gestação por motivos médicos, além do gameta masculino, precisará que outra mulher carregue no ventre filho seu. Reversamente, o homem que quiser assumir a paternidade sem uma companheira, utilizando-se de material genético seu, necessitará de uma doadora de óvulos que, como já dito, não poderá ser a gestante substituta.

A contratação de todas essas técnicas pelos pais jurídicos tem como consequência a extensão dos efeitos do contrato para além dos parceiros contratuais, uma vez que os procedimentos médicos envolverão, além dos pais jurídicos, eventuais doadores de gametas e, necessariamente, a gestante substituta.

Neste contrato de prestação de serviços médicos deverão ser observadas solenidades previstas na Resolução CFM n. 2168/2017, a saber (Item VII):

- 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
- 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
- 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
- 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Diferentemente do contrato entre a gestante e os pais jurídicos, não há dúvida de que o contrato de prestação de serviços médicos é contrato oneroso e comutativo, no qual os pais jurídicos, além de arcar com todo o custo do procedimento, deverão pagar os honorários ajustados com o profissional médico/clínica.

Por fim (III), a simples circunstância de o médico preparar a paciente e transferir o embrião para o seu útero já faz nascer uma relação jurídica contratual entre esse médico e a gestante substituta. Neste contrato, a paciente não assume qualquer dever de natureza econômica em relação ao médico, porquanto todos os custos do procedimento, inclusive os honorários do profissional, estão abrangidos no contrato celebrado entre os futuros pais da criança e o médico/clínica de reprodução assistida. Isso revela o liame existente entre os três contratos, criando uma união de contratos por dependência.

5 CLÁUSULAS ESPECIAIS DO CONTRATO ENTRE GESTANTE SUBSTITUTA E PAIS JURÍDICOS

Neste segmento, a proposta é analisar algumas cláusulas específicas de um contrato de gestação de substituição para, de forma crítica, verificar a sua compatibilidade com a ordem jurídica nacional:

Remuneração pela cessão temporária do ventre: É tradição no Direito brasileiro inadmitir a disposição remunerada de partes separadas do corpo, com raríssimas exceções, a exemplo da venda de cabelo. A Constituição Federal de 1988, no art. 199, parágrafo 4º, quando determinou que o legislador ordinário editasse norma sobre 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, vedou “todo tipo de comercialização”.

Seguindo o preceito constitucional, a Lei n. 9.434/97 (Lei de Doação de Órgãos e Tecidos Humanos) faz uso do termo jurídico doação, que se caracteriza como um contrato gratuito, modelo jurídico adequado para praticar atos de liberalidade. No entanto, estão excluídos da incidência da Lei o sangue, o esperma e o óvulo⁸. Relativamente ao sangue, sua exclusão se dá por quatro razões principais, apontadas por Antônio Chaves:

⁸ Sobre esse aspecto, ver: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos*, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.10.211/01. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- 1ª Porque se trata de substância de natureza regenerável, enquanto a maioria dos demais transplantes diz respeito a órgãos ou tecidos não renováveis;
- 2ª Porque a cirurgia de transplantes é condicionada e excepcional, ao passo que a transfusão é de ocorrência diária e rotineira;
- 3ª Porque, enquanto a intervenção de transplante pressupõe a produção de lesões consideráveis no doador e no receptor, a transfusão sanguínea é de intervenção simples e sem importância;
- 4ª Porque muitas transfusões sanguíneas revestem caráter urgente e imediato, não podendo por isso serem precedidas dos formalismos que rodeiam o transplante.⁹

Quanto aos gametas, a exclusão é justificável dado que o objetivo da Lei n. 9.434/97 não é disciplinar a reprodução humana assistida.

Ora, seria possível depreender da norma constitucional e da lei infraconstitucional uma proibição de celebração de contrato oneroso de cessão temporária de útero? Há realmente uma imposição de que o contrato seja gratuito, mera liberalidade praticada pela mulher disposta a gestar filho de outrem?

As hipóteses tratadas, tanto na Constituição quanto na Lei de Doação de Órgãos, diferem essencialmente da gestação de substituição, porquanto não há remoção do útero. Está claro que um transplante de útero não poderia ser ajustado mediante um contrato oneroso, mas aqui, a hipótese é de sua utilização temporária.

Não há como ignorar que toda proibição é uma restrição de direitos; daí a cautela de não serem criadas novas proibições com base em textos legais que se referem a situações específicas. Diante disso, há de se concluir que quanto à vedação de gestação de substituição onerosa, proibição jurídica não há. As reticências em relação ao pagamento de remuneração à gestante substituta estão arrimadas em considerações de ordem moral, assimiladas por normas deontológicas editadas pelo Conselho Federal de Medicina.

Direito de arrependimento: No Direito Civil, é possível a inserção de cláusula que garanta às partes o direito de arrependimento da contratação (art. 420, C.C.), mediante o pagamento de arras penitenciais. O exercício deste direito tem como consequência a extinção do contrato, liberando-se os contraentes dos deveres contratuais. Mas seria possível a inserção desta cláusula no contrato de cessão temporária de útero? Poderia a mulher que se dispôs a gestar filho alheio desistir do procedimento? Se possível, em que momento?

Antes da transferência do embrião não há como negar à mulher o direito de arrepender-se. Desse modo, em todo contrato de gestação de substituição, seja ele gratuito ou oneroso,

⁹ CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 27.

deve-se reputar tacitamente ajustada cláusula de direito de arrependimento da futura gestante. Afinal, a questão envolve exercício de direito da personalidade; direito sobre o próprio corpo. Isso leva a outra questão: o exercício do direito de arrependimento faz nascer, em favor dos futuros pais, o direito a uma prestação pecuniária?

Como já salientado, na sistemática das normas (deontológicas) existentes no Brasil, a celebração do contrato exclui qualquer remuneração em favor da gestante. Assim, não se deve imputar àquela, que tem a intenção de realizar uma liberalidade, deveres de natureza pecuniária em favor de eventuais beneficiários desta liberalidade. Mesmo que tenha sido ajustada, neste contrato gratuito, cláusula de exercício de direito de arrependimento com pagamento de arras em favor dos pais jurídicos, tal cláusula será desprovida de eficácia jurídica, porquanto abusiva. Tampouco se pode falar em ressarcimento de danos causados pela não implementação do procedimento. Os pais jurídicos devem assumir os ônus e os riscos decorrentes da reprodução medicamente assistida por eles contratada. Defender outra posição importaria violação ao princípio da justiça contratual.

Solução diversa pode ser defendida em se tratando de contratação onerosa de útero de substituição. Aqui, é plenamente defensável a aplicação do enunciado normativo contido no art. 420 do C.C.:

Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer uma das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória, neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar. (BRASIL, 2002).

A grande vantagem do uso desta cláusula é a vedação de serem cobrados, da dissidente, prejuízos sofridos pelos pais jurídicos que excederem o valor das arras penitenciais.

Irrevogabilidade do consentimento: Se é possível a desistência da gestante antes da transferência do embrião para o seu útero, depois de realizado o procedimento, a gestante deverá levar a termo a gravidez, dar à luz a criança e entregá-la aos pais jurídicos. Lado outro, a recusa do recebimento da criança pelos pais jurídicos é igualmente inadmitida. Noutros termos, o consentimento é irrevogável para ambas as partes, a partir do início da gravidez. Assim, os pais não poderão rejeitar o filho sob o argumento de que não era do sexo desejado, de que apresenta doença grave ou que houve nascimento de múltiplos bebês, quando se desejava apenas um. A recusa dos pais jurídicos em receber a criança, nesses casos, geraria conflito negativo de paternidade/maternidade, que deve ser evitado. Além disso, revelaria o grave equívoco de os

pais acreditarem que o objeto do contrato 3 a crianç3a – e n3o a cess3o tempor3ria de 3tero – como se fosse poss3vel aplicar, a esse contrato, a teoria dos v3cios redibit3rios.

Cl3usulas de restriç3o de liberdade: Em um contrato at3pico como o de cess3o de 3tero, n3o raro ser3 conveniente delinear comportamentos vedados 3 gestante para o desenvolvimento saud3vel do nascituro e para prevenir complicaç3es no momento do parto.

Tais cl3usulas s3o claramente restritivas da liberdade da gestante havendo, em muitas delas, um t3nuo limite entre a licitude e a abusividade.

N3o h3 como negar a licitude de cl3usula que pro3be 3 gestante o uso de drogas il3citas. Mas seria l3cito proibi-la de ingerir bebidas alc3olicas socialmente? Seria poss3vel limitar o tipo de atividade f3sica para algu3m que sempre praticou esportes radicais? Seria poss3vel cl3usula que limite a atividade sexual da gestante durante toda a gravidez ou parte dela? Seria poss3vel estabelecer uma lista de cl3usulas abusivas e, portanto, inadmiss3veis, em um contrato de cess3o de 3tero?

A quest3o extrapola a mera juridicidade, porquanto no caso concreto a decis3o a respeito de at3 onde pode ir o comportamento da mulher depender3 de suas condiç3es cl3nicas, verificadas pelo m3dico que acompanha a gestaç3o. Por isso mesmo, na formulaç3o do contrato, 3 prefer3vel a utilizaç3o de cl3usulas mais abertas que permitam verificar, caso a caso, se h3 risco para a sa3de e para a vida do feto e da pr3pria gestante.

Impossibilidade de utilizaç3o de 3vulo da gestante substituta: A Resoluç3o n. 2168/2017, embora expressamente n3o o vede, por via indireta, pro3be a utilizaç3o do material gen3tico da gestante substituta no projeto parental. Isto se d3 pela imposiç3o do sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embri3es, bem como dos receptores (CFM, Res. n. 2168/2017, item 4, do t3tulo “Doaç3o de gametas ou embri3es”). A exceç3o poder3 ocorrer por motivos m3dicos, mas, ainda assim, a informaç3o ser3 disponibilizada exclusivamente para m3dicos, com o resguardo da identidade civil do(a) doador(a). Tal proibiç3o indireta 3 salutar; caso contr3rio, a gestante estaria carregando seu pr3prio filho biol3gico, o que descaracterizaria a cess3o tempor3ria de 3tero. Al3m disso, se a crianç3a a ser entregue a outrem pela gestante ainda tivesse o seu material gen3tico, haveria, em tese, uma raz3o a mais para dificultar o cumprimento da obrigaç3o assumida, gerando conflito positivo de maternidade, ou mesmo a busca pela cumulaç3o da sua maternidade com a paternidade de parceiros homoafetivos.

Sobre este assunto, vale comentar a decis3o da Corte Constitucional colombiana em que uma mulher aceitou gestar, depois de realizada fertilizaç3o *in vitro* com seu pr3prio material

genético e o material genético do contratante, comprometendo-se entregar a criança a este homem e a sua companheira. O contrato foi firmado apenas verbalmente e da gestação nasceram múltiplos bebês. A gestante substituta recusou-se a entrega-los ao casal reivindicando a maternidade. Registrou as crianças como suas e como do pai contratante, judicializando-se a disputa pela guarda. Ao apreciar este caso, a Corte Constitucional estabeleceu os requisitos e as condições para a gestação de substituição:

(i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.¹⁰

Na Colômbia, assim como no Brasil, a falta de lei específica leva à conclusão da licitude da utilização das técnicas de RA e seus limites, aos poucos, são estabelecidos por decisões judiciais.

Situações omissas: As situações não previstas expressamente no contrato de cessão de útero podem ser dirimidas a partir da principiologia contratual. Daí a importância da abordagem, no item 2, dos princípios civilísticos que regem o contrato no mundo contemporâneo.

6 A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E OS NOVOS CAMINHOS DO DIREITO

O Código Civil de 2002 introduz a questão da reprodução medicamente assistida nos três últimos incisos do art. 1.597. Sem a intenção de disciplinar a RA, o Código alude a “fecundação artificial homóloga”, a “embriões excedentários decorrentes de concepção

¹⁰ PINZÓN MARÍN, Inés Yohanna; RUEDA BARRERA, Eduardo; MEJÍA PATIÑO, Omar. La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. *Revista de derecho y genoma humano*. Bilbao, n. 43, julio-diciembre/2015, p.118.

artificial homóloga” e a “inseminação artificial heteróloga”, unicamente para presumir que as crianças nascidas pelo uso das técnicas de RA foram concebidas na constância do casamento.

Ao criar as hipóteses de incidência da presunção nos incisos III (filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido), IV (filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga) e V (filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido), o Código Civil reformulou o brocardo latino *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele cujas núpcias demonstram). Anteriormente a paternidade jurídica, sempre presuntiva, arrimava-se no pressuposto de que o marido era o pai biológico da criança, mas o Código atribui paternidade jurídica a quem, reconhecidamente, não é o genitor, ao abrigar a reprodução com gametas de outro homem. Afora isso, reconhece o uso da técnica após a morte do marido.

Mas as técnicas de reprodução medicamente assistida não impactaram apenas a presunção de paternidade do marido. A máxima *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa), fundada nos fatos biológicos da gestação e do parto, também carece de releitura, embora, sobre este aspecto, o Código Civil de 2002 tenha mantido a tradição romanística, em nada inovando.

A utilização da doação de óvulos e da gestação de substituição fragilizou o conceito puramente biológico de maternidade: na doação de óvulos, a mãe jurídica gesta seu filho que terá características genéticas da doadora. Na gestação de substituição, a mãe jurídica disponibiliza o seu material genético para ser gerado por outra mulher, e seu filho terá o DNA mitocondrial da gestante. Todavia, poderá ocorrer, também, a interseção da doação de óvulo e a gestação de substituição, ou seja, o material genético do marido será fertilizado com o material genético de uma doadora e o embrião será transferido para uma terceira pessoa que gestará o filho do casal.

A interseção das técnicas viabiliza que casais homoafetivos masculinos sejam pais. Assim, o material de um deles ou de ambos poderá ser fertilizado com óvulo de doadora e transferido para um útero de substituição. Neste caso, apesar da participação de duas mulheres no processo não haverá mãe jurídica, mas dois pais jurídicos.

Quando duas mulheres resolvem procriar (casal homoafetivo feminino), uma delas gestará o óvulo da outra. Embora sejam utilizadas as mesmas técnicas, não se poderá falar, propriamente, em doação de óvulos e em gestação de substituição, porque as duas mulheres envolvidas no processo serão as mães jurídicas da criança. O que haverá é a doação de material

genético masculino.

As hipóteses levantadas acima não exaurem as situações criadas pela reprodução medicamente assistida. Já se tem notícia, por exemplo, do nascimento do primeiro bebê gerado com DNA de três progenitores¹¹. A técnica foi conduzida por médicos estadunidenses. Sua realização, no entanto, deu-se no México. O fato de não existir, neste país, legislação específica, por si só evita problemas jurídicos: nele não se pode dizer que esta ou aquela técnica de reprodução humana assistida é vedada. A globalização, não só tem levado os cientistas a fazerem experimentos em outros países, mas igualmente, tem propiciado o chamado turismo reprodutivo: pessoas interessadas nas técnicas de reprodução medicamente assistidas deslocam-se de seus países de origem, onde há restrições ou proibições, para outros países nos quais inexistem proibições ou as hipóteses permissivas são mais amplas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gabriel. **Primeiro bebê com DNA de três progenitores nasceu no México.**

Disponível em:

<<http://cebid.blogspot.com.br/search/label/Inova%C3%A7%C3%B5es%20M%C3%A9dica>>. Acesso em 26 dez. 2016.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FIUZA, César. **Direito civil:** curso completo. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil.** Vol. 4, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. **Revista eletrônica de Direito Civil.** Ano 5, n.1, 2016, p. 1-21. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2016.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 251-280.

¹¹ ALVES, Gabriel. *Primeiro bebê com DNA de três progenitores nasceu no México.* Disponível em: <<http://cebid.blogspot.com.br/search/label/Inova%C3%A7%C3%B5es%20M%C3%A9dicas>>. Acesso em 26 dez. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Contratos, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINZÓN MARÍN, In s Yohanna; RUEDA BARRERA, Eduardo; MEJÍA PATI O, Omar. La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre. **Revista de derecho y genoma humano**. Bilbao, n. 43, julio-diciembre/2015, p. 83-122.

S , Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n.10.211/01. 2  ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

S , Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3  ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

S , Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. Registro civil de crianç as nascidas de gestação de substituição no Brasil: uma análise a partir de julgamentos pelo Tribunal Supremo Espanhol. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**. V. 2, n. 1, 2016, p. 26-48. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/270>>. Acesso em 23 fev. 2017.

S , Maria de Fátima Freire de; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A gestação de substituição no Brasil: normatividade avanç ada e possibilidade de aprimoramento. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba, 2016. **Biodireito e direitos dos animais I**. Curitiba: CONPEDI/Unicuritiba. p. 65-82. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/23fs7c16/43JYs6251Cg10Pu3.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2017.