



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATÁLIA RÊGO MARCHESINI

DISCIPLINA JURÍDICA DA GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO

Salvador
2013

NATÁLIA RÊGO MARCHESINI

**DISCIPLINA JURÍDICA DA GESTAÇÃO POR
SUBSTITUIÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª. Ana Thereza Meirelles

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

NATÁLIA RÊGO MARCHESINI

DISCIPLINA JURÍDICA DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A minha mãe, que sempre esteve comigo e me ensinou que o amor é o valor fundamental da vida.

A todos os estudiosos e pesquisadores que vivem a biotecnologia e que trabalham no desenvolvimento de técnicas de reprodução humana, possibilitando a realização de sonhos.

A todas as mulheres que, apesar da limitação natural, ocasionada pela infertilidade, de gerar seus filhos no próprio ventre, recorreram à gestação por substituição alcançando a satisfação plena da maternidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu toda força e fé, foi e é lâmpada para os meus pés, luz para os meus caminhos.

A Professora Ana Thereza Meirelles, minha orientadora e excelente profissional, pela compreensão e auxílio, por todo ensinamento transmitido e por ter sido a minha verdadeira guia.

Aos Professores Thiago Borges e Ermiro Neto, por todo apoio, estando sempre dispostos a elucidar as minhas dúvidas.

A Samira, minha mãe, por toda compreensão, paciência e incentivo, durante toda a construção do trabalho.

A Pedro, pelo companheirismo e amor incondicional.

A Lília, minha amiga, que está sempre ao meu lado, por toda preocupação e atenção.

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original”.

Albert Einstein

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo discutir o procedimento da gestação por substituição e a sua disciplina jurídica. Essa técnica de reprodução humana assistida consiste em acordo firmado entre as partes pelo qual uma mulher, sem que haja remuneração e com fins apenas altruísticos, assume gerar, em seu próprio ventre, filho de *outrem*, para, após o nascimento da criança, entregá-la à parte solicitante, sem firmar com a criança nascida do seu ventre nenhum tipo de vínculo familiar. A pesquisa apresenta os princípios da bioética, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança, sobre os quais a reprodução humana assistida e todos os seus métodos devem se basear. No decorrer do estudo, discute-se a possibilidade de disponibilidade dos direitos da personalidade, bem como da disposição do próprio corpo. Discute ainda a existência de um direito à procriação. Discute-se os projetos de Lei sobre o tema e ainda a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que vem sendo seguidas pelos Tribunais e adota três regras básicas para que ocorra a gestação por substituição: a necessidade de problema de saúde que justifique; a gratuidade, configurando o fim solidário da técnica; e o parentesco de até segundo grau da mãe substituta, sendo preciso, nos demais casos que ultrapassem essa regra, a deliberação do Conselho a respeito. Tendo em vista os possíveis conflitos que poderão surgir a partir do ato de gestar por *outrem* busca, o trabalho, analisar a natureza jurídica do acordo, bem como a sua licitude e seus efeitos. Ainda diante da preocupação com os conflitos trata sobre a questão da maternidade e da filiação, tanto biológica como afetiva, ambas aceitas pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, levando-se em consideração o crescimento da prática da gestação por substituição, sem que haja amparo legal sobre o tema, objetiva esse trabalho analisar o próprio ato de gerar por outra pessoa, discutir as questões complexas que podem envolver as partes desse acordo e as possíveis consequências no Direito.

Palavras-chave: gestação por substituição; técnicas de reprodução humana assistida; filiação; maternidade de substituição; natureza jurídica da gestação por substituição

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO, BIOÉTICA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA	13
2.1 O PAPEL DA BIOÉTICA ANTE AS NOVAS POSSIBILIDADES DA BIOTECNOLOGIA	15
2.2 A BIOÉTICA PRINCIPALISTA	17
2.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	22
2.3.1 Os procedimentos	25
2.3.1.1 Inseminação artificial	25
2.3.1.2 Fertilização in vitro	26
2.3.1.3 Gestação por substituição	27
2.3.2 A reprodução quanto ao material genético utilizado	28
2.3.2.1 Reprodução heteróloga	28
2.3.2.2 Reprodução homóloga	29
2.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	30
3 O ATO DE GESTAR POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO	33
3.1 OS PROJETOS DE LEI E CONTEÚDO DA RESOLUÇÃO 1957/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	34
3.2 INDISPONIBILIDADE E DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	42
3.3 DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	44
3.4 O DIREITO À PROCRIAÇÃO E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	46
4 DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL E DA LICITUDE DO CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: OS PRÉ-REQUISITOS	

PARA A CONCRETIZAÇÃO – BREVES NOTAS	50
4.1 DOS PRINCÍPIOS DO CONTRATO	55
4.1.1 O princípio da autonomia da vontade	55
4.1.2 O princípio da função social do contrato e/ou da supremacia da ordem pública	56
4.1.3 O princípio do consensualismo	58
4.1.4 O princípio da relatividade dos efeitos do contrato	59
4.1.5 O princípio da obrigatoriedade dos contratos	59
4.1.6 O princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva	60
4.1.7 O princípio da boa-fé e da probidade	61
4.2 DOS REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO	63
4.3 ESPÉCIE CONTRATUAL ADEQUADA À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	66
4.4 DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	70
5 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E FILIAÇÃO	72
5.1 DA MATERNIDADE E DOS TIPOS DE FILIAÇÃO	75
5.1.1 Filiação biológica	77
5.1.2 Filiação afetiva	78
5.2 A FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO	79
5.2.1 Reprodução heteróloga	81
5.2.2 Reprodução homóloga	82
5.3 A PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE E O REGISTRO CIVIL	83
5.4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	85
6 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado tem base na relação entre Direito e Bioética, mas envolve questões ligadas ao Direito Civil – com foco no Direito de Família e em contratos – e Direito Constitucional. Por si só, envolve uma grande controvérsia entre questões éticas, a partir do momento em que traz consigo um assunto que gera forte impacto social e que acarreta diversas polêmicas, principalmente na sociedade brasileira.

Inicialmente serão discutidas questões de Bioética, seus princípios e os procedimentos de reprodução humana assistida que possuem maior repercussão no mundo atual e que são mais utilizadas pela sociedade na solução dos problemas de infertilidade.

O foco da pesquisa está na análise sobre como está sendo tratada a gestação por substituição no Brasil, principalmente por conta da ausência de lei disciplinando diretamente o assunto e do surgimento de grandes dúvidas perante um caso concreto. Muitas vezes, os casos ficam sem solução ou são solucionados de forma arbitrária, injusta, sem respeitar os direitos fundamentais.

Importa observar, sempre, que, nessa relação, todas as partes envolvidas assumem obrigações, possuindo direitos e deveres que devem ser cumpridos.

Também busca esse estudo observar os impactos causados pela gestação por substituição, popularmente chamada de “barriga de aluguel” ou “útero de aluguel”.

O tema que se propõe é “Disciplina jurídica da gestação por substituição” e, como sobre ele não há nenhuma legislação específica, apesar de já existirem projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, a jurisprudência vem se baseando na Constituição Federal com foco especial na parte sobre os Direitos Fundamentais e na Resolução do Conselho Federal de Medicina, que determina a forma exata de como deve um médico proceder. O que vem a jurisprudência e a doutrina buscando na discussão a respeito desse assunto é fazer com que prevaleçam na sociedade os preceitos morais e os direitos humanos.

Embora sejam observados os princípios bioéticos basilares (autonomia, beneficência e justiça) para “tentar” solucionar os conflitos que surgem constantemente ligados à gestação por substituição, muitas vezes eles não são suficientes ou entram em

choques, o que mostra a necessidade de uma orientação maior, que tenha fundamento nos direitos humanos e que não possa facilmente ser relativizada. É nesse ponto que acaba por contribuir o princípio da dignidade da pessoa humana. Em verdade, esse princípio se encontra em toda a base do direito e, inclusive, nas questões que envolvem o tema Bioética. Dessa forma, através da ponderação dos princípios, mostrando qual o mais adequado para se enquadrar na situação concreta, e, com a grande influência basilar do princípio da dignidade da pessoa humana, são encontradas, até então, as melhores soluções para os embates.

O trabalho vai destacar também o direito da criança que vai ser gerada, tomando como base o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e os direitos fundamentais. Nesse ponto é importante observar qual vai ser a melhor maneira de lidar com questões como, por exemplo, o registro da criança. O assunto deve ser voltado ao interesse da criança, sempre, visto que ela não poderá decidir o que quer para si.

O estudo buscará a real razão da existência da gestação por substituição e em quais situações ela vai estar autorizada. Isso porque muitas vezes a realidade está fugindo ao real sentido e motivo pelo qual é permitida a prática desse procedimento.

Serão apresentados diversos conceitos que levam ao maior conhecimento sobre o próprio objeto de estudo da Bioética e até mesmo do Direito.

O intuito da pesquisa é superar discussões, expor fatos, analisar o tema e encontrar soluções plausíveis. Para isso, será feito também a análise dos projetos de lei que tramitam sobre o tema. O que se busca é adaptar, da forma mais adequada, o direito à essa nova realidade.

Este tema foi escolhido diante dos conflitos sociais que vêm surgindo a respeito da matéria, principalmente pelo fato de não haver lei que a discipline. Além disso, é necessário que seja conferida maior importância às questões relacionadas à Bioética e ao desenvolvimento da biotecnologia no tocante à reprodução humana, pois a prática dos procedimentos alternativos, quais sejam os que não representam a forma natural de gestação, estão cada vez mais constantes na sociedade contemporânea. Do ponto de vista jurídico, o tema escala relevância, haja vista a necessidade de disciplina jurídica específica. Até mesmo porque a omissão legislativa acaba por gerar enorme discricionariedade na solução dos conflitos, que a cada dia vem

crescendo mais em quantidade, o que acaba por afetar a segurança jurídica que a sociedade busca no Direito.

Do ponto de vista social, percebe-se a necessidade de maior informação sobre o tema, tanto por parte de quem se envolve e seja parte na situação da gestação por substituição, possibilitando a ciência com relação aos direitos e deveres que adquirem ao firmar esse “contrato”, quanto pela questão do conhecimento sobre o assunto, o que pode auxiliar na diminuição do preconceito social em diversos pontos ainda existente com relação aos métodos alternativos de reprodução humana.

2 DIREITO, BIOÉTICA E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O Biodireito é um ramo específico do Direito e possui como seu fundamento maior o direito à vida, sob várias perspectivas, desde a formação do embrião até a morte. Acolhe o desenvolvimento das novas biotecnologias para solucionar problemas existentes de saúde, protegendo a vida em todos os sentidos, observando os valores que a norteiam.

Na discussão em torno do conceito de vida, Maria Garcia (2004, p. 161) afirma que “a gênese humana corresponde, também, ao nascimento da entidade humana: não apenas o ato de nascer, mas abrangente do ser humano como organização corpórea, anímico- espiritual, entidade livre”.

A vida abrange o período reconhecido entre o nascimento e a morte, não bastando para o Biodireito apenas o ato de nascer e o ato de morrer, mas também o que antecede ao nascimento e o que ultrapassa os limites da morte. Um exemplo disso é a existência da barriga de aluguel e o fato de através do sêmen congelado, uma pessoa ser pai, mesmo após a sua morte.

Há uma grande discussão no que tange ao Biodireito. Primeiro porque pode haver a solução para os problemas surgidos com a biotecnologia e a biomedicina a partir da bioética e do direito já existentes, sem que acarrete, necessariamente, na inclusão de novas regras no Ordenamento Jurídico. O que se pretende com isso é preservar a celeridade na solução dos conflitos. Esse entendimento, porém, não logra êxito, pois sem fundamento e, em razão disso, não merece prosperar. Ocasionalmente enormes problemas, a partir do momento em que não priorizaria a justiça em si, mas apenas a rapidez de uma falsa solução do conflito.

Além disso, ficar preso a uma norma, sem a possibilidade de modificá-la, não coaduna a ideia de que o Direito deve progredir conforme o tempo e a sociedade.

A própria Bioética foi objeto de igual discussão. O problema surgiu diante da sua rápida propagação. Conforme leciona Heloisa Helena Barboza:

[...] a expressão adquiriu significado específico e científico de “uma nova dimensão da pesquisa no campo dos estudos acadêmicos”, surgindo, em menos de uma década, como disciplina autônoma em universidade autônoma, além de institutos dedicados a sua investigação. Em sua concepção alargada passou a designar os problemas éticos gerados pelos avanços nas ciências biológicas e médicas, problemas esses que atingiram

seu auge no momento em que se começou a divulgar de modo amplo, certamente com o acelerado desenvolvimento dos meios de comunicação, o poder do homem interferir de forma eficaz nos processos de nascimento e morte, que até então apresentavam “momentos” ainda não “dominados”. (2002, p. 51)

Foi a partir desse momento, estando comprovado o quanto a ciência poderia intervir na vida e na saúde da humanidade, desde o momento da sua formação, que as atenções se voltaram para a imposição de limites, de modo que prioritariamente fossem respeitados e observados princípios gerais constitucionais fundamentais, inerentes ao direito em todas as suas aplicações, e também princípios próprios da bioética e do biodireito, direcionados e aptos a preservar a vida humana.

O homem passou a se preocupar com a observância desses limites, o que não ocorria antes, não mais deixando o cientista livre no desenvolvimento das suas descobertas. Isso em respeito ao objeto principal dessas descobertas, que é a vida.

A cada dia que passa as questões e discussões relacionadas à bioética aumentam de forma significativa. O aumento das preocupações e estudos na área, por sua vez, não objetivam esgotar todas as possibilidades de surgirem novos desafios científicos a envolvendo, pensar assim seria negar o próprio desenvolvimento humano e situações que levem a ciência a continuar as suas pesquisas. Esses novos fatos acabam por ser desafiadores até para o próprio Direito.

Hoje em dia, o biodireito vem progredindo, e já possui ideais próprios e carrega jurisprudência que reafirma a sua existência.

A sociedade, por si só, já impõe limitações ao desenvolvimento e aplicação prática das consequências trazidas pelas questões científicas.

Como exemplo, a religião, as crenças, os costumes, a cultura, a ética. Os experimentos e a prática da medicina não podem ir além de qualquer coisa, tem que observar sempre as restrições impostas pela a sociedade ou até mesmo, em alguns casos por determinada pessoa, no caso individual da prática ser com ela.

Um exemplo mais prático disso é o caso da transfusão de sangue nas pessoas que possuem a religião Testemunhas de Jeová, que acreditam que o sangue é vida e que a realização da transfusão é como estar se alimentando da própria vida, não aplicando a ela valor e respeito. (MARINI, 2005, p. 1)

É importante observar que o progresso numa sociedade é contínuo e, por isso, o biodireito deve respeitar os momentos históricos, determinando sempre até que

ponto naquela coletividade ou grupo pertencente à sociedade um ato é obrigatório, permitido e proibido. O progresso da biotecnologia é diretamente acompanhado e valorado pelo Direito.

Partindo dessa ideia, afirma Heloisa Helena Barboza (2003, p. 59) que “Cabe ao Direito, por meio da lei, entendida como expressão da vontade da coletividade, definir a ordem social, na medida em que dispõe dos meios próprios e adequados para que essa ordem seja respeitada”.

Apesar de tudo isso, em razão do já afirmado progressivo desenvolvimento das questões de biotecnologia e bioética as leis criadas sobre o assunto devem ser pensadas como “flexíveis”, ao passo em que terão que ser interpretadas na medida em que a ciência for evoluindo.

Isso não significa dizer que a o Direito vai ter que acompanhar e se adequar sempre às mudanças ocorridas na ciência, pois isso seria não reconhecer o Direito como uma ciência estável com valores, princípios, métodos e formulações próprias, e sim algo facilmente mutável a cada inovação. O Direito deve se adaptar às evoluções no mundo, mas não necessariamente mudar por causa delas. O ideal é que o Direito ordene as intervenções da ciência sobre o homem de uma maneira ampla, para que se adapte às evoluções e mudanças que ocorrem diariamente.

O direito é constituído de regras e essas, por sua vez, constroem uma sociedade acobertada de valores. Esses valores, quando em conjunto, formam a concepção de homem. E é neles que o Direito tem que se pautar para a construção e desenvolvimento das leis do biodireito (BARBOZA, 2002, p. 60).

Dessa forma, as transformações devem estar sempre em convergência com os valores humanos determinados também em lei, através de regras e princípios, mas não podem ser delimitadas de forma restritiva pelo direito, pois sofrem mudanças e transformações na medida em que surgem fatos novos para a ciência e novas descobertas a cada dia.

2.1 O PAPEL DA BIOÉTICA ANTE AS NOVAS POSSIBILIDADES DA BIOTECNOLOGIA

A Biotecnologia é basicamente um ramo da ciência que se desenvolve em consonância com a biologia em diversas áreas. É o desenvolvimento científico relacionado sempre com questões ligadas aos seres vivos e possui como finalidade maior a solução de problemas e criação de “produtos” que proporcionem a melhoria.

No desenvolvimento de suas técnicas, geralmente são utilizados os próprios organismos vivos, ou parte deles, para que da forma mais real possível se alcance o resultado almejado e sejam desenvolvidos bens ou serviços ideais para atender as necessidades que se mostram presentes.

Partindo para um ponto mais relacionado com o ser humano em si e com a vida humana a biociência e biotecnologia podem ser conceituadas, como afirma Maria Garcia (2004, p. 44):

[...] a Biociência ou Biologia, estudo das características dos seres vivos e das leis gerais da vida, a Biotecnologia, como aplicação dos princípios científicos e da engenharia ao processamento de materiais por meio de agentes biológicos, para prover bens e serviços.

O conceito de tecnologia atual é de área onde há a demonstração do progresso nos estudos científicos, ou seja, ramo de atividade desenvolvido para a aplicação de conhecimentos adquiridos com o estudo e pesquisa na área científica.

A Biotecnologia é o desenvolvimento e aplicação da tecnologia na vida dos seres humanos, de modo que possa interferir, direta ou indiretamente, nas áreas da saúde – apresentando novas possibilidades de cura de doenças e até mesmo detectando novas doenças, reprodução humana – estudando e descobrindo novos meios de procriação, genética, entre outras.

A Biotecnologia foi responsável pelo desenvolvimento da engenharia genética, que a partir da genética, pode desvendar toda a estrutura celular das pessoas, identificando os caracteres hereditários e podendo ser a solução para muitas implicações médicas que porventura venham a surgir.

Essa estrutura celular das pessoas é denominada DNA (ácido desoxirribonucleico) e está presente no núcleo celular de todas as pessoas, as identificando e diferenciando. Nesse DNA está presente o genoma do indivíduo, que representa as

suas mensagens genéticas particulares, ou seja, as informações contidas no cromossomo de uma célula (GARCIA, 2004).

É a partir da genética que é identificada a individualidade de cada ser humano. O indivíduo tem, inerente a ele, o direito de resguardar a sua vida, o que o compõe e transmitir os seus genes. Cada ser humano tem um pensamento e deve ser individualizado na sociedade.

Aí está a necessidade de orientação da própria biotecnologia, pois essa, ainda que essencial e surpreendente, deve respeitar o ser humano, a sua dignidade e a sua individualidade. A Biotecnologia não pode ser socialmente mal vista, não pode gerar a insegurança de ser um caminho sem retorno, tem que ser uma fonte de progresso para quem os quer.

2.2 A BIOÉTICA PRINCIPALISTA

Os princípios são de extrema importância para o ordenamento jurídico, pois conseguem a um só tempo ser fonte geradora do direito diretamente e fonte subsidiária na construção dos dogmas do Direito.

Enquanto fonte geradora de direitos, os princípios se enquadram como fonte original e servem como uma orientação, sendo, muitas vezes, mais importantes do que a lei em sentido estrito. Nesse sentido, demonstram a sua força normativa.

Já atuando como fonte subsidiária, os princípios auxiliam na construção dos alicerces do ordenamento jurídico, as leis, que proporcionam maior segurança à sociedade, sendo uma expressão direta dos seus valores.

O fato de atuar como fonte subsidiária do direito não os coloca na posição de fonte secundária do direito, visto que, com a valorização dos princípios, estes estão postos ao topo da hierarquia legal. Isso significa que, diante da importância dos princípios, reconhecida nos dias de hoje, foi concedido a eles dupla função no ordenamento jurídico.

Existem os princípios basilares específicos da bioética. Os princípios acabam por ser uma grande fonte de soluções de problemas ligados à gestação por substituição.

Heloisa Helena Barboza conta que:

O estabelecimento dos mencionados princípios da bioética decorreu da criação pelo Congresso dos Estados Unidos de uma Comissão Nacional encarregada de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina. (2002, p. 55)

Como leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 58), os princípios da bioética tiveram a intenção de assegurar a humanização do progresso científico. Com isso, nasce uma nova maneira de analisar os princípios, o que por sua vez acarreta em maior complexidade para a aceitação das pessoas.

Com o passar dos tempos e com o crescimento da ciência e da sua importância para a sociedade, se fez necessário a observação de parâmetros éticos no desenvolvimento das atividades que a envolvesse. Isso até mesmo porque é sabido o impacto social que as novas práticas éticas vêm causando.

O próprio Guilherme Calmon Nogueira da Gama também faz, em sua obra, um breve resumo acerca do ponto marcante na formulação dos três princípios base e fundamentais da bioética:

Em 1978 sobreveio o Relatório Belmont, da Comissão norte-americana constituída para a proteção da pessoa humana na pesquisa científica relacionada à vida, apontado como a primeira formulação dos princípios da bioética, e que se buscou expressar os princípios éticos a se adotar na realização das pesquisas e atividades científicas. (2003, p. 59)

O que se sabe é que os trabalhos foram iniciados em 1974 nos Estados Unidos e que só após quatro anos que foi publicada a Comissão Nacional, chamada Informe Belmont. Esse informe já trazia os três princípios iniciais da bioética, que seriam o da autonomia, o da beneficência, e o da justiça.

Na visão de Heloisa Helena Barboza (2002, p. 55) essas denominações de modo explicativo poderiam ser alteradas, respectivamente, por princípio do respeito às pessoas pela individualidade que cada uma possui, inclusive com ideias e crenças distintas; princípio do dever do ser humano de causar o menor risco e dano possível ao outro, ou não os causar, e sempre que possível visar os benefícios; princípio do tratamento igualitário entre todas as pessoas de modo que os riscos e benefícios devem ser suportados por todas as partes da relação da mesma forma. Só pode ser considerada a diferença entre as pessoas caso haja razão relevante para tanto.

Ainda no reconhecimento e individualização dos princípios Heloisa Helena Barbosa (2002, p. 55), traz o levantamento feito por Tom L. Beauchamp e James F. Childress

os quais acreditam que, além dos três princípios já citados, existiria um quarto, também essencial, qual seja o princípio da não-maleficência. Eles defendem que há uma grande diferença desse princípio com o da beneficência, pois enquanto este envolve ações do tipo positivo, na medida em que determina que o ser humano deve prevenir ou eliminar o dano e fazer o bem, aquele afirma que um ser humano não deve fazer o mal ao outro.

A maioria da doutrina, porém, discorda e afirma que esses princípios são conexos e se resumem num só, não sendo razoável e até mesmo redundante a existência dos dois. Quando a pessoa observa e segue os ideais do princípio da beneficência, conseqüentemente está fazendo valer e seguindo os ideais do princípio da não-maleficência, pois eles resultam na mesma coisa.

É bom observar que esses princípios devem sempre ser observados de modo amplo, pois não podem ser utilizados de forma apartada, num caso ou outro, ou apenas em casos que envolvam, por exemplo, prática clínica e assistencial. Eles devem ser utilizados em todos os casos que envolvam a relação entre a ciência e a vida humana, desde os processos de experimentação até a prática, no momento em que há a relação médico paciente, ou que a descoberta científica é concretizada, incorporada e reconhecida da sociedade.

Além disso, esses princípios devem ser observados concomitantemente e de forma obrigatória.

O primeiro e mais antigo princípio da beneficência se apegua ao lado da solidariedade. Com isso é necessário que se tenha respeito e haja o auxílio ao próximo para que a pessoa consiga desenvolver as suas forças, o seu "eu". Nesse princípio há mais ou menos a ideia de que o ideal é fazer o bem e não prejudicar, de modo a minimizar ao máximo os possíveis riscos. Analisando por um ponto de vista mais técnico, esse princípio está diretamente ligado a relação médico e paciente.

Antigamente esse princípio era uno, mas a partir do momento em que se passou a questionar a autoridade médica, fez-se necessária a complementação de forma que a efetivação da ética nas relações médicas não fossem prejudicadas. Muitas vezes a solução tomada pelo médico não correspondia, de fato, no fazer o bem ao paciente, então era preciso ir além da ideia de beneficência que estava construída. Mas é bom

observar que o ir além não significa deixar de lado a ideia de solidariedade construída por ele, que é essencial ao desenvolvimento social.

A beneficência seria o princípio que afirmaria a necessidade de atos positivos para que auxiliasse na promoção do bem e na realização das demais pessoas. (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 132)

Retorna aqui a discussão a respeito do princípio da não-maleficência, postulado por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, já visto anteriormente. Para eles os princípios da beneficência e da não-maleficência devem sempre ser ponderados. Se partir da ideia de que deve-se tratar um paciente a qualquer custo, essa pode acarretar em sofrimento tão grande à ele, que estará deixando de lado a ideia trazida pelo princípio da não-maleficência, e não pode ser assim.

As obrigações de não-maleficência proíbem fazer o mal universalmente: não podemos prejudicar intencionalmente a ninguém, nunca. Trata-se de uma obrigação perfeita, que exige um cumprimento imparcial: obriga em relação a qualquer pessoa. Todavia, a beneficência permite que se favoreçam as pessoas com as quais se tem uma relação especial. Em termos gerais, pode-se dizer que as obrigações de beneficência são imperfeitas, ao passo que as de não-maleficência são perfeitas. São obrigações perfeitas as estritamente exigíveis. Essas distinções, observam os autores, não são arbitrárias. É possível agir de maneira não maléfica em todas as situações (com todas as pessoas). No entanto, seria impossível agir de modo beneficente com todas as pessoas em todos os casos. (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 137)

O princípio da autonomia, mesmo sendo o mais recente comparado aos outros é de fundamental importância. Ele abrange o poder que o indivíduo tem de se autogovernar. O indivíduo é capaz de decidir sobre o que quer e fazer suas escolhas sem a necessidade de intervenção de fatores externos e essa escolha deve ser aceita e considerada. Isso advém da própria ideia de ser o homem um sujeito de direitos.

Esse princípio pode ser formulado de maneira positiva ou negativa.

Em sua formulação positiva, o princípio exige, no contexto biomédico que se de tratamento respeitoso às pessoas na comunicação de informações e que também se favoreçam suas decisões autônomas. Em alguns casos, pode nos obrigar a incrementar o número de alternativas acessíveis a uma pessoa. Esse princípio obriga os profissionais de saúde e os pesquisadores biomédicos a revelar a informação oportuna, promover uma adequada tomada de decisões, assegurando-se de que os pacientes ou sujeitos de experimentação têm uma compreensão adequada e agem de maneira voluntária.

Se for expresso negativamente, o princípio de respeito pela autonomia exige que as ações autônomas das pessoas não sejam submetidas por outras pessoas a controles externos que as limitem ou as impeçam. (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 126)

Analisando de forma técnica e específica esse princípio dá ao paciente o direito de decidir quando diante de um médico, por exemplo. Por isso muitas vezes surge a ideia de “choque” entre o princípio da autonomia e da beneficência. Muitas vezes o que é o melhor a se fazer para o médico não é para o paciente. Mas, apesar disso, o ideal é que esses princípios, juntamente com o da justiça, caminhem juntos.

Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2002, p. 138) afirmam que a autonomia se condiciona sempre a dois ideais que são: liberdade e a capacidade de discernimentos que cada ser humano possui. Em razão disso, seria válido se falar em graus de autonomia.

Hoje esse princípio já consegue a supremacia quando diante da linha liberal do pensamento contemporâneo da bioética.

De forma contínua, o princípio da justiça, afirma que as pessoas devem ser beneficiadas de forma igualitária, principalmente quanto ao aspecto saúde. O princípio visa a justiça social, essencial para a sociedade e o seu bem-estar. Todos devem ser tratados de forma igual, respeitando, contudo, as suas desigualdades. De forma específica, o princípio protege a justiça no sistema de saúde, que deve ser distribuída igualmente e devem ser funcionais e eficientes.

Esse princípio faz referência ao que de alguma forma é devido às pessoas. Fala-se em justiça quando a uma pessoa são devidos benefícios e também responsabilidades. A injustiça, de forma contrária, seria o caso de ser negado a uma pessoa aquilo que lhe era devido, seja porque lhe foi negado, seja porque não foi distribuído o benefício de forma igualitária entre todas as pessoas. (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 138)

Wilson Ricardo Ligiera afirma que:

O tratamento igualitário tendente a proporcionar a aplicação da justiça não significa, porém, tratar a todos de modo exatamente idêntico, sem levar em consideração suas disparidades inerentes. Fazer isso deixaria de constituir tratamento equânime e produziria maior discriminação injusta. As diversidades da natureza física e da estrutura psicológica do ser humano, suas necessidades e tendências, são fatores que precisam ser levados em consideração. (2005, p. 421)

Esse princípio possui enorme desprestígio, até mesmo quando diante das questões políticas que envolvem a saúde em nosso país. Mas, é importante observar que, se seguidos de forma correta, esses três princípios juntos farão valer o ideal ético que deve ser seguido nas questões médico-científicas.

É importante observar a aplicação desses princípios na prática e perceber que quando referente aos métodos de reprodução humana assistida os cuidados devem ser redobrados, pois é um assunto que mexe com o emocional das partes, principalmente no que diz respeito às relações médico-pacientes.

Primeiro, porque os pacientes que procuram as clínicas de reprodução humana estão psicologicamente abalados e sujeitos a qualquer tipo de procedimento médico, em face da vontade exacerbada em terem filhos, a qual não lhes permite avaliar, de maneira abrangente e refletida, os resultados que podem advir da(s) técnica(s) proposta(s).

Em segundo lugar, porque os reflexos jurídicos relativos à filiação ou, até mesmo, ao casamento ou união estável do casal podem não ser os desejados pelo pacientes que procuram tais clínicas. (MOREIRA FILHO, 2002, p. 03)

O médico nestes casos será, portanto, o primeiro contato que as famílias envolvidas nos métodos de reprodução humana terão. Em razão disso, é de extrema importância a conduta e postura tomada por ele, de modo a evitar futuras consequências.

2.3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida vem ganhando enorme espaço no mundo de hoje, na medida em que as suas técnicas estão se tornando cada dia mais acessíveis à sociedade. O que inicialmente era uma dúvida, uma discussão, hoje em dia é uma realidade. As pessoas estão utilizando com mais frequência diversos modos de reprodução para satisfazer desejos pessoais de ter um filho. Junto a esse progresso há a preocupação por conta de não existir legislação sobre a matéria.

As mudanças ocasionadas pela reprodução humana assistida acabaram por influenciar na alteração da visão socialmente e tradicionalmente adotada para conceituar o termo “família”.

Há um tempo atrás, há aproximadamente um século, a concepção de família era bem restrita e simples. Resumidamente era formada por um casal, de sexo oposto, homem e mulher, e os filhos que adviessem dessa relação. Vale ressaltar que esses filhos eram os que possuísem a carga genética dos seus ascendentes.

Com a Constituição Federal, houve uma flexibilização dessa concepção, na medida em que reconheceu a possibilidade de quebrar o ideal formado por casal,

necessariamente homem ou mulher, ou a essencial presença das duas partes para que fosse reconhecida a entidade familiar.

Isso está expresso no artigo 226, § 4º, da Constituição Federal dispõe que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Há também uma ampliação da concepção de filho, passando a ser denominado assim, tanto os filhos havidos da relação sexual, com o material genético dos pais, quando os trazidos a família através do procedimento de adoção. Isso foi um enorme progresso e até humanizou a relação entre Direito e família. A expressão dessa mudança está no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, conforme se vê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

[...]

§ 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.

As pesquisas direcionadas às diversas formas opcionais de reprodução vieram como uma chance de pessoas que, devido a problemas de saúde, infertilidade ou incompatibilidade genética, não podiam ter filhos de realizarem esse sonho e se livrar de até mesmo traumas que essa impossibilidade poderia ocasionar.

Aproximadamente de 10 a 20% dos casais, no mundo, hoje em dia, sofrem problemas de infertilidade. Esse problema acaba por ser um problema do casal, na fertilidade do casal. (ALVARENGA, 2005, p. 229)

É bom sempre ter em mente que as procriações artificiais não trazem a garantia da gravidez, mas tão somente a da fecundação. Após essa fecundação deverá ter todo o processo de desenvolvimento do embrião.

Como modo de gestação artificial temos a gestação por substituição, que possui terminologia ampla, sendo conhecida também, como diz Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 312), como “maternidade por substituição ou sub-rogada, locação de útero, barriga de aluguel, cessão de útero, gestação por outrem, dentre outros”.

No final do século XX a biotecnologia demonstrou sua força voltada a essa área a partir da comprovação dos primeiros casos de gestação por substituição que obtiveram êxito. Foram casos em que uma pessoa doou o seu ventre e através da utilização do óvulo e espermatozoide de um casal, conseguiram dar prosseguimento a uma gestação e gerar a criança perfeitamente saudável.

A prática da substituição em si não é nova, estando presente na história em diversos momentos. Obviamente que não com a mesma tecnologia e materiais médicos utilizados hoje em dia, e nem com a mesma facilidade e aceitação. Na verdade, os pontos históricos que levam à maternidade por substituição não são, em seu procedimento, nem um pouco parecidos. O que se quer destacar aqui é semelhança de soluções utilizadas, em todos os tempos, para a satisfação dos casais em terem seus filhos.

Ana Carolina Brochado Teixeira faz uma análise histórica da gestação por substituição provando não ser essa prática, de fato, atual:

Em uma análise histórica, constata-se que este não é um fenômeno novo. Essa prática já existia sob múltiplas formas. É antiga a história bíblica na qual Sara solicitou a Abraão que tivesse um filho com a escrava Agar. Também Raquel, esposa de Jacob, pediu-lhe que concebesse um filho com sua escrava Bilha.

Para os romanos, entre os quais havia a exigência de assegurar ao homem uma descendência, era comum ceder a própria mulher a um amigo que havia se casado com uma mulher estéril.

Não obstante favorável à monógama, o Código de Hamurabi permitia ao marido, caso sua esposa fosse estéril, manter relações sexuais com fins procriativos, facultando à esposa oferecer sua escrava ao marido para que tivesse filhos (2005, p. 313).

Percebe-se que, de forma adequada à realidade da época, a prática do que hoje chamamos de gestação por substituição, sempre se fez presente como um método de solução para possibilitar que “casais inférteis” pudessem ter seus filhos.

Com o desenvolvimento da tecnologia, deixou-se de lado a necessidade da existência da conjunção carnal, da relação sexual, para que houvesse a fertilização, a partir de métodos alternativos de reprodução humana, que não podem ser desenvolvidos livremente sem a existência de algum fato que comprove a real necessidade da utilização deles.

Paulo Eduardo Olmos trata do desenvolvimento também dos estímulos, permitindo, por exemplo, que acelerasse o processo de ovulação. Ele expõe a grande dificuldade que existia para a prática dos métodos de reprodução humana assistida

quando se tinha apenas um óvulo por ciclo e, principalmente na inseminação artificial, que se introduzia o espermatozoide que teria que encontrar nas Trompas de Falópio aquele único óvulo apto a fecundar. (2003, p. 174)

É, pois, uma grande evolução, pois o que inicialmente parecia ser algo imodificável e além de qualquer modo de intervenção humana, que seria a própria concepção humana, hoje em dia consegue obter excelentes resultados com a biotecnologia e suprir a esterilidade.

2.3.1 Os procedimentos

Existem diversas formas de reprodução humana assistida. Todas elas devem ser levadas em consideração, pois apresentam solução para que as pessoas consigam obter a satisfação e realizar o sonho de terem filhos.

Como leciona Silvia da Cunha Fernandes:

A opção pela procriação artificial exige do casal e principalmente da paciente, renúncia, abnegação e paciência; assim sendo, não pode referir-se a esta decisão como um ato de vaidade, visto que representa imensa coragem e infinito desprendimento. Os processos são cercados de dificuldades, que podem gerar grandes sequelas, sendo certo que aqueles que a eles se submeteram e conseguiram obter sucesso, sem terem sido afetados psicologicamente, demonstraram que possuem uma infinita capacidade de amar. (2005, p. 53)

Muito embora todos os procedimentos possuam um mesmo ideal, na prática se apresentam de forma bem distinta, devendo ser analisado cada um deles de forma separada, como faremos a seguir.

2.3.1.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial consiste num método de reprodução natural. Normalmente ocorre quando as mulheres possuem problemas que impossibilitam os espermatozoides de, por si só, alcançarem o ponto ideal para a fecundação.

Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 212), “inseminação artificial consiste num auxílio à reprodução humana natural, por meio da inserção de espermatozoide na cavidade uterina da mulher, para fecundação natural do óvulo”.

Dessa forma, é inserido na própria mulher o espermatozoide, garantindo o alcance deste no óvulo, aumentando as possibilidades de fecundação natural. É um método de reprodução humana mais simples e muito semelhante à própria fecundação natural.

2.3.1.2 Fertilização in vitro

Nesse caso o procedimento é realizado toda de forma externa ao corpo da mulher. Só após de injetar o sêmen no óvulo é que vai introduzi-lo no útero da mulher. Como bem diz Arnaldo Rizzardo (2007, p. 512) é “a inseminação extra-uterina em tubo de laboratório ou proveta, injetando-se no óvulo da esposa o espermatozoide do marido, e implantando-se depois o embrião no útero daquela”.

O doutrinador continua a sua explicação afirmando que:

Por esta técnica, reúnem-se, extracorporalmente, num tubo de ensaio ou numa placa, o material genético masculino e o material genético feminino, o que leva à fecundação e à formação do ovo. Introduce-se o ovo no útero da mulher, depois que inicia a divisão celular. (RIZZARDO, 2007, p. 513)

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 46-47), afirma que, na fertilização in vitro, são coletados os gametas, tanto masculino quanto feminino para uma fertilização realizada em laboratório. A fecundação será realizada externo ao corpo feminino, numa estufa, que é toda projetada para ser semelhante ao ambiente das trompas uterinas. A partir daí haverá, nessa estufa, o encontro dos gametas. Somente após a formação que será transferido para o útero feminino para que se desenvolva a gestação.

Alguns problemas de saúde levam diretamente à necessidade de fecundação extrauterina, sendo essa a forma mais segura e saudável para a formação da gestação. Dentre esses problemas está, como exemplo, a obstrução das trompas da mulher, a rejeição fisiológica do espermatozoide, a aplasia do ovário (que é quando

algum tecido se desenvolve de forma defeituosa), atresias vaginais (que é uma oclusão do orifício vaginal), entre outros. (RIZZARDO, 2007, p. 513)

2.3.1.3 Gestação por substituição

A gestação por substituição seria a hipótese de implantar em pessoa terceira à relação familiar que irá surgir com o nascimento da criança, óvulo e/ou sêmen dos interessados na gestação. A gestante servirá apenas como hospedeira e, após o nascimento da criança, deverá entregá-la ao casal ou parte que expôs a intenção de ter o filho para si, quem deu impulso à gravidez e que fez com que ela ocorresse.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p.217) afirma que a gestação por substituição, vulgarmente denominada barriga de aluguel, é a implantação de óvulo fecundado in vitro no útero de outra mulher, para que aí ocorra naturalmente a gravidez e o desenvolvimento saudável do embrião. Surge então uma figura distinta que pode ser denominada de mãe sub-rogada, de suporte, de substituição ou hospedeira. Essa tem a responsabilidade de entregar, após o nascimento, a criança para aqueles que tiveram inicialmente o desejo parental e buscaram esse método de reprodução humana assistida.

É bom estar atento que, ainda que seja a própria gestante/hospedeira uma terceira pessoa na relação, pode ser ela a própria doadora do material genético. Na gestação por substituição podem ocorrer diversas situações pois o casal intencionado a ter o filho pode doar o material genético; apenas um deles pode doar o seu material genético e o outro gameta ser proveniente de terceiro que pode ser ou não a hospedeira/gestante e; pode nenhum deles doar o material genético por impossibilidade e o material genético ser da própria gestante com algum terceiro ou totalmente de terceiros.

Sérgio Ferraz (1991, p. 55) afirma a existência de três hipóteses em que poderá haver a gestação por substituição, quais sejam: no primeiro caso a doadora apenas empresta o seu útero, e o material genético será totalmente do casal que buscou e acordou em ter o filho para si; no segundo caso a doadora não emprestaria apenas o seu útero, como também doaria o seu óvulo; no terceiro caso já envolveria uma

quarta pessoa a relação, haveria a mãe que emprestou o útero, a doadora do óvulo e a/o interessado na procriação e intencionado a ter o filho para si.

Diante disso há a necessidade de muita atenção quando envolver casos de gestação por substituição, pois são situações que podem envolver até cinco partes, como seria se houvesse o marido, a mulher, a hospedeira, a doadora do óvulo e o doador do sêmen.

2.3.2 A reprodução quanto ao material genético utilizado

Um ponto que merece destaque é quanto ao material genético que será utilizado na reprodução humana assistida. Essa discussão é importante pois a depender do caso haverá a filiação biológica, da qual trataremos mais tarde, mas não necessariamente a afetiva ou haverá a filiação biológica que também será a filiação afetiva, que será posteriormente tratada. Existem duas possibilidades, que serão vistas a seguir.

2.3.2.1 Reprodução heteróloga

A heteróloga é quando há a utilização do material genético de outra pessoa, terceira à relação do casal. Existem diferentes possibilidades nesse caso, pois o fato de ter material genético de terceiro não significa, necessariamente, que não há material genético de nenhum dos que buscam essa forma de reprodução. Pode haver o material genético de apenas um do casal e de terceiro, bem como totalmente de terceiro.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges trata bem do assunto determinando que os procedimentos de reprodução humana assistida:

Serão heterólogos quando: a) a mulher for inseminada artificialmente com esperma que não seja de seu marido ou companheiro, b) a fecundação in vitro se der com o ovulo da mulher demandante e o esperma de homem que não seja seu marido ou companheiro (doador), c) tanto o óvulo quanto o sêmen a serem utilizados na fecundação assistida ou na fertilização in vitro forem de outras pessoas (doadores) que não as interessadas no procedimento de reprodução (o casal que busca a reprodução). (2005, p. 212)

Assim, é possível constatar aqui que serão identificados casos em que a filiação biológica não necessariamente se confundirá com a filiação afetiva. Muitas vezes o casal que deseja realmente o filho, e que o terá como seu, não vai ter consanguinidade com ele.

Há no Código Civil, art. 1.597, V, a presunção de filiação quando os filhos são concebidos por inseminação artificial heteróloga, mas para isso deve haver a prévia autorização do marido.

É importante observar que para os casos de reprodução humana assistida heteróloga deve haver o consentimento de todas as partes. Deve ser um ato de vontade e, por isso, deve se manifestar tanto o casal que pretende ter o filho, quanto a doadora do óvulo ou o doador do sêmen.

[...] o consentimento [...] gera efeitos jurídicos na órbita da determinação da paternidade. Esse consentimento impede que quem o deu (marido ou companheiro) se utilize de ulterior negatória de paternidade. Nesses casos a verdade biológica é afastada como critério jurídico de paternidade e prevalece o critério afetivo ou social. (BORGES, 2005, p. 213)

O consentimento, após feito, se torna irrevogável para todas as partes. Após consentido, o que realmente importa e produz efeitos jurídicos é o declarado pelas partes. Nesta senda, a maternidade/paternidade é atribuída ao casal que quis realmente ter o filho, que projetou a reprodução assistida. Não haverá qualquer tipo de vínculo jurídico entre a criança fruto dessa reprodução e quem doou o material genético. (BORGES, 2005, p. 214)

Essa manifestação de vontade representa de quem será a maternidade e paternidade. A manifestação por parte do casal interessado revela o interesse de tê-las para si, independentemente do vínculo biológico. Já a manifestação por parte dos doadores retiram desses a maternidade/paternidade, muito embora haja o vínculo biológico. Aqui entra a questão do vínculo afetivo, que será abordada adiante.

2.3.2.2 Reprodução homóloga

A homóloga é a forma mais simples, é quando um casal utiliza o próprio material genético para realizar o procedimento. É utilizado tanto o esperma quanto o óvulo do próprio casal que vai em busca da reprodução.

Há uma definição simples e objetiva feita por Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 212) que diz que serão os procedimentos “homólogos quando o material germinativo (óvulo e esperma) forem do próprio casal que busca o procedimento”.

Nesse caso o filho será biologicamente deles, além de afetivamente, visto que foi deles a manifestação de intenção de procriar.

O próprio Código Civil de 2002, em seu art. 1.597, III e IV, determina que há a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento, quando estes havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido ou que se trate de embriões excedentários.

2.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A base fundamental e principal de qualquer ponto do Direito e também das questões relacionadas à bioética está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, que afirma estar a República Federativa do Brasil fundamentada, dentre outros incisos, na dignidade da pessoa humana. Uma boa explicação para esse princípio está expressa no texto a seguir:

Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. (QUEIROZ, 2005, p. 03)

O simples fato de ser a Constituição Federal o diploma mais importante do ordenamento jurídico brasileiro faz com que as demais leis presentes nele o siga. Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio mais importante e é utilizado como fundamento do Estado brasileiro.

Como afirma numa análise sobre os direitos fundamentais e a biotecnologia, Meire Rose Góes Macedo, afirma que:

Mas isso não significa como um dos direitos fundamentais, que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a vida, a integridade física e psíquica, a privacidade etc., que poderiam ser gravemente afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou o ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal. (2011, p. 05)

A dignidade é um direito irrenunciável que todas as pessoas possuem, pelo simples fato de existirem. Dessa forma, nem o Estado e nem as pessoas podem ultrapassar a dignidade de alguém. O respeito à dignidade é intrínseco do homem e todos devem o obedecer.

Todo ser humano, enquanto sujeito moral, desfrutando de autonomia e responsabilidade, possui dignidade, é essa, um valor próprio do ser humano no meio social em que vive (LEPARGNEUR, 1994, p. 178).

A Lei Fundamental brasileira trouxe claramente no seu texto, como visto no início do estudo, a dignidade da pessoa humana, reconhecendo-a, muito embora não seja a previsão constitucional dela uma condicionante.

Ainda que não estivesse prevista em Lei a dignidade do ser humano existiria. Isso porque essa dignidade que está sendo preceituada é inerente a todo ser humano, cabendo a cada Estado reconhecê-la, protegê-la e promovê-la da forma que lhe couber (SIQUEIRA, 2010, p. 10).

Em determinadas situações, no entanto, é possível observar que a dignidade da pessoa pode parcialmente afetada, muitas vezes em prol da própria sociedade, como é o caso de um indivíduo ser privado de sua liberdade. Mas essa não é a regra.

Isso encontra respaldo inclusive quando há o conflito entre princípios e direitos fundamentais na própria Constituição Federal de 1988. Um exemplo, bem aplicável ao objeto de discussão em que envolve os limites a serem observados pela ciência quando diante da vida humana, é o direito fundamental à liberdade científica, previsto no artigo 5º, IX, *literis*, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”.

Maria Garcia (2004, p. 89), de maneira clara, reconhece os poderes da biotecnologia e a maneira como essa pensa no ser humano, afirmando que “tem o efeito de

atomizar o ser vivo em partículas químicas, despedaça-o em microentidades funcionais assemelhadas a objetos técnicos.”

É verdade que amplo e quase que ilimitado, assim como uma expressão de pensamento, é o direito do cientista em desenvolver suas pesquisas e obter seus resultados. Mas a partir do momento em que esses resultados acarretam em consequências práticas que ofendam diretamente a dignidade das pessoas esses direitos devem ser limitados ou até mesmo impedidos.

No tocante à gestação por substituição é preciso observar o cumprimento desse princípio fundamental, principalmente na intenção de proteger a dignidade da criança que irá nascer a partir deste pacto, visto que, muitas vezes, as partes esquecem ser a criança, ainda que nascitura, um sujeito de direitos e que a dignidade é inerente a todos os seres humanos.

3 O ATO DE GESTAR POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

É necessário analisar a gestação por substituição juridicamente pois, muitas vezes, as consequências dessa forma de reprodução vão além do âmbito da própria pessoa que o realiza. Como preceitua Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 211), essas consequências ultrapassam a esfera jurídica do doador.

Pode haver o caso de ser a doadora apenas portadora, ficando responsável apenas pela gestação, de modo assecuratório desse procedimento, com o fim de gerar o filho que será biológico da mãe doadora do óvulo. Nesse caso não há muita complexidade quanto aos direitos de maternidade. O direito seria conferido à mãe biológica, doadora do óvulo que, além de tudo isso, será também a mãe socioafetiva da criança.

A outra situação é quando a doadora do útero, não é apenas portadora, mas acaba sendo mãe de substituição. Isso decorre da doação concomitante do próprio óvulo. Nesse caso, a mulher além de ceder o próprio ventre, vai doar também o seu material genético. Quando diante de uma situação como essa, não há opinião formada e nada que possa assegurar às partes, hoje, além da boa fé, o que gera uma situação complexa diante dos tribunais. Isso é muito comum ocorrer quando a gestação por substituição é por ato de vontade de casais homossexuais, que, por serem do mesmo sexo, não podem doar o material genético suficiente.

Haveria duas possíveis soluções para decisões a respeito do tema. A primeira seria julgar pelo reconhecimento da maternidade socioafetiva, desconsiderando qualquer vínculo de filiação que pudesse vir a existir entre a mãe doadora do útero e do óvulo, quando necessário, e a criança. A mãe nesse caso seria a mãe que planejou e se preparou para ter esse filho como seu, apenas confiando na pessoa que se sobrepôs a ajudar nas doações para que pudesse satisfazer a sua vontade.

A segunda seria seguir à risca a ideia de que mãe é aquela que dá a luz à criança ou de que mãe necessariamente tem que ter o vínculo biológico, que é um pensamento um tanto quanto retrógrado, não considerando a peculiaridade do caso em si, e determinar a maternidade à mãe doadora do útero e do óvulo, quando se fizer necessário, por ser a criança nascida do seu ventre ou o seu filho biológico. A defesa dessa posição está fundamentada em problemas psicológicos que poderiam

se desencadear tanto na mãe que se submeteu à gestação e que pode, inclusive, ter vínculos biológicos com a criança, quanto no filho, em consequência da separação.

Isso serve para expressar um pouco das consequências que o tratamento inadequado e falto sobre o tema vem causando.

Determinar o tratamento jurídico dos contratos de gestação por substituição nos dias de hoje ainda tem sido, portanto, uma tarefa árdua e trabalhosa. Isso por conta de não existir sobre o tema disciplina específica.

Essa falta de legislação pode se dar em decorrência de dois fatores. O primeiro seria um possível descaso do legislativo pelo fato desse tema ainda não ter causado forte impacto aparente e corriqueiro nos tribunais, de modo que pudesse impulsionar a criação das normas.

O segundo pelas dificuldades existentes para afirmar os ideais éticos e regulamentar essas matérias que se encontram em constante evolução e mudança, por conta da inconstância da ciência.

Mas isso não significa que não existem nos tribunais discussões a respeito do tema e nem que os magistrados não encontram dificuldades no momento de julgar casos relacionados a essa matéria.

3.1 OS PROJETOS DE LEI E CONTEÚDO DA RESOLUÇÃO 1957/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

No Brasil, embora a prática já seja constante, repita-se, não há disciplina legislativa sobre o tema. O que existe são projetos de lei, ainda, de certa forma, caminhando lentamente para serem discutidos. O primeiro projeto de Lei sobre a matéria foi o sob n.º 3638/93, proposto pelo Deputado Luiz Moreira, em seu artigo 1º, já afirma o aspecto auxiliar da gestação por substituição:

Art. 1º - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

Há também o projeto de Lei do Deputado Confúcio Moura, nº 2.855/97, que afirma, de logo, no seu artigo 2º, que “as técnicas de RHA têm por finalidade a participação

médica no processo de procriação notadamente ante a esterilidade ou infertilidade humana, quando outras terapêuticas tenham sido consideradas ineficazes”.

Além disso, no título IV, que trata dos pais e filhos, determina que não haverá a caracterização de nova filiação, ainda que seja revelada a identidade do doador. Defende também que não haverá nenhum tipo de observação ou diferenciação por ter sido a criança advinda de algum método de reprodução humana assistida.

Há também o projeto de Lei nº 90/99 do Senador Lúcio Alcântara, que na seção VI, de forma direta, expõe que:

Art. 18 Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Art. 19 O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 20 As consequências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados in vitro ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.

Art. 21 A morte dos beneficiários não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos.

Com isso, é constatado que o direito à filiação é concedido aos pais que buscaram a técnica de gestação por substituição, que demonstraram a vontade da filiação e de ter a criança como seu filho, e não aos que contribuíram para essa técnica tanto como doadores, quanto como a própria mãe-hospedeira, responsável apenas por “guardar” a criança por nove meses em seu ventre, exatamente o período da gestação.

Deve ficar sempre claro que o papel das técnicas de reprodução humana assistida são técnicas auxiliares e jamais devem ser aplicadas no caso de pessoas saudáveis e férteis, que por questões de vaidade ou medo, não querem levar adiante uma gestação. Não seria correto a pessoa sem que houvesse uma justificativa plausível, colocar outra numa situação que envolve um tema tão delicado.

Além disso, deve ser claro o caráter solidário e não oneroso. Não pode jamais ser entendida a gestação por substituição como uma atividade comercial e com fins lucrativos. Não pode ser entendido como devido o pagamento pelo fato de uma pessoa aceitar ser hospedeira do filho de outra.

Os Conselhos de Medicina, atualmente, tem sido a base para o que os Tribunais vem aplicando no que diz respeito à gestação por substituição. A respeito dos Conselhos de Medicina, Denise Dayane Mathias Rodrigues afirma que:

Os Conselhos Regional e Federal de Medicina são os órgãos legalmente instituídos, com autonomia para regulamentar e criar determinações por meio de suas resoluções e portarias, indicando as formas como devem proceder os médicos ao manipularem material genético humano, de forma a não violar direitos e preceitos morais e antes de tudo éticos. (2007, p. 400)

Quanto à disciplina do tema em si, esses projetos de lei seguem os ideais trazidos e hoje em dia seguidos e respeitados pelos magistrados na aplicação prática diante do caso concreto, presentes na resolução nº 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que apesar de disciplinar condutas e ética médicas, acaba por disciplinar a matéria, mesmo que sem força de lei.

Afirma que, para que seja utilizada a gestação por substituição deve haver comprovada chance de êxito e, além disso, não pode incorrer em risco à saúde da pessoa que vai ser doadora do útero e, muito menos risco para a criança que vai ser gerada.

Essa resolução, no seu ponto VII que trata da “Gestação de substituição (Doação temporária do útero)”, afirma que:

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Dessa forma, deixa claro que, para que esteja autorizada uma mulher de proceder na opção de reprodução citada, é necessário que seja comprovada a sua impossibilidade de gestação, por algum problema surgido no útero, pela sua ausência ou pela má formação ou ainda que haja relatório médico contendo possíveis riscos além dos normais à mulher no caso de uma gravidez, de forma que possa comprometer até mesmo a sua própria vida.

Se não houvesse esse limite, mais pessoas iriam banalizar a prática da gestação por substituição, ainda mais sabendo da possibilidade do filho ser biologicamente seu. Seria o caso de modelos e pessoas que trabalham do corpo não engravidarem

apenas por conta das consequências que uma gestação traz para o corpo, como o sobrepeso, estrias, celulites, entre outros.

Seria ilógico, por uma banalidade, submeter outra, que está demonstrando sua solidariedade, a uma gestação, apenas por questões estéticas. Se isso fosse permitido, a prática perderia o real sentido e a mulher que empresta o ventre estaria sendo vista apenas como um objeto, sem nenhum valor.

Há também um segundo ponto que merece ser observado e discutido. Embora saibamos hoje do interesse econômico visado por muitas mulheres que se dispõem a ser útero de aluguel, deve-se destacar a posição atual e até mesmo fazer conexões com outros institutos jurídicos sobre o tema. É terminantemente proibido qualquer tipo de recompensa à doadora do útero. O ato de doar deve ser grandioso, generoso e solidário, apenas. Se encaixa aqui, inclusive, nesse ponto, a discussão sobre qual seria o nome ideal a ser dado ao “contrato” feito pelas partes, que será vista no próximo subitem.

Como um exemplo de repulsa ao caráter oneroso do empréstimo do útero, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 623 – 624), referem-se ao caso Baby M. em Nova Jersey (EUA), em que o casal (Elizabeth e William Stern) não quis levar adiante a gravidez, pois poderia trazer prejuízos profissionais, contratou o ventre de outra pessoa (Mary Beth Whitehead) na intenção de que essa fosse fecundada com o sêmen do marido e após o nascimento da criança lhes fosse entregue. Acertaram uma remuneração após a conclusão do contrato, ou seja, da entrega da criança. Acontece que, após o nascimento da criança, a pessoa contratada se recusou a entregar a criança, alegando ter adquirido amor pela criança e afirmando ter aceitado apenas diante da sua situação financeira, mas que não poderia ter previsto antecipadamente o afeto que iria surgir. O caso foi levado para a Suprema Corte de Nova Jersey e o Tribunal decidiu pela ilegalidade da comercialização do corpo humano e pela ilicitude do negócio celebrado, de forma que foi mantida a maternidade da mãe hospedeira.

O terceiro ponto diz respeito à necessidade de parentesco de até segundo grau entre a doadora do útero e a doadora do óvulo. A ideia é de que desse modo se evitem futuros conflitos ligados à disputa pela criança. Mas é bom atentar que essa é uma suposição feita a respeito da relação familiar. Existe, porém, a possibilidade de mesmo sem relação familiar ser autorizada a gestação em útero de doador. Para

autorizar o Conselho irá se valer da boa-fé da pessoa que se dispõe a ser doadora do ventre.

A gestação de substituição é designada “doação temporária de útero” e permitida sem caráter comercial. A doadora temporária de útero deverá pertencer à família da “doadora genética” em parentesco de até segundo grau. Assim, a maternidade substituta é admitida somente entre parentes próximas, estando claro que a mulher que idealiza a gravidez deve ser a mãe genética da criança. (LUNA, 2002, p. 240)

Essa questão levanta outras diversas questões. Isso porque justamente por ser um ato de solidariedade, boa vontade, não deveria haver a restrição. Por outro lado, ao determinar essa regra, o Conselho Federal de Medicina pressupõe que no caso de relação entre parentes vai ser mais fácil de resolver e pode até diminuir os conflitos jurídicos, pois não haveria o problema, por exemplo, de entrega da criança, o que, infelizmente, pode ocorrer com mais facilidade entre desconhecidos.

Mas é bom perceber que nem sempre é assim e que muitas vezes deve ser aberta a exceção. Isso porque em algumas situações a pessoa não tem mais membros mulheres na família que possa ser gestante. Não só esse argumento deve ser considerado, mas também a confusão que poderá surgir entre parentes da sua relação, por exemplo de tia e avó, após ter sido “mãe” da criança, ainda que apenas hospedeira.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges ensina que:

A regra que limita a “cessão do útero” a parentes próximas da mãe civil pode gerar outro problema: a confusão, por parte da mãe gestacional, do seu papel de avó, em relação à criança que ajudou a gerar, com o papel de mãe (de substituição, no período da gestação). Assim como a tia, que foi a mãe gestacional, pode não distinguir esse papel com o seu lugar de tia na árvore genealógica daquela criança. Uma vez que a mãe de substituição, por ser uma familiar próxima, continuará tendo contato com a criança que ajudou a gerar, muitos problemas podem surgir de sua relação com a criança e com a mãe civil desta. (2005, p. 218)

Continua a estudiosa afirmando que poderia ser esse problema reduzido caso fosse autorizada prática por terceiros, que não tivessem laços familiares e afetivos com a mãe civil. Até mesmo pelo fato de se estreitar a relação após o nascimento da criança, visto que não haverá mais contato após esse momento. É em razão disso, inclusive, que nos Estados Unidos a prática da gestação por substituição tem a natureza contratual, sem que haja a necessidade de cumprir requisitos tão restritivos. (BORGES, 2005, p. 218)

Existem projetos de lei mais recentes, em trâmite no Congresso Nacional, como os

de n.º 1135/2003, 1184/2003 e o 2062/2003.

Cecilia Barroso de Oliveira Herika Janayna Bezerra de Menezes Macambira Marques retratam a realidade que nos circunda:

No Brasil, o aluguel de uma barriga é permitido somente em "caráter solidário". Ou seja, entre mulheres com algum vínculo afetivo e sem a presença de dinheiro. Assim determinam as normas dos conselhos regionais de medicina. Na prática, porém, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem a suas clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero – e receber por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados (2009, p. 1224).

Einardo de Sousa Lima Junior acrescenta novos pontos que, para ele, deveriam também ser observados como critérios essenciais para essa técnica discutida de reprodução humana assistida, qual seja:

A mãe de gestação deverá ser maior e apresentar certa maturidade, de preferencia acima de 25 anos, pois deste modo ficará mais fácil para a mesma “devolver” a criança para os seus pais. Importante também esta não ser a sua primeira gravidez, haja vista que a mesma poderá se afeiçoar demais à criança, o que poderia gerar o inadimplemento da obrigação de “devolver” a criança aos contratantes. (2005, p. 04)

Além do observado, na defesa dos direitos existentes no contrato de gestação por substituição, se faz mais do que obrigatório a observação dos direitos da criança que vai ser gerada. Isso porque a mais atingida na situação toda é a criança, que não tem a oportunidade de expor o seu ponto de vista e escolher. Dessa forma, cabe ao direito, mesmo que de forma indireta, diante da ausência de lei, disciplinar como vai ser tratado o direito da criança.

Para assegurar esses direitos os doutrinadores recorrem ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90. Logo em seu artigo 3º, é dito:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Esse artigo reafirma o princípio da dignidade da pessoa humana citado inicialmente. Além disso essa mesma lei reafirma e aplica punição para o caso de descumprida a função puramente altruística do “contrato” de gestação por substituição.

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:
Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

Com relação ao princípio da legalidade, também basilar e essencialmente valorizado no nosso ordenamento jurídico, é de se observar que no tocante à gestação por substituição há uma gigante omissão legislativa. Essa lacuna existente na lei abre a possibilidade de utilização de fundamentos diversos por parte dos magistrados na hora de decidir sobre um caso concreto.

Ao mesmo tempo em que esse é um tema amplo e passível de solução apenas na situação fática e concreta o nosso sistema preza pelo mínimo de segurança jurídica, que possa servir como base no momento de recorrer aos direitos e fazer exigir o cumprimento dos deveres.

Há uma exigência de que sejam passadas informações suficientes às partes, de modo que não restem dúvidas. No momento em que são passadas essas informações é preciso sinceridade do médico ao ponto de expor dados fáticos e probabilidade do método escolhido dar certo. Essa informação deve alcançar caráter jurídico, biológico, psíquico, ético e econômico.

Como defende Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 624) é necessário aplicar requisitos, até mesmo para firmar a responsabilidade civil das partes. Isso com o intuito de evitar que as partes repudiem, por diversos motivos, a filiação estabelecida no momento da fixação do pacto entre as partes. Isso porque, muitas vezes ocorre do filho nascer com algum tipo de deficiência, física ou mental, e os pais biológicos ou que foram responsáveis pela gestação se recusarem a ficar com a criança. Há também a situação em que a doadora do ventre se recusa a entregar a criança por ter se apegado de alguma forma a ela. Eles afirmam, inclusive, que respeitadas as exigências previstas no Conselho de Medicina, a maternidade deve ser conferida à mãe que cedeu o material genético ou que, intencionalmente, provocou a gestação por substituição, como é o caso da mãe que não cedeu o seu material genético, por algum impedimento médico, mas que foi em busca de alguém que pudesse doá-lo e que, no caso, pode ser a própria doadora do ventre.

O projeto de lei nº 3638 de 1997 ainda dispõe que:

Art 8º Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta lei pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em

documento de consentimento informado.

Parágrafo Único Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

A situação adquire complexidade na prática também quando envolve questão relacionada ao registro da criança. Há no Brasil o entendimento que a mãe seria a que deu a luz, o que não se adapta às mudanças trazidas pela biotecnologia no âmbito da gestação por substituição. Há também a necessidade de se preservar em prioridade o direito da criança. Dessa forma, vem se considerando que o registro deve ser feito em nome da mãe sub-rogada e que, após isso, através da via judicial seja modificado esse registro. Para tanto há a exigência de que seja feito exame de DNA de forma a comprovar a maternidade e paternidade biológica.

Essa situação acaba por gerar constrangimentos ainda maiores, além de não estar preparada para abarcar todas as possíveis situações que envolvem a gestação por substituição, como a já vista posição de mãe substituta. Acaba o direito indo contra próprios fundamentos e desencadeando transtornos psicológicos ainda maiores para as partes, eis que acaba por ir em sentido contrário ao próprio princípio da celeridade e afirmando, até que se prove o contrário, ser da doadora do útero o direito de maternidade.

O princípio da celeridade busca a forma mais breve possível de se chegar à solução dos conflitos. No entanto, o procedimento adotado atualmente para resolver os problemas acaba por mitigar os ideais trazidos por esse princípio na medida em que confere maior complexidade na solução dos conflitos, fazendo assim tardar o registro efetivo e definitivo da criança.

Está previsto no artigo 5, LXXXVIII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Além da solução para o conflito se prolongar, as partes serão diretamente mais afetadas, na medida em que a própria estratégia de solução adotada, em si, já acarreta em uma situação constrangedora.

Dessa forma, o ideal é que haja a disciplina sobre o tema e que essa seja eficaz, apta a solucionar os conflitos emergentes e conferir celeridade nos julgamentos.

3.2 INDISPONIBILIDADE E DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Código Civil brasileiro (2002), dos artigos 11 ao 21, trata diretamente dos direitos da personalidade. Esses direitos da personalidade são, em verdade, um reflexo dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. O que importa é analisar dentro desses qual o limite de disponibilidade que cada indivíduo possui.

Orlando Gomes (2007, p. 136) afirma não ser correto o uso do termo direito a personalidade. Em verdade o que existe é um atributo jurídico que é conferido às pessoas e estes fazem irradiar todos os direitos que são essenciais para o seu desenvolvimento. Esse é o pensamento, inclusive, da doutrina majoritária.

Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 204) ensina que:

[...] cabe ressaltar que não constitui esta “um direito”, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

Flávio Tartuce conceitua os Direitos da Personalidade e aponta os ícones principais deste:

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem cinco ícones principais: vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos. (2005, p. 1)

Dessa forma, a personalidade constitui a própria essência do ser humano, tanto física, quando psicológica e essa deve ser preservada. Razão esta pela qual há uma proteção direta a esses direitos. Seriam direitos da personalidade os que envolvem a vida, a liberdade, o corpo, a integridade física, a imagem, o nome, entre outros.

Os defensores da teoria concepcionista do ser humano defendem que há também a proteção aos direitos da personalidade do nascituro. O próprio Flávio Tartuce, defende essa ideia afirmando que “O nascituro também possui tais direitos, devendo ser enquadrado como pessoa. Aquele que foi concebido mas não nasceu possui personalidade jurídica formal: tem direito à vida, à integridade física, a alimentos, ao nome, à imagem.” (2005, p. 2).

Esse doutrinador discorda totalmente do pensamento de que o nascituro possui mera expectativa de direitos. Ele é detentor de todos os direitos, excluindo-se os direitos patrimoniais, que somente será adquirido após o seu nascimento. (TARTUCE, 2005, p.2).

O artigo 11 do Código Civil de 2002 determina que salvo quando expressamente previsto em lei, os direitos da personalidade serão sempre irrenunciáveis e intransmissíveis, não sendo suficiente para a desconsideração deles a manifestação de vontade das partes. Dessa forma, não basta que alguém renuncie um direito da personalidade, essa possibilidade de renúncia deve estar expressamente prevista em lei.

O Código Civil de 2002 não traz diretamente nas hipóteses elencadas para os direitos de personalidade, que diga-se de passagem não se trata de um rol exaustivo, a questão referente à possibilidade de “disposição” de integridade física, como admitido hoje, sem fins lucrativos, para as práticas de reprodução humana assistida. O artigo que mais se enquadra nesse caso é o 15 que dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

A gestação por substituição, portanto, só poderá ser efetivada, quando houver consentimento de todas as partes envolvidas. Inclusive da mãe de substituição, que não poderá ser obrigada e nem convencida, por remuneração ou outros tipos de promessas. Deve haver a liberalidade e demonstração de sua vontade livre de ter em seu ventre filho de outrem. Isso em decorrência da própria natureza altruística da gestação por substituição.

Há também a questão relativa à cessão do material genético, quando se discute a disponibilidade do corpo, envolve também a questão relativa à disponibilidade do material genético, eis que componente do próprio corpo.

Arnaldo Rizzardo lecionada sobre o que seria o próprio material genético e opina quanto a possibilidade de sua cessão:

Cabe dizer, primeiramente, que os materiais genéticos procedentes do corpo humano são excreções de certas glândulas, a fim de produzir o fenômeno da reprodução. Formam parte do substrato físico da pessoa. Mas, desde que extraídos dos órgãos que os produzem, tanto o sêmen como o óvulo consideram-se juridicamente coisas, podendo constituir objeto de relações jurídicas. (2007, p. 525).

Ao afirmar isso ele discorda de quem acredita que excreções do corpo humano não podem ser objeto de relações jurídicas, pois estaria vedada a possibilidade de partes que são naturalmente extraídas do corpo humano, como no caso o sêmen e o óvulo, também serem objeto de direitos reais. O material genético seria, portanto, parte de um corpo humano, possível de constituir objeto de relações jurídicas.

3.3 DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

É importante observar que a gestação por substituição, necessariamente, envolve a disposição de todas as partes envolvidas do próprio corpo.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges leciona que:

Em todos os casos há autonomia jurídica sobre o direito ao próprio corpo: tanto para a mulher que recebe em seu útero o sêmen (do próprio marido, do companheiro ou de terceiro autorizado) quanto para a mulher ou o homem que doam o próprio material germinativo a ser utilizado em processo reprodutivo de terceiros. (2005, p. 212)

Complementa o pensamento sobre a autonomia jurídica e privada afirmando que:

Reconhece-se a autonomia privada das pessoas para, inclusive, realizar negócios jurídicos com o objetivo de colaborar no procedimento de reprodução assistida, seja quando a mulher autoriza a Intervenção médica para retirada de um óvulo maduro para outra pessoa, seja quando ela autoriza a inseminação artificial em seu corpo, seja quando terceiros doam material germinativo, assim como quando a mulher ou o casal contratam serviços médicos com tais finalidades. (BORGES, 2005, p. 212)

Essa disposição, autonomia, possibilidade do ser humano decidir o que e como fazer com o seu próprio corpo, inclusive e principalmente no que diz respeito à reprodução humana assistida deve observar limites, para não ultrapassar a finalidade do próprio ato.

Doutrinadores como Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, admitem a realização de negócios jurídicos envolvendo partes do corpo. Deve-se observar, porém, certos limites. Não pode acarretar em diminuição do corpo humano e nem em ofensa ao princípio maior que rege a Constituição Federal de 1988 que é o, já visto anteriormente, da dignidade da pessoa humana. (GOMES, 2007, p. 140)

É possível a disposição de partes do corpo, ainda em vida ou após a morte, quando essa se direcionar a causas científicas e humanitárias. Ainda assim deve ser preservada a vida e a integridade física. (PEREIRA, 2009, p. 212)

A lei 9434/97, que dispõe “sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”, em seu artigo 9º, § 3º, determina que:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Resta claro, perceber o convencimento doutrinário quanto a possibilidade de disposição de partes do corpo humano que possam dele ser separadas sem ocasionar prejuízos à integridade física.

O problema maior surge quando a discussão se volta ao empréstimo do corpo humano para que nele se desenvolva filho de outrem. Por mais que se fale no útero, nesses casos estará envolvido todo o corpo da mulher no processo natural de gestação, com todos os desgastes provenientes desse processo.

Sérgio Ferraz (1991, p. 30) afirma a impossibilidade da disponibilidade do material genético, bem como do próprio corpo para a concepção. Óvulo, sêmen e embrião, para ele, não são órgãos e por isso não deve haver relação entre as formas de procriação assistida e o transplante de órgãos, lei citada anteriormente. Além de tudo isso, afirma que dessa relação ainda nasceria uma criança, detalhe que não pode ser esquecido.

Esse posicionamento, porém, não merece prosperar. A finalidade da gestação por substituição é a procriação, a solidariedade para que a outra pessoa consiga realizar uma vontade, um sonho, um desejo de ter filho. Não pode, em hipótese alguma, ser visto como uma forma de satisfação de interesses patrimoniais. Dessa forma, não pode ser utilizado esse pacto como uma hipótese de firmação de contrato de “venda” ou “aluguel”, por exemplo. Há a exigência de, até mesmo para cumprir a sua essência, ser uma manifestação de bondade e humanidade, com o único intuito de ajudar o próximo.

Além disso, a todo momento está sendo resguardado, como prioridades, os direitos da criança que irá nascer dessa relação. É resguardada, também, a integridade da doadora do útero, tanto física, quanto psíquica, visto que o acompanhamento de profissionais é inerente ao procedimento procriativo.

Até mesmo porque se não houvesse a imposição de limites, como o exemplificado acima, haveria uma nítida autorização para a comercialização do corpo humano e de partes e elementos que o compõe.

3.4 O DIREITO À PROCRIAÇÃO E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O desejo de maternidade, hoje, não mais, se restringe a uma relação conjugal ou, necessariamente, prática de ato sexual.

Antigamente se tinha a ideia de que o homem e a mulher se casavam justamente com o intuito de realizar o desejo de formar uma família e que o primeiro passo para a procriação era o casamento. Com o passar do tempo, os novos conceitos de formação da relação familiar, admitindo-se a relação homoafetiva e reconhecendo que não há a necessidade da união entre um casal, podendo ser formada a família apenas por uma pessoa, mulher e homem, e seus filhos, e, ainda, com o desenvolvimento de novas técnicas de reprodução humana assistida, foi reconhecido o direito individual, tanto do homem, quanto da mulher, à procriação, de forma individualizada. (LOUREZON, 2010, p. 109).

Conquanto seja importante essa evolução, o reconhecimento e a tutela do direito à procriação pelo próprio Estado deve haver a imposição de limites, a fim de evitar maiores consequências para a própria mulher que tem o desejo de ser mãe e para a criança, que pode não ter a presença do seio familiar tradicionalmente conhecido e aceito.

A doutrina diverge no tocante à existência do direito à procriação, uma parte acredita existir esse direito, observado certos limites e; outra parte acredita não existir esse direito, sendo o ter ou não filhos uma faculdade.

A corrente que afirma existir um direito à procriação, tendo como uma de suas defensoras Ana Carolina Brochado Teixeira, como será visto adiante, entende que

ele é de extrema importância para o desenvolvimento da personalidade e que impedir uma pessoa de procriar seria um atentado direto ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente. Isso decorre também da proteção à família, pois a Constituição Federal protege a família de modo que seria ilógico impedir que essa se forme, ilibando a pessoa de ter filhos, quando de forma natural ela não pode. Deveria, portanto, ser assegurado o direito à procriação, também, por meios artificiais, em prol de uma finalidade maior, qual seja, a formação familiar.

O próprio artigo 226 da Magna Carta afirma ser a família a base da sociedade e objeto de proteção do Estado. Além disso, há a proteção ao livre planejamento familiar, que corrobora a necessidade do direito à procriação.

Outra parte da doutrina, como Arnaldo Rizzardo (2007, p. 519) e Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 356), compõe a corrente que afirma inexistir o direito à procriação, na medida em que esse não pode ser interpretado como objeto de satisfação de desejo dos pais. A procriação deveria ser uma faculdade de quem deseja formar uma família. O que se prioriza aqui é a dignidade da criança que será gerada. O foco deveria ser na liberdade e não no direito em si.

Demonstrando a sua intenção, Arnaldo Rizzardo (2007, p.519), afirma que “em verdade, cumpre se tenha a conscientização da posição do filho, como um ente em si, não pertencendo a uns ou outros pais. Há o direito de criar uma família, e não o direito à procriação”.

Arnaldo Rizzardo cita ainda em sua obra Reinaldo Pereira e Silva que faz um breve resumo do direito à procriação e sua existência:

A respeito do chamado direito à procriação, cumpre registrar que nas principais declarações internacionais de direitos humanos, não existe nenhuma referência explícita ao direito à procriação; unicamente se formula o direito de fundar uma família que, implicitamente, porém, não de modo obrigatório e imprescindível, aponta a função procriativa. O exercício da função procriativa, por sua vez, deve se pautar sempre pela observância ao valor que tem em si o filho que se busca. (2007, p. 519)

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 356), por sua vez, afirma que “na realidade não existe um direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar e uma liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um”.

A primeira corrente parece mais coerente e se adapta melhor às diretrizes constitucionais, mas, apesar de sua força, deve haver um foco maior à criança que será gerada, justamente por ser essa um sujeito de direitos.

Como diz Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 312):

O direito à procriação está implícito na ordem jurídica, principalmente nos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Constituição da Família. Este tem como limites os interesses da criança a ser gerada, não sendo, em razão disso, absoluto.

Dessa forma, deve ser observado, prioritariamente, as consequências que a criança, fruto da gestação por substituição, poderá sofrer, devendo os responsáveis e consumidores do ato, se preocupar previamente com todas as maneiras para preveni-las e posteriormente impedi-las o máximo possível.

O direito à procriação não pode, sob hipótese alguma, ultrapassar os limites de dignidade traçados em nossa sociedade.

A filiação é, pois, uma forma do indivíduo se realizar consigo mesmo e se valorizar. Não seria razoável limitar esse direito. Cristiano Chaves de Farias e Rosenvald (2011, p. 613) afirmam que a família é um instrumento ideal para o homem, onde ele desenvolve as suas potencialidades e sua personalidade, a partir das relações travadas, sendo a filiação um dos mecanismos de realização da personalidade humana.

Inclusive, no que diz respeito a filiação, é impossível e até mesmo discriminatório utilizar a referência à origem consanguínea como pré-requisito para determinar paternidade ou maternidade. Hoje são diversas as formas de filiação. Hoje, inclusive, pode ser considerada como uma relação de parentesco em primeiro grau, entre uma pessoa e aqueles que a criaram ou conceberam, tendo como ponto principal para configurá-la o afeto, a solidariedade, o amor, a cumplicidade, ou seja, decorrente de uma relação entre pais e filhos.

Em defesa a todas as formas de filiação, tendo como base principal o afeto e a intenção dos que se propõem a ser pais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 615) afirmam:

A liberdade de cada pessoa de efetivar a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos (através de relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo puro e simples da condição paterno-filial. Seja qual for o método escolhido, não haverá qualquer efeito diferenciado para o tratamento jurídico (pessoal e patrimonial) do filho.

Dessa forma, os filhos não podem ser discriminados, independentemente de serem biológicos ou afetivos; a filiação e a procriação são direitos que devem ser resguardados aos seres humanos na medida em que são condicionantes e

essenciais para a concreta realização pessoal, fazendo jus à própria dignidades da pessoa humana; e, para concluir e determinar a relação de parentesco entre pais e filhos não é fator importante a consanguinidade, mas sim o afeto, o amor e a intenção dos envolvidos.

4 DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL E DA LICITUDE DO CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: OS PRÉ-REQUISITOS PARA A CONCRETIZAÇÃO – BREVES NOTAS

Após analisada a possibilidade de disposição do próprio corpo, bem como o direito de procriação. Cabe analisar a natureza jurídica do ato de gerar uma criança por substituição.

Não se pode negar a existência de uma relação obrigacional nos casos de gestação por substituição. Isso porque no pacto de gestação por substituição sempre haverá duas partes, ou mais, que assumem, entre si, obrigações mútuas. De um lado tem-se o casal interessado em ter o filho para si, que busca a técnica de reprodução humana assistida. De outro lado têm a mãe gestacional – a pessoa que se dispõe a emprestar o seu útero para que a técnica buscada seja posta em prática – e os possíveis doadores de material genético, do óvulo e sêmen, quando for necessário, pois muitas vezes os que buscam essa técnica se utilizam do próprio material genético.

Patrícia Miranda Lourenzon (2010, p. 124) faz uma divisão de modo a facilitar a análise de estrutura da relação obrigacional existente, ressaltando como os elementos constitutivos desta o “a) pessoal ou subjetivo, referente aos sujeitos; b) material, atinente ao objeto da obrigação, que é a prestação positiva ou negativa do devedor; c) vínculo jurídico, sujeitando o devedor à realização de uma prestação positiva ou negativa no interesse do credor.”.

Entre as obrigações existentes, está a obrigação, por exemplo, de após o nascimento da criança, a entregar aos pais que buscaram a técnica de reprodução humana assistida, de gestação por substituição. Há de ser reconhecida aqui a inexistência de relação jurídica entre a mãe substituta e a criança que vier a nascer. A mulher que emprestou o seu útero para a formação da criança não terá nenhum direito sobre ela, ainda que seja sua filha biologicamente, quando há a doação também do óvulo, além do mero empréstimo do útero para a gestação.

Há também a obrigação de quem buscou o método arcar com as despesas da mãe gestacional, em decorrência da gestação. É bom ressaltar que isso não torna o caráter oneroso, o que é expressamente vedado pelo Conselho Federal de

Medicina, como vimos anteriormente. Não pode, em nenhuma hipótese, ser vista a gestação de substituição como uma comercialização do corpo ou de qualquer parte deste, no caso do útero. Não se pode ter a ideia de lucratividade.

O que pretende se enquadrar aqui, quando fala de arcar com as despesas é a obrigação de cuidados, tratamentos e comportamentos especiais, inclusive pelo caráter solidário do pacto. Não pode transferir para a gestante, que está realizando um ato puramente em benefício de terceiros, o ônus de uma gestação, que envolve acompanhamento médico, psicológico, de vestuário e até mesmo de alimentação.

A questão problemática surge quanto à forma de se tutelar os direitos obrigacionais firmados num pacto de gestação por substituição. Patrícia Miranda Lourenzon (2010, p. 127), numa introdução a essa discussão afirma que:

[...] evidente o vínculo jurídico criado entre as partes, consistente na relação de subordinação jurídica onde o devedor (mãe gestacional) deve 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.

E, ainda, conclui o raciocínio asseverando que:

Constata-se, portanto, que a gestação de substituição merece regulamentação jurídica, quiçá na forma contratual, sob pena de vedarmos os olhos às tratativas informais firmadas entre a mãe biológica/casal solicitante e a mãe gestacional, ocorrências facilmente verificadas em clínicas de reprodução assistida e, até mesmo, pela internet. (LOURENZON, 2010, p. 127)

É de se levar em consideração que, ainda que vedada a prática da forma que ocorre pelo Conselho Federal de Medicina, é essa cada vez mais constante. Na internet é possível a identificação de diversos sites, apenas a partir de uma simples pesquisa nos sites mais conhecidos de busca, como o “google” e “yahoo”, que diversas pessoas anunciam se predispondo a ser mãe de aluguel em troca de remuneração.

Os contratos podem ser determinados como a fonte mais importante de obrigações. Isso porque, o que está determinado nele e fica acordado entre as partes acaba por se tornar direitos e deveres que devem ser cumpridos pelas partes.

O contrato é um negócio jurídico e as características desse tipo de negócio estão elencadas no artigo 104 do Código Civil. Um dos pontos marcantes no negócio jurídico é a natureza patrimonial da relação que se forma e a contrapartida que é

algo sempre passível de valoração. Talvez a denominação correta para o “contrato” firmado seja pacto ou até mesmo acordo de boa fé.

A partir daí surgem grandes discussões. Alguns discutem a impossibilidade do ser humano ou do que faz parte dele ser objeto de negócio jurídico. Esse argumento, por si só, já poderia descaracterizar a gestação por substituição como um contrato.

Mônica Aguiar (2005, p. 109), também com posicionamento contrário à denominação “contrato para a gestação por substituição”, afirma que “[...] um contrato oneroso de gestação sub-rogada, nos casos em que o pai biológico seja o ‘outorgante comprador’, este não poderia comprar aquilo eu já é seu, e assim, não deve considerar como válida a prática [...]”

Outros autores partem para a questão da proteção e defesa dos próprios direitos fundamentais. Um exemplo é Maria Helena Diniz que manifesta-se da seguinte forma:

[...] constitui ofensa à dignidade da mulher, por levar ao ‘meretrício do útero’, por degradar a mulher a mero organismo reprodutor e mercenário e por haver instrumentalização da mulher como organismo sexual, por ofender a dignidade e a integridade psíquica do nascido. (2002, p. 505)

Há também o argumento que preza pelo instituto familiar, afirmando que, ampliaram os limites das intervenções biotecnológicas na vida dos seres humanos, de modo a comprometer o próprio instituto familiar, que acabará reduzido a um acordo de vontades visando o ganho, o lucro, do ponto de vista financeiro (MINAHIM, 2007, p. 31).

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 407 - 408), muito embora defenda a existência da gestação por substituição e a justifique pelo seu caráter solidário, nega a possibilidade de se firmar um contrato com o seu objeto. Isso porque para ele o embrião seria o objeto do contrato e, em nenhuma hipótese, o embrião pode ser visto como coisa.

O que é bom observar, no entanto, que independentemente de haver vínculo biológico entre a gestante e a criança, esse relação surge. No entanto, é importante perceber que, admitida a cessão do útero no ordenamento jurídico brasileiro, seja de forma gratuita, como vem ocorrendo, seja de forma onerosa, como pode vir a ocorrer, caracterizando um verdadeiro negócio jurídico, mesmo que as bases éticas sejam discutíveis, deve haver alguma forma de segurança dessa relação. O ideal

seria a irrevogabilidade quanto aos efeitos. Dessa forma, a pessoa que aceitou, de forma livre gerar filho de outrem, não será, na esfera jurídica e até mesmo social, considerada mãe.

Arnaldo Rizzardo (2010, p. 515) acredita no enquadramento do pacto de gestação por substituição como uma espécie de contrato gratuito e numa festejada análise afirma que:

Não que se dê a cessão ou o empréstimo, ou a locação do útero, pois não é transferida a posse, ou o uso, ou o gozo. Nem se submete a mulher a um constrangedor estado de submissão a outras pessoas, com prejuízo de sua própria liberdade. E muito menos encontra aceitação o entendimento que vê ilicitude nessa contratação.

Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 315) também é a favor de ser firmado um pacto de gestação, contanto que atendidos os requisitos de gratuidade e livre consentimentos das partes. Afirma que tal acordo seria lícito por atender a princípios constitucionais. Da mesma forma, defende Roxana (2005, p. 219) que seria possível um contrato, na espécie igual ou similar a de prestação de serviços. Ambas defendem que seria possível a remuneração pelos custos inerentes a qualquer gestação. Isso em razão de prevalecer a autonomia da vontade e de existir o direito a procriação.

A proteção contratual não visa a proteção apenas da pessoa que se submete e doa o seu ventre para ser “barriga de aluguel”, mas também ao casal/pessoa interessado em ter um filho, que busca esse método como a concretização do sonho da filiação, pois esse deve ter a garantia de que após o nascimento da criança, essa lhe vai ser entregue. O contrato vai trazer mais segurança ao compromisso assumido pela mãe de substituição de entregar a criança aos seus pais, que manifestaram a intenção do procedimento biotecnológico, independentemente de ser a filiação biológica ou não.

Direitos e deveres inerentes devem ser levados em consideração e considerados requisitos essenciais e de observância prévia das partes para a celebração desse pacto de gestação por substituição.

Em primeiro lugar, deve-se observar a necessidade de respeito mútuo, de forma que cada um saiba qual a parte que lhe cabe no pacto.

Um ponto que merece destaque é a necessidade de boa-fé de ambas as partes. Ao firmar o pacto é exigível que tanto a doadora do material genético, quanto a receptora que doa o seu ventre para gerar o filho de outrem, estejam bem

intencionadas. Até mesmo, por ser um ato de solidariedade e auxílio, é incompatível que alguma das partes envolvidas estejam de má-fé.

Uma das obrigações que envolve o contrato de gestação por substituição é o direito à assistência médica da doadora do útero e o dever de custeamento dessa assistência por parte dos pais socioafetivos. Isso porque quem assume o compromisso desse pacto, interessado no resultado, por se tratar de um ato altruístico da doadora do útero, que não pode receber nada em troca pela prática, não pode deixar os encargos médicos para a parte não interessada, por mais que o termo técnico não interessada esteja equivocado. Até mesmo por envolver questões relativas à saúde, de duas vidas, é essencial que, evitando as consequências que podem decorrer da gestação, essas sejam preservadas. É bom reafirmar que a vida é um bem indisponível e deve ser preservado em primeiro lugar quando diante de pactos que possam de alguma forma a ofender.

Portanto, caberia à doadora do óvulo ou parte de pais biológicos ou dos pais socioafetivos, intencionados no nascimento da criança e responsáveis pela maternidade, a assistência médica e psicológica, no que tange o necessário referente à gestação saudável, visando a preservar assim a saúde da gestante e a da criança. Essa seria a indenização aceitável para a prática.

Também existe o dever por parte da doadora do útero de entregar a criança aos pais socioafetivos e o direito por parte dos pais socioafetivos de receber a criança, assim como foi explicitado anteriormente. Isso serviria como garantia de efetivação e traria maior segurança ao próprio pacto.

Atualmente existem ações justamente sobre problemas de entrega da criança após o nascimento aos pais que demonstraram a intenção de ter o filho e que firmaram o pacto de gestação por substituição. Muitas doadoras de útero se recusam a entregar a criança. Isso deve se fazer valer, inclusive, nos casos de recusa por parte dos pais biológicos e/ou socioafetivos de aceitar a criança por ser essa portadora de algum tipo de deficiência. Nesse caso, os direitos e deveres se invertem e o dever de aceitar a criança passa a ser dos próprios pais biológicos ou afetivos, justamente por eles terem desejado a criança e movimentado para que houvesse a gestação.

Há também o problema com relação ao registro, que será abordado no capítulo seguinte. Surge a dúvida de quem fará o registro da criança, se a pessoa que deu a luz ou os pais intencionados em ter o filho.

Esses direitos e deveres, entretanto, deveriam estar normatizados, pois, enquanto estiverem apenas na ordem moral da sociedade, vão ser constantes os conflitos relativos a eles.

Em sendo a gestação por substituição firmada a partir de um contrato, devem ser observados os seus princípios, requisitos de validade e a espécie que melhor se adequaria.

4.1 DOS PRINCÍPIOS DO CONTRATO

Diversos são os princípios que regem o direito e relação contratual. Alguns deles se estendem a diversas matérias do direito, outros são mais específicos, bem como alguns são mais tradicionais e outros mais modernos. Os principais são o princípio da autonomia da vontade, o da função social e/ou supremacia da ordem pública, do consensualismo, da relatividade dos efeitos, da obrigatoriedade, da revisão ou onerosidade excessiva e o da boa-fé. Será discorrido sobre todos eles de forma breve, vez que com a única intenção de afirmar que a relação formada pela gestação de substituição é uma relação contratual e não de adentrar de forma aprofundada na questão contratual, que, por ora, não é a finalidade deste trabalho.

4.1.1 – O princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade abrange a liberdade que cada um possui para contratar. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 20), “essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato”.

Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos). (2005, p. 405)

O homem é sempre livre e pode optar por contratar e por não contratar, sendo necessário que o objeto dessa contratação tenha natureza lícita. Deve preservar a ideia de que o contrato é mais forte do que a própria lei, entre os contratantes. A obrigação contratual nasce sempre da manifestação de vontade das partes e essa deve ser livre e soberana para que seja aceito o vínculo. (ARAÚJO, ----, p. 1)

É um princípio que garante aos contratantes o poder de acordar suas vontades e estabelecer seus interesses. A proteção jurídica será sobre o que foi acordado.

Angélica Santana explica que:

Consiste no poder das partes de estipular livremente mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses envolvendo além de tudo a liberdade de contratar, de escolher ou outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelo princípio da função social do contrato, pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos. (2011, p. 1)

Esse princípio tem extrema importância, principalmente no tocante à realização de contratos atípicos, no qual se insere a ideia do Contrato de Geração por Substituição.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que o:

Contrato atípico é o que resulta de um acordo de vontades não regulado no ordenamento jurídico, mas gerado pelas necessidades e interesses das partes. É válido, desde que estas sejam capazes e o objeto lícito, possível e determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica. [...] o atípico requer muitas cláusulas minudenciando todos os direitos e obrigações que o compõem. (2009, p. 22)

As partes são, portanto, livres para contratar, ainda que de forma atípica, mas devem sempre observar os limites dessa contratação que sempre deve ter objeto lícito, respeitando as disposições do ordenamento jurídico, principalmente, da Constituição Federal.

4.1.2 – O princípio da função social do contrato e/ou da supremacia da ordem pública

Há quem acredite que esses princípios se confundem, como Carlos Roberto Gonçalves, outros autores divergem desse posicionamento, como Flávio Tartuce ao afirmar que:

Havendo essa proposta de análise de acordo com o meio social, o princípio da função social dos contratos chega a ser confundido com o princípio da supremacia da ordem pública. Na verdade, como o Código Civil enuncia a função social dos contratos no seu art. 421, pode-se dizer que, na sua eficácia externa, acabou por substituir a supremacia da ordem pública, no tocante às relações entre particulares.

Para ele o princípio da supremacia da ordem pública está mais relacionado às normas de direito público do que com a função social propriamente dita. Esta sim reflete a moral e os bons costumes. (TARTUCE, 2007, p. 238)

O princípio da função social dos contratos determina que este não deve ser visto como uma relação jurídica existente e de interesses apenas entre as partes. Deve sempre observar as condicionantes sociais do meio em que se fazem presentes, que os cercam e o afeta diretamente. (NEGREIROS, 2006, p. 208)

O princípio da supremacia da ordem pública serve como limitador à própria liberdade contratual. Traz a ideia que de sempre deve prevalecer o interesse social ao interesse individual. Mas só será observada no caso concreto, em que será observado se a ordem pública está ou não em jogo. (GONÇALVES, 2009, p. 23)

Cabe à sociedade preservar a ordem pública que envolve sempre interesses jurídicos e morais. Esses princípios de ordem pública não podem simplesmente ser alterados por acordo de vontade firmado entre as partes. (RODRIGUES, S., 2004, p. 16)

O artigo 2.035 do Código Civil brasileiro dispõe que:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Carlos Roberto Gonçalves traz a ideia do que pode ser considerado matéria de ordem pública afirmando que:

A doutrina considera de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do

Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do direito do trabalho [...] (2009, p. 24)

Dessa forma, a norma que vier a disciplinar a gestão por substituição se enquadraria em matéria de ordem pública, por instituir a organização da família, e isso faria com que houvesse certa limitação no contrato formado.

O direito deve estar também limitado nos bons costumes, que é um reflexo direto das normas de convivência, formada a partir de um padrão idealizado de conduta social estabelecido de acordo com a época. É a moralidade social, que se desenvolve na medida em que a sociedade vai se desenvolvendo, em cada lugar e em cada período de tempo. (GONÇALVES, 2009, p. 25)

A ordem pública e os bons costumes devem prevalecer sempre e são responsáveis pela imposição de limites à liberdade das pessoas de contratar.

4.1.3 O princípio do consensualismo

Se contrapõe aqui a ideia do consensualismo, a ideia do simbolismo e do formalismo. O contrato está perfeito pelo consenso existente entre as partes, ou seja, pela manifestação de vontade, ainda que não tenha sido entregue a coisa. (GONÇALVES, 2009, p. 25)

Carlos Alberto Bittar (1994, p. 455), afirma que:

Sendo o contrato corolário natural da liberdade e relacionado à força disciplinadora reconhecida à vontade humana, tem-se que as pessoas gozam da faculdade de vincular-se pelo simples consenso, fundadas, ademais, no princípio ético do respeito à palavra dada e na confiança recíproca que as leva a contratar.

A lei não deve se preocupar, dessa forma, com solenidades, com formalidades que possam de alguma forma conduzir e até qualificar a manifestação de vontade das partes reduzida a acordo. O acordo, independente de como, sendo consensual é o suficiente para definir o contrato. Existem para isso, porém, exceções, como o casamento, em que a formalidade é essencial. (BITTAR, 1994, p. 455)

Com isso, pode-se afirmar que a regra é que os contratos sejam consensuais, mas há casos em que não basta o acordo de vontade, mas o cumprimento de certas formalidades.

4.1.4 O princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Esse princípio traz consigo a ideia de que o efeito dos contratos sempre alcançarão as partes que o firmarem, não afeta terceiros e nem patrimônio de terceiros. (GONÇALVES, 2009, p. 26)

O contrato, portanto, não pode nem aproveitar e nem prejudicar terceiros. Porém, ele é percebido até por quem não participou da relação contratual e em algumas situações as obrigações se estendem a terceiros, quando em casos previstos em lei, como a estipulação em favor de terceiros. Muitas vezes, em razão de repercussões reflexas, os contratos, ainda que indiretamente, podem atingir terceiros. (VENOSA, 2005, p. 408)

Hoje em dia essa ideia, porém, não é extremamente ampla, pois o contrato sempre deve ter uma função social. Muitas vezes terceiros são indiretamente atingidos por contratos. O contrato não se destina, como era visto e pensado anteriormente, a proteger o direito individual das partes, mas, de um modo geral, tutelam os interesses de toda a coletividade. Por conta das normas de ordem pública e da própria função social, o interesse coletivo deve sempre prevalecer quando em conflito com o interesse individual. (GONÇALVES, 2009, p. 27)

Houve, portanto, um abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

4.1.5 O princípio da obrigatoriedade dos contratos

Esse princípio é também denominado princípio da intangibilidade dos contratos ou princípio da força vinculante dos contratos.

Como já visto nos princípios anteriores, a pessoa é livre na hora de contratar. O contrato depende da autonomia da vontade das pessoas. Porém, após contratar, esse deve ser cumprido. Em regra, nenhuma das partes e nem mesmo o juiz podem alterar unilateralmente o conteúdo previsto num contrato.

Leciona Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 407) que “o ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos.”.

Sendo o contrato válido, a não ser que haja a concordância da outra parte presente no contrato, devem ser aceitas as suas consequências e cumpridas as suas obrigações. O contrato traz a ideia de irreversibilidade do que foi estipulado, sendo o estipulado válido, lícito e eficaz. (GONÇALVES, 2009, p. 28)

Preceitua Carlos Roberto Gonçalves:

O aludido princípio tem por fundamentos: a) a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral.

O Código Civil, no seu artigo 393, limita esse princípio quando diante de caso fortuito e força maior.

Cabe observar que diante de casos em que foi constatada a inexistência de idêntica liberdade contratual entre as partes, não havia sentido se falar em obrigatoriedade dos contratos. A partir daí passou-se a permitir e possibilitar a intervenção judicial no conteúdo de alguns contratos, fiscalizando e corrigindo as situações que apontavam o desequilíbrio. (GONÇALVES, 2009, p. 29)

As partes devem estar num mesmo patamar de obrigatoriedades e proveitos. Devem se encontrar em situação semelhante. Não pode estar uma em situação extremamente favorável que a faça tirar proveito em face do prejuízo do outro.

4.1.6 O princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva

É uma situação excepcional, em que vai se opor totalmente ao ideal trazido pelo princípio da obrigatoriedade.

Aqui o que vai ocorrer é que muitas vezes, os fatores externos, podem gerar situação bastante diversa da que existia quando celebrado o contrato. Essa nova

situação quando estiver onerando excessivamente o devedor dá a ele a prerrogativa de ingressar com um pedido de revisão do contrato. (GONÇALVES, 2009, p. 30)

Sabe-se que a regra é a inalterabilidade da situação de fato constituída num contrato, por isso se trata de uma exceção.

Surgem aqui, duas teorias: a *rebus sic standibus* e a da imprevisão. De acordo com a primeira, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 31), “presume-se nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade do seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato”. Já a segunda, de acordo com o exposto pelo mesmo autor (2009, p. 32), consiste na “possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa [...]”.

Os artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002 determinam que será possível a resolução do contrato quando ocorrer a onerosidade excessiva por acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis. Fala ainda na possibilidade do réu modificar equitativamente as condições previstas no contrato de modo a restabelecer o equilíbrio.

Há, portanto, tanto a possibilidade de revisar, como de resolver/extinguir o contrato. Deve, porém, ser sempre priorizada, quando possível, a revisão, para evitar maiores constrangimentos.

4.1.7 O princípio da boa-fé

Esse princípio está garantido e protegido no artigo 422, do Código Civil de 2002. A partir dele surge ainda a ideia de probidade.

Como bem posiciona-se Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 408), “coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.”.

Esse princípio exige que os envolvidos numa relação contratual se comportem sempre da forma correta, amparados pela boa-fé. Devem “agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar”. (GONÇALVES, 2009, p. 33)

A probidade seria, na visão de Carlos Roberto Gonçalves, “a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou cometidos à pessoa.” (2009, p. 34)

A ideia de boa-fé serve também como limitador, vedando ou punindo o abuso da posição jurídica. Dessa forma, de modo a preservar a lealdade e confiança sempre existente entre as partes que pactuam no contrato, devem ser praticados todos os atos conforme previsto. Isso em razão da proibição existente ao *venire contra factum proprium*.

Há casos em que a parte já inicia o contrato válido da má-fé. Esses casos devem ser analisados e punidos, pois formam um negócio jurídico patológico, nesse caso, desde o seu nascimento. O juiz no caso concreto que analisará quais foram os desvios da boa-fé e a dimensão que esses desvios alcançaram. O juiz analisa de acordo com um conceito de padrão de conduta desenvolvido de forma diversa de acordo com o tempo e com o espaço. (VENOSA, 2005, p. 409)

É importante observar que a boa-fé se divide em duas, ambas contempladas pelo ordenamento jurídico: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva reporta-se ao pessoal de cada indivíduo. Afirma Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 409) que “na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.”.

No caso da boa-fé objetiva o pensamento é diverso. O que se analisa aqui são os aspectos morais sociais, a ideia do homem médio. Seria essa boa-fé uma regra de conduta, que todos devem cumprir, na medida em que devem sempre agir os seguindo. Devem sempre observar os padrões sociais estabelecidos em um determinado espaço e época. (VENOSA, 2005, p. 409)

4.2 DOS REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO

Os requisitos de validade são essenciais para determinar que o negócio jurídico firmado entre as partes produza seus efeitos. Se ausente esses requisitos poderá ser declarado o contrato nulo ou anulável, dependendo do caso.

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 13) classifica a validade dos contratos como de duas espécies: de ordem geral e de ordem especial. A primeira são os requisitos comuns a todo e qualquer ato que compõe o negócio jurídico, como o objetivo lícito, possível e determinado ou determinável. A segunda representa requisitos específicos dos contratos, como o acordo de vontades e o consentimento recíproco.

Além disso, o mesmo autor (2009, p. 14) distribui esses requisitos em subjetivos, objetivos e formais, o que será seguido por esse trabalho.

Dentre os subjetivos estão a capacidade genérica, a aptidão específica para contratar e o consentimento. A capacidade genérica é essencial para que a parte possa contratar, é uma capacidade de agir. (GONÇALVES, 2009, p. 14)

As regras de capacidade estão previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002. Quando incapazes, para que seja considerado válido o ato deve haver a representação ou assistência do incapaz, a depender do caso, de acordo com o disposto nos artigos 1.634, V, 1.747, I, e 1.781 do Código Civil de 2002. É importante sempre observar esse requisito, pois caso descumprido pode acarretar em nulidade (artigo 166, I) ou em anulabilidade (artigo 171, I), ambas disciplinadas pelo Código Civil de 2002.

Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 31) afirma que os contratantes devem estar aptos para manifestar a sua vontade. Não deve, portanto, haver nenhum tipo de restrição legal que impossibilite a contratação, ainda que de forma específica, para que haja a validade.

A aptidão específica para contratar refere-se a situações em que devem ser observados requisitos ainda mais específico do que a capacidade genérica. É preciso aqui uma capacidade mais intensa que a normal, de modo a determinar diretamente que tal pessoa possa realizar um certo contrato. (GONÇALVES, 2009, p. 14)

O consentimento representa a manifestação de vontade das partes, que deve ser sobre todos os aspectos. As partes devem consentir a existência e natureza do contrato, o objeto do contrato e as cláusulas que o formam, de modo que se a divergência abarcar o ponto substancial do contrato, esse não terá eficácia. (PEREIRA, 2005, p. 31)

Nem sempre esse consentimento deverá ser por escrito, admitindo-se em algumas situações o consentimento tácito. Apesar disso, deve sempre ser oriundo de livre e espontânea manifestação da parte, sob pena de ter sua validade comprometida. (GONÇALVES, 2009, p. 15)

Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa:

O contrato constitui um ponto de encontro de vontades. Duas ou mais. A vontade contratual coincide com o denominado centro de interesses. Não se confunde com a vontade individual e uma pessoa, natural ou jurídica. Haverá tantas partes em um contrato quantos forem os centros de interesses no negócio. (2005, p. 465)

Continua o autor afirmando que:

[...] podemos falar na manifestação direta e indireta da vontade nos contratos. Assim, é direta a manifestação quando esta se percebe de sinais externos inequívocos, pela fala, pela escrita ou por gestos, quando tais atitudes revelam socialmente uma intenção. Por outro lado, a manifestação é indireta quando a intenção de contratar é inferida de um comportamento negocial; isto é, na situação determinada, o comportamento do agente é de aquiescência a um contrato. Essa manifestação indireta, tácita, é cuidada como exceção no sistema e só admitida quando a lei não exige expressa declaração. Também por vezes a lei admite uma declaração ficta, presumida. A lei deve ser expressa, no entanto. (2005, p. 467)

Maria Helena Diniz (2003, p. 17), afirma que “para que o consentimento validamente exista, é indispensável a presença da vontade e que esta haja funcionado normalmente.”. Dessa forma só produzirá efeitos entre as partes o negócio em que haja o consentimento válido. Se a expressão da vontade não for de acordo com a real vontade de pelo menos uma das partes o negócio jurídico será viciado ou deturpado, podendo ser anulável, caso seja proposta ação de anulação no prazo decadencial de quatro anos conforme dispõe os artigos 178, I e II e 171, I do Código Civil de 2002. (DINIZ, 2003, p. 17)

Os requisitos objetivos afirmam a necessidade do objeto do contrato ser lícito, possível, determinado ou determinável, conforme expressamente disposto no artigo 104, II do Código Civil de 2002.

O objeto lícito “é o que não atenta contra a lei, a moral ou os bons costumes”; é possível quando possível pelas leis físicas e naturais, de forma absoluta – quando se direcionar a todos sem distinções – ou relativa – quando atinge diretamente aquela pessoa que contrata, ou quando não proibidos expressamente pelo ordenamento jurídico. Quando impossíveis acarretam diretamente na nulidade; o objeto, por sua vez, deve ser sempre determinado ou determinável, quando deverá ser determinado até o momento da execução. (GONÇALVES, 2009, p. 17)

É importante observar, para maior entendimento, que a impossibilidade física diz respeito a situações em que o contratante não tem condições de realizar ou o objeto ou as prestações do contrato. (VENOSA, 2005, p. 470)

A impossibilidade física também pode ser chamada de impossibilidade material.

A impossibilidade material é aquela que traduz a insuscetibilidade de consecução da prestação pretendida. Pode ser absoluta ou relativa. Impossibilidade absoluta é a que por ninguém pode ser vencida; relativa, quando o agente em determinado momento não consegue superar o obstáculo à sua realização, mas uma outra pessoa, ou a mesma, em momento diverso, teria meios de obtê-la. Somente a primeira tem como efeito a nulidade do contrato [...] já que a impossibilidade relativa da prestação não chega a constituir óbice irremovível. Ao revés, situa-se na dependência de circunstâncias pessoais do devedor, e, conseqüentemente, ao invés de libera-lo, sujeita-o a perdas e danos. Equipara-se à impossibilidade relativa a absoluta que cessa antes do implemento da condição. Em sendo absoluta, exonera o devedor, invalidando o contrato, pois aquele promete prestação insuscetível de realização é como se nada promettesse [...]. A impossibilidade parcial invalida inteiramente o contrato, quando do seu contexto ou das circunstâncias não se possa concluir que ele teria sido celebrado somente quanto à parte possível. (PEREIRA, 2005, p. 33)

Em alguns casos, a impossibilidade gerando o descumprimento do contrato e suas conseqüências, surge para o credor o direito de indenização, bem como para o devedor o direito de indenizar. Mas essas situações só poderão ser analisadas a luz do caso concreto. (VENOSA, 2005, p. 470)

A obrigação do devedor deve ter sempre onde incidir, por isso a exigência de ser o objeto do contrato determinado ou determinável. Se o objeto for definitivamente indeterminável, há a invalidade do contrato. (PEREIRA, 2005, p. 34)

Surge uma discussão doutrinária, incluindo aos requisitos objetivos de validade do negócio jurídico a apreciação pecuniária dos contratos. Sabe-se que, muitas vezes, não se sobrelevam os contratos de aspectos patrimoniais, mas apenas de aspectos morais. Ocorre que, ainda nesses casos de obrigação de cunho exclusivamente

moral, o descumprimento acarreta em indenização por danos morais. Essa indenização seria um substitutivo, uma busca do direito de tentar retomar o equilíbrio da situação. Dessa forma, o que se conclui é que o objeto da prestação e o objeto do contrato devem sempre ser aptos à avaliação pecuniária. (VENOSA, 2005, p. 471 – 472)

A forma é o meio pelo qual as partes tornarão externa a manifestação de suas vontades. O artigo 107 do Código Civil determina que em regra não se deve seguir uma forma especial, exceto quando essa especialidade for exigida por lei.

A relação obrigacional é estabelecida pelas partes, independentemente da forma de que se revista. No Brasil, o elemento formal, no que tange as relações contratuais é uma exceção, apenas para os casos em que a lei exige. (DINIZ, 2003, p. 41)

Dessa forma, o Brasil segue a ideia do consensualismo e não do formalismo para a maioria dos contratos, mas existem contratos específicos que determinam formalidades que devem ser cumpridas sob pena de nulidade do negócio jurídico (artigo 166, IV e V do Código Civil de 2002):

No direito brasileiro a forma é, em regra, livre. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para dar maior segurança e seriedade ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular. O consensualismo, portanto, é a regra e o formalismo a exceção. (GONÇALVES, 2009, p. 18)

A forma livre é a regra predominante no ordenamento jurídico brasileiro; a forma contratual é a convencionada pelas partes, que não deixa de ser livre, mas quando determinada contratualmente restringe a margem de liberdade devendo ser seguida; e, por fim, a forma especial e solene é a determinada em lei, e quando expressa se torna requisito de validade do negócio jurídico, devendo ser seguida. (GONÇALVES, 2009, p. 19)

Todos esses requisitos devem ser, portanto, cumpridos para que o contrato seja válido.

4.3 ESPÉCIE CONTRATUAL ADEQUADA À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Diante de reconhecida a possibilidade da existência do contrato de gestação, importante se faz discutir a natureza jurídica desse contrato, ou seja, em qual

espécie já existente ele se enquadraria. Surge então, por suas características, uma discussão a respeito de ser um contrato de locação de útero, de empréstimo de útero ou de prestação de serviço.

Conceitualmente, o contrato de locação seria aquele “que se destina a proporcionar a alguém o uso e gozo temporários de uma coisa infungível, mediante contraprestação pecuniária”. (GONÇALVES, 2009, p. 284) Esse conceito é determinado de forma semelhante por Paulo Nader (2009, p. 243) e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 156). O artigo 565 do Código Civil de 2002 reafirma o conceituado pelos doutrinadores.

O contrato não se adequaria perfeitamente à ideia de locação de coisa, na espécie de útero, pois o que ocorre aqui é a entrega, durante certo espaço de tempo, do uso e gozo de um bem não-fungível, mediante remuneração previamente estabelecida. (RIZZARDO, 2010, p. 515)

Não há possibilidade do contrato de locação ser gratuito, senão estaria esse se confundindo com o comodato. A locação tem a sua essência onerosa, enquanto o comodato é gratuito. (NADER, 2009, p. 244)

Um dos requisitos da locação seria a onerosidade, no sentido de que, caso este fosse gratuito o contrato estaria desfigurado. Dessa forma, por ser da essência da gestação por substituição, como vimos anteriormente, a sua finalidade altruística e não remunerada, não se configuraria como um contrato de locação de útero.

O empréstimo, por sua vez, “é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra coisa fungível ou infungível, com a obrigação de restituí-la.” (GONÇALVES, 2009, p. 310)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 749) conceitua da mesma forma afirmando que é o ato de se entregar a outrem determinado bem, assumindo o que recebeu o bem a obrigação de restituí-lo posteriormente. Os autores (2012, p. 749) afirmam que esse contrato é uma demonstração da reciprocidade entre as pessoas e ajuda na manutenção dos vínculos sociais e econômicos. Esse tipo de contrato pode ainda ter fim solidário, sendo admitido de forma gratuita.

Esse, porém, não parece o mais adequado, visto que não haveria a possibilidade do empréstimo do útero, pois é essencial o seu funcionamento dentro do corpo de quem acorda em emprestá-lo, para que a gestação alcance o progresso. Dessa

forma não teria como entregá-lo à parte contratante, para que essa posteriormente o restituísse.

Por fim, tem-se a possibilidade do contrato de prestação de serviços que, inclusive, parece o mais adequado. Em seu conceito essa espécie contratual o determina como “assunção de obrigação de fazer por uma parte (prestador de serviço ou executor), consistente em realizar atividades que geram proveito para outra (tomador de serviços ou solicitante), mediante uma retribuição” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 784)

Conforme defende Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 338), a gratuidade não seria incompatível com a espécie contratual de prestação de serviços, mas para isso deve haver cláusula expressa e tem que estar os contratantes agindo de boa-fé.

Dessa forma, apesar de disposto nos artigos 594, 596 e 597 do Código Civil de 2002, o termo retribuição, no intuito de se referir à remuneração paga pela prestação do serviço, nada impede que este seja gratuito. Há total compatibilidade com a gratuidade, diferentemente do que ocorre com o contrato de locação.

A prestação aqui será de uso do útero da gestante, com a finalidade de gerar uma criança. O objeto aqui jamais será a criança ou a sua entrega e sim a própria gestação, que envolveria o corpo da mãe de substituição. Isso é permitido, como foi visto, em razão da possibilidade de disposição do próprio corpo, por conta da autonomia da vontade, sendo limitada apenas quando possa acarretar em prejuízo definitivo ou físico ou psíquico.

Vale ressaltar que a criança que nascerá da gestação por substituição, desde celebrado o contrato, será filha de quem buscou o método alternativo de gestação, não o podendo fazer na forma natural por algum problema de saúde. Não há, portanto, confusão de filiação, quando realizado um contrato que certifique a todo tempo os direitos e deveres das partes. A filiação será tratada no capítulo seguinte.

No desenvolvimento de seu raciocínio, após encontrar na figura da prestação de serviços de forma gratuita a espécie contratual mais adequada para a gestação por substituição, Arnaldo Rizzardo analisa que há uma série de compromissos que são assumidos por todas as partes envolvidas na gestação por substituição. A doadora do útero se torna prestadora de serviços tanto dos pais genéticos, no caso de ser utilizado material genético do próprio casal, quanto dos pais que demonstram a

intenção de ter o filho para si, no intuito de constituir família. Além disso, é a “mãe” gestante, prestadora de serviços também para o feto que virá ao mundo. Em razão disso, para que o seu “trabalho” seja bem feito é necessário cuidados redobrados com a alimentação, saúde, vestuário, atividades físicas, psicólogo. A prestação de serviços é um contrato sinalagmático em que uma parte se obriga a presta à outra um determinado tipo de serviço, atividade (obrigação de fazer), enquanto a outra parte se obriga a remunerar (obrigação de dar). (2010, p. 515)

Ai entra uma grande problemática. Vimos anteriormente que a atividade em si não poderia ser remunerada, como dispõe o Conselho Federal de Medicina. Ocorre que, muito embora o contrato tenha que ser expressamente gratuito, pode haver a remuneração indireta, em decorrência de outros fatores, como a função do corpo ou decorrente de uma série de cuidados inerentes a qualquer tipo de gravidez. Como uma forma de bônus, presente, auxílio, não pode ser compelida a parte interessada no nascimento saudável da criança, bem como da mãe responsável por trazê-la ao mundo doando o seu ventre. Dessa forma, entende-se como a “remuneração”, ainda que indireta, do contrato de gestação por substituição, o suprimento de alimentos e questões relacionadas à saúde em si.

Levando-se em consideração que esse pacto é um contrato e que se caracteriza como uma prestação de serviços devem ser levados em consideração as características próprias dessa espécie contratual, quais sejam: a) a bilateralidade, pois, como já vimos, origina obrigações para todas as partes envolvidas; b) onerosidade, que é uma decorrência da própria bilateralidade, as partes assumirão deveres e terão direitos umas com as outras; c) consensualidade, pois o pacto se considera firmado apenas pela manifestação de vontade das partes, não havendo nenhum tipo de formalidade, não sendo necessário estar escrito; d) comutatividade, pois é necessário que as prestações sejam equivalentes e mútuas, de modo que todos obtenham vantagens e benefícios paralelos. (RIZZARDO, 2007, p. 516).

Diante do exposto, resta clara a possibilidade de ser revestida a gestação por substituição sob a natureza jurídica de contrato, na espécie de prestação de serviço, que, dentre as existentes, aparenta ser a mais adequada. É importante observar que ainda assim devem ser observados pressupostos essenciais como a gratuidade, demonstrando o próprio caráter altruístico do ato, e o consentimento de todas as partes envolvidas.

O contrato seria, portanto, lícito e moral, devendo haver intervenção do Estado apenas no intuito de proteger a relação, decorrente da manifestação de vontade das partes, bem como impedir qualquer tipo de violação aos direitos fundamentais.

4.4 DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, II afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei que assim determine. Dessa forma, pode-se concluir como lícito o objeto do contrato de gestação por substituição (de acordo com o artigo 104, II, do Código Civil), visto que esse seria a gestação e não a criança, na medida em que não há nenhuma proibição expressa em lei sobre essa prática.

Além disso, a própria Constituição Federal traz proteção à família afirmando ser essa a base da sociedade. O artigo 226, § 4º, afirma ser a família formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Dessa forma, poderia se afirmar um direito implícito à procriação, por qualquer dos métodos disponíveis para isso, desde que levando-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança, que será analisado, e a dignidade da pessoa humana.

Além disso, deve ser respeitada a gratuidade do contrato, visto que a Constituição Federal veda expressamente em seu artigo 199, § 4º a comercialização de qualquer órgão, tecido e substância. Expressar o fim altruístico do contrato é de extrema importância para que seja considerado válido.

A tendência que a legislação brasileira vem seguindo, inclusive, é contrária à ideia de proibição na medida em que vem considerando a utilização das técnicas de reprodução humana assistida como uma forma de auxiliar as pessoas que possuem problemas de fertilidade. O próprio artigo 1597 do Código Civil, quando trata dos casos em que há presunção de paternidade, já dispõe sobre os casos em que são utilizados os métodos de reprodução humana assistida, homólogos ou heterólogos.

O Conselho Federal de Medicina, ainda que não possa ser considerado lei e nem ao menos tenha força de lei, tem sido o auxílio dos Tribunais quando diante de casos

que envolvam a gestação por substituição e a admite para casos em que haja problemas de infertilidade. Não é a cura para a infertilidade, mas auxilia que as pessoas consigam procriar utilizando, inclusive, do seu próprio material genético ou não, quando não for possível.

5 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E FILIAÇÃO

A gestação por substituição acaba por ser um procedimento super delicado, que envolve profundamente as partes, principalmente, a do pai, mãe ou casal que recorreu ao “útero de aluguel” para satisfazer a sua vontade/desejo/sonho da procriação e para a gestante, que muito embora passe por todas as transformações no corpo e no psicológico e gere uma criança, essa não será sua filha. Em razão disso que é justificada a necessidade de acompanhamento psicológico durante todo o procedimento,

Discorrendo um pouco a respeito da origem da prática do útero de aluguel, Denise Dayane Mathias Rodrigues (2007, p. 401) expõe que:

Louise Brown, nasceu no dia 25 de julho de 1978, em Oldham, Inglaterra, pesando aproximadamente 2,500 grs., e foi o primeiro bebê de proveta que veio ao mundo após mais de 10 anos de pesquisas e testes do Dr. Steptoe e do Dr. Edwards. A primeira criança concebida após fertilização in vitro e transferência de embrião, marcou o início de uma era de extraordinário progresso no entendimento e tratamento dos problemas relacionados à fertilidade humana sendo este o evento que marcou o início da idade da engenharia genética.

Após o nascimento do primeiro bebê de proveta, iniciou-se os experimentos que intencionavam a possibilidade de gestação em útero de substituição. Em meados de 1984 surgiram as primeiras notícias quanto ao nascimento de crianças geradas por quem não tinha laços genéticos, já que a mãe *geratrix*, ficava grávida em razão da doação e implantação de um embrião proveniente de outro casal.

Em poucas palavras e sem a utilização de termos técnicos a gestação por substituição seria apenas um exercício de guarda, por parte da doadora do útero, fazendo com que se cumpra a gestação. Seria uma forma inerente à necessidade de, apenas, se assegurar a gestação, quando essa não pudesse ser concluída pela própria doadora do óvulo.

Explica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 622):

[...] é a técnica utilizada pela Ciência Médica para permitir que uma paciente, biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um filho – resultante da fecundação com o seu óvulo – gestado em útero de terceira pessoa.

Em reportagem realizada na Revista Veja (2008), por Adriana Dias Lopes, foi colhido o depoimentos de algumas pessoas que já passaram pelo procedimento de gestação por substituição. Uma pessoa que precisou do procedimento para realizar o desejo de ser mãe, outra que se ofereceu como “barriga de aluguel” para a

cunhada (mulher do irmão) e outra que alugou, de fato, em troca de contraprestação financeira, o útero, para um casal europeu, muito embora haja a vedação expressa na Resolução do Conselho de Medicina brasileiro do caráter oneroso. Os depoimentos extraídos foram os seguintes:

O maior desejo meu e de meu marido sempre foi um filho. Durante dez anos, tentei engravidar, mas sofri três abortos. Foi meu ginecologista que me falou sobre a barriga de aluguel. Aceitei na hora. Era a única possibilidade de termos uma criança com nossas características genéticas. Aliás, o bebê é a cara do meu marido. A gravidez foi muito tranquila. A menina que serviu de barriga de aluguel foi muito honesta. Ela se cuidou durante todo o tempo, pensou na saúde do meu filho – e apenas isso. Eu era a mãe e exerci esse papel durante toda a gravidez. Era eu que agradava a barriga, conversava com o bebê, cantava para ele... Com meu marido foi diferente. Ele não quis conhecer a moça. Na hora do parto, eu estava lá e o meu filho veio diretamente para os meus braços. Foi uma sensação indescritível. A moça, por sua vez, não quis ver a criança. Ela virou o rosto para o outro lado. Depois disso, nunca mais nos vimos. J.D., 46 anos

Não pensei duas vezes em oferecer meu útero para a mulher do meu irmão, minha cunhada Sandra. Eu já era mãe de dois meninos e estava separada. Foi fácil porque estava convicta do que iria fazer. Fiz apenas um pedido a Sandra. Não amamentaria o bebê para não criar um vínculo afetivo mais forte com ele. Hoje, minha relação com Ramon é exatamente igual à que tenho com meus outros onze sobrinhos". Sarita Lopez Vidal, 44 anos

O salário do meu marido não passa de 1 000 reais. Temos três filhos para criar e moramos de aluguel. A vida não é fácil. Decidi ser barriga de aluguel sobretudo para comprar uma casa. Minha família imediatamente concordou. Fui indicada a um casal europeu por uma clínica de fertilização. Já conheci a mãe biológica e ela é gentil e muito carinhosa comigo. Fico impressionada com quanto ela deseja essa criança. Em nenhum momento questionou os 100 000 reais que cobrei. Já fizemos a primeira tentativa de fertilização, mas não deu certo. Em duas semanas, tentaremos de novo. Muita gente pode me achar uma mercenária, mas não devo satisfações a ninguém – só para meus filhos e meu marido. Expliquei direitinho para todos em casa, e lá está tudo bem. Se depois do parto me perguntarem o que aconteceu com o bebê, direi que perdi a criança." N.J., 35 anos

A real intenção desse método alternativo é dar a possibilidade de pessoas que por motivos diversos são impossibilitadas de ter filho. É uma tentativa de aliviar, amenizar os problemas da infertilidade humana. É bom atentar que não se trata mais de um método voltado como solução de problemas existentes com casais, visto que a própria Constituição Federal mudou os conceitos sobre o instituto família, o adequando à realidade social, desmistificando a ideia de família formada por um casal, necessariamente. Isso pode ser visto no artigo 226, §4º, no dizer de que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Segundo Maria da Graça Reis Braga e Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas (2005, p. 16), a partir das novas tecnologias as mulheres reafirmam o instinto

feminino que acentua a própria maternidade e satisfazem o desejo que grande parte das mulheres possuem de ter um filho.

Da mesma forma, Cristine Keler de Lima Mendes (2006, p. 02) defende o argumento de que muitas mulheres, ao recorrer as técnicas alternativas de reprodução, buscam um socorro por sua esterilidade, para conseguir realizar o sonho da maternidade.

Pode-se concluir que, no caso de mulheres que doam o material genético, mesmo recorrendo à gestação por substituição e não gerando o filho no seu ventre, há a sensação de superação da infertilidade ao saber que a criança que irá nascer será biologicamente seu filho.

Portanto, é uma opção para pessoas que pretendem ter um filho biológico e não podem. Ademais é uma solução diante das inúmeras burocracias existentes para quem recorre ao meio de adoção.

Como vantagem pode ser observada a já citada, que é a base de fundamentação para o método, possibilidade de pessoas naturalmente impossibilitadas de ter filhos biológicos de os terem. Há, inclusive, a chance do filho que irá nascer do útero emprestado ser biologicamente da mãe, do pai ou do casal impossibilitado de ter filhos.

Com isso, seriam superados diversos problemas psicológicos que se apresentam nos casais que estão impedidos de ter filhos da forma natural.

Como desvantagens existem vários argumentos, alguns superados, ultrapassados e de cunho discriminatório e preconceituoso, outros pertinentes que além de observados como crítica, incentivam a mudança para melhor e observância de pontos que antes poderiam não ser observados.

Alegam na tentativa de desincentivar as práticas reprodutivas desenvolvidas pela ciência, de um modo geral, o abalo da estrutura familiar (que já está superado diante dos novos conceitos de família), afirmando que essas técnicas incentivam a quebra da estrutura tradicional de pai, mãe e filhos; exploração do corpo da mulher (o que tem como solução medidas médicas adequadas garantindo a saúde), afirmando ser o corpo da mulher apenas um objeto e que o corpo humano não pode ser tratado como objeto; a necessidade de ato terapêutico (o que também tem solução com a exigência do acompanhamento psicológico); entre outros.

A discussão sobre questões envolvendo a reprodução humana assistida vai além das discussões de natureza médica, jurídica e social. As igrejas vem criando debates sobre o tema e, na maioria dos casos, não concordam com o desenvolvimento da biotecnologia envolvendo a vida.

Também surge a discussão a respeito da possibilidade do tema gerar uma exploração comercial e industrial de gametas e tecidos do corpo humano. O corpo humano é também para a igreja inviolável e indisponível.

Há quem diga ser um pensamento retrogrado e impossível de aplicação no mundo de hoje, com as evoluções e aceitação social sobre o tema. Além disso, a Igreja Católica não exerce mais tanto poder e influência social.

Por conta disso, hoje em dia, os comitês de bioética tentam de toda forma impor limites de modo que tente ao máximo se compatibilizar com os ideais cristãos, de modo que a igreja venha aceitar a prática dos métodos de reprodução assistida como forma de solucionar problemas sociais, biológicos, que afetam diretamente os seres humanos.

O principal medo das entidades religiosas é que haja uma desvalorização de institutos consagrados e direitos humanos, como a família, a vida, a sociedade conjugal, entre outros. Demonstra um medo enorme também com relação ao corpo. Discute se seriam as técnicas de reprodução assistida formas de escravidão do corpo humano.

5.1 DA MATERNIDADE E DOS TIPOS DE FILIAÇÃO

Ao longo dos anos e com o advento da Constituição Federal de 1988, com todas as suas inovações, o instituto da filiação sofreu grandes modificações, ampliando os seus conceitos. Um exemplo disso é ser prescindível o vínculo biológico para o reconhecimento da filiação.

Antes havia a distinção entre família legítima e família ilegítima, hoje em dia não há mais, devendo prevalecer o princípio da igualdade na filiação, conforme dispõe o artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988.

O ordenamento jurídico deve reconhecer sempre como verdadeira a filiação entre pais e filhos, em razão do princípio da veracidade da filiação, independentemente da forma pelas qual esses filhos foram concebidos e da origem da relação, de forma biológica ou afetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 611-612)

A filiação é “a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre um pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal.” (CHAVES; ROSENVALD, 2011, p. 564)

A filiação, portanto, surge a partir da notoriedade, principalmente a partir de conquistas científicas relacionada a concepção “in vitro”. (PEREIRA, 2010, p. 352) O elemento probatório biológico não é mais determinante e nem único para determinar filiação.

O Código Civil, no seu artigo 1587, dispõe sobre casos em que a paternidade é presumida. Dessa forma, hoje em dia, podem ser reconhecidos três diferentes critérios para determinar a filiação, sendo eles: o legal ou jurídico, que são os casos em que está presumida no próprio texto legal a filiação; o biológico, que é a partir do material genético e pode ser comprovado pelo exame de DNA; o socioafetivo, desenvolvido pelo laço afetivo, de amor, que se desenvolve entre as pessoas. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 586)

Dessa forma, podem ser reconhecidas hoje em dia três espécies de maternidade, que muitas vezes não se relacionam entre si, quais sejam a biológica, a uterina e a socioafetiva.

A primeira, a própria mãe biológica é a gestante ou coloca o seu próprio material genético no útero de outra mulher a fim de obter a gestação. Em qualquer um desses dois casos vai haver a filiação biológica.

Na segunda, a uterina, fica clara a figura da mãe de substituição, que vai emprestar o seu útero para que o bebê forme e se desenvolva. Nesse segundo caso a mãe uterina não tem a intenção de ficar com a criança, o que faz é um “favor” à mãe de intenção, que por algum problema de saúde não pode conceber a criança no seu próprio ventre. Pode haver aqui dois tipos de filiação, tanto a biológica, quanto a afetiva, que veremos a seguir.

No terceiro caso, em que há a maternidade socioafetiva o material genético utilizado não é nunca o da mãe que tem a intenção de ter o filho. Ela é mãe pois assumiu essa função diante de si mesmo, no seu íntimo e diante de toda a sociedade. É o caso da adoção e da gestação por substituição quando uma pessoa cede o útero e outras, terceiras à relação doam o material genético ou quando a própria pessoa que cedeu o útero doa o material genético.

A filiação socioafetiva tem se mostrado cada vez mais comum, principalmente com a expansão dos métodos de reprodução humana assistida. Faz-se imprescindível, portanto, a análise mais aprofundada da filiação biológica e da socioafetiva.

5.1.1 Filiação biológica

A filiação biológica é a comprovada através do exame de DNA. Nesses casos há a coincidência entre pais e genitores, os pais que registrarão a criança serão os mesmos que forneceram os gametas (óvulo e sêmen) para a concepção da criança. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 613)

Vale ressaltar que não necessariamente deve ser a mãe de gravidez para ser mãe biológica. Isso porque, caso o material genético seja dos pais e esses recorram a uma mãe de substituição apenas para a gestação, o filho será biologicamente dos que disponibilizaram o material genético.

A Constituição Federal estabeleceu o estatuto único da filiação. Dessa forma, não pode haver qualquer tipo de discriminação entre os filhos, que devem ter idêntico tratamento. O exame de DNA tem a margem de erro de praticamente zero. Em números, a certeza científica é de aproximadamente 99,999%. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 610)

Em razão disso, muito embora possa ser importante o reconhecimento da filiação biológica, não pode haver qualquer tipo de distinção com os filhos afetivos, como os oriundos da adoção ou até mesmo da gestação por substituição nos casos em que houver doação do material genético.

Apenas a análise do critério biológico não é determinante para o reconhecimento da filiação. Deve se analisar as relações afetivas que são construídas. O ideal é que

haja a coincidência entre os dois critérios para que não haja dúvidas sobre a filiação. Em não havendo, deve se apurar de forma minuciosa para não acarretar maiores prejuízos.

A mãe biológica é, de acordo com o direito, a mãe por direito, a mãe genética, que de forma natural, ou através da utilização de útero de aluguel gera um filho a partir do seu próprio óvulo. Já mãe socioafetiva é a mãe que tem em si o desejo de ter o filho, que planeja, que faz toda a movimentação. Essa mãe seria a razão para que fosse desencadeado todo o processo de gestação, no caso da gestação por substituição.

5.1.2 Filiação afetiva

Hoje em dia, até por conta das técnicas de reprodução humana desenvolvidas e até mesmo pelo instituto da adoção, seria reconhecida a maternidade/paternidade ainda na forma socioafetiva. Aqui, o aspecto consanguinidade perde completamente a sua importância, para declarar que a filiação pode ser concedida aos que não possuem entre si qualquer semelhança biológica.

Afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 632) que “PAI e MÃE, em sentido próprio, é quem não vê outra forma de vida senão amando o seu filho.”

Seria desarrazoado numa realidade em que vivemos utilizar a frase que mãe é a que deu a luz, a que gestou, a que teve o filho em seu ventre. Isso estimularia a própria desigualdade entre os filhos, não apenas dificultando a convivência, mas também os direitos.

É importante ressaltar que o vínculo afetivo só será estabelecido quando manifestado por livre e espontânea vontade, não pode a pessoa ser compelida a ter um vínculo afetivo e a se separar da família biológica, como no caso de sequestro. Aí jamais será reconhecida a filiação afetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 633)

Conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 614):

A filiação socioafetiva não está lastrada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira *desbiologização* da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens.

A intenção é fácil de ser percebida. Por exemplo, uma mãe que pede que uma pessoa engravide por ela, pois ela, diante de um problema de saúde é impossibilitada de engravidar não pode ser chamada de outra coisa senão de mãe de fato. Foi ela quem teve a intenção, desejo e vontade de trazer a criança ao mundo e cria-la.

O elemento volitivo aqui é determinante. Isso porque a filiação socioafetiva nasce diretamente da demonstração de vontade das partes. No caso da adoção, a parte que deseja adotar demonstra a vontade de ter para si a criança como se sua filha fosse e assim a trata durante toda sua vida. O mesmo ocorre no caso da gestação por substituição heteróloga, em que o material genético não é oriundo do casal que a pretende. A manifestação de vontade dos intencionados para que a criança nasça para que eles possam a criar como filha é de extrema importância.

É de fundamental importância que no momento da observância dos direitos sejam reconhecidas as espécies de mãe, por uma questão de justiça, visando tutelar da forma mais próxima da realidade dos fatos e evitando equívocos com um assunto tão respeitável que envolve a vida. Se não forem abarcados esses tipos de maternidade no momento da aplicação da maternidade em si no caso concreto, seguindo literalmente o conceito equívoco de mãe que a lei determina, enormes injustiças acontecerão e maiores serão os conflitos jurídicos.

5.2 A FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Na gestação por substituição, pode ser observada, em determinados casos, a existência das três formas previstas anteriormente para a maternidade. Com relação à filiação, pode haver tanto a biológica, quanto a afetiva. Vai depender muito se a

doação do material genético vai ser feita pelo próprio casal ou parte solicitante ou se vai recorrer a terceiros para a obtenção desse material.

A mãe sempre foi vista como aquela que dá a luz à criança. Com isso, de forma equivocada, não se levantou maiores questionamentos a respeito da maternidade, os deixando só com relação à paternidade ao passo que só foi tratada a presunção da paternidade.

Ocorre que, essa visão passou a ser relativizada, admitindo-se a maternidade em casos de técnicas de reprodução humana assistida, tanto homóloga, quanto heteróloga. O enunciado 129 da Jornada de Direito Civil propõe uma nova redação para o artigo 1597-A:

“a maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo Único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 575)

O código civil no artigo 1.603 determina que a filiação se comprova pelo registro de nascimento. A lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) trata sobre o assunto.

Na gestação por substituição, segundo ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 575):

Sob o ponto de vista filiatório, não se pode deixar de notar que, apesar da falta de disciplina legal expressa, a gestação em útero alheio implica em relativização da presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa, indicada pelo parto), derrubando, identicamente, a incidência da presunção *pater is est* (segundo a qual o pai do filho de uma mulher é o seu marido).

É importante observar os conflitos de filiação que podem surgir dessa relação. Pode ocorrer de após o nascimento da criança estes se recusarem a ficar com ela. Até mesmo pela proteção contratual que protege a relação e seguindo a ideia de assunção dos próprios atos, com suas devidas consequências, a criança deve ficar com quem impulsionou, através de manifestação de vontade, o método alternativo de gestação, em razão de não poder ter filho, com a finalidade de tê-lo.

Como foi visto anteriormente, é essencial o consentimento de todas as partes envolvidas. Dessa forma, desde firmado o pacto, o filho é como se fosse de quem buscou o procedimento, devendo estes todas as responsabilidades com o filho que nascer dessa relação.

Há de se concluir que na gestação por substituição as figuras da mãe e da gestante estão completamente dissociadas.

5.2.1 Reprodução heteróloga

Nesse caso, podem desenrolar situações distintas, mas a regra é quem pelo menos o material genético de uma das partes envolvidas será doado por terceiro. Nesse caso pode haver a filiação biológica e a filiação afetiva ou simplesmente a filiação afetiva.

No caso de ser doado apenas o material genético do homem ou o da mulher, no caso de um casal em que um dos cônjuges seja estéril ou não possa reproduzir o com material genético próprio por motivos de saúde; pode haver também o fato de se tratar de casal homossexual, em que haja apenas o material genético feminino ou o masculino. Nesses casos, haverá a filiação biológica para uma das partes, enquanto haverá a filiação afetiva para a outra parte.

Pode haver também o caso de serem doados ambos os materiais genéticos, tanto o sêmen, quanto o óvulo. Nesses casos, sempre, a filiação será afetiva.

É importante observar também a possibilidade de a própria mãe de substituição ser doadora do óvulo, quando necessário o material genético feminino. Isso, porém, não muda a relação de maternidade e paternidade que irá se formar, pois essa sempre será concedida aos pais que buscaram o método de reprodução humana assistida e que desejam a procriação.

A filiação nesse caso será construída pela relação puramente afetiva, de amor, carinho e respeito. Haverá a presunção absoluta da maternidade/paternidade socioafetiva.

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 336):

Depois de implantado o óvulo, como já se encontra em andamento a gestação, o consentimento não admite retratação. No entanto, a autorização não pode ter duração infinita, cabendo figurar a hipótese da dissolução da sociedade conjugal ou o fim da união estável. Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher.

Neste tipo de reprodução, deve ser observado o parentesco de forma distinta para cada um dos pais. Isso porque pode ocorrer do vínculo ser biológico com a mãe e civil/afetivo com o pai, ou vice-versa, ou civil/afetivo para ambos. Isso porque pode haver doação por terceiros ou do sêmen, ou do óvulo ou do sêmen e do óvulo. (RODRIGUES, S., 2004, p. 291)

Sérgio Ferraz defende que na reprodução heteróloga a maternidade será conferida à parte que buscou a mãe de substituição para que essa gerasse um filho, ainda que não biologicamente seu. (1991, p. 55)

Dessa forma, na gestação por substituição, sendo a reprodução heteróloga, o ideal é que a filiação seja conferida aos que buscaram o método, sendo esses pais afetivos da criança, pois desde o início manifestaram a vontade de ter a criança como se filho fosse e firmaram o contrato assegurando essa intenção.

5.2.2 Reprodução homóloga

No caso da reprodução homóloga, como visto anteriormente, vai haver a introdução do óvulo e do sêmen do casal no útero da mãe por substituição. Em razão disso, a filiação vai ser sempre biológica, sendo a criança que nascer dessa relação biologicamente filha dos pais que manifestaram o interesse do seu nascimento e que buscaram a reprodução humana assistida como forma de procriação. Essa relação será facilmente comprovada a partir de um exame de DNA.

O dispositivo em tela, portanto, atribui a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga ao marido ou companheiro, mesmo que o nascimento tenha ocorrido após o falecimento deste e utilizados os embriões excedentários. Se o marido consentiu na realização da inseminação artificial com seu material genético aceitou a paternidade do filho, independentemente da época de sua concepção e de seu nascimento. Desta feita, os filhos que resultarem de embriões com material genético do marido e da mulher gozam da presunção de paternidade, pois a procedência do material é conhecida. (FERRAZ, A., 2008, p. 49)

Nesse caso não haverá maiores problemas, pois a filiação, quando decorrente do consentimento livre e informado, será concedida às partes que buscaram o procedimento de reprodução humana assistida.

5.3 A PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE E O REGISTRO CIVIL

Na gestação por substituição o ideal seria que presunção de maternidade/paternidade fosse sempre conferida ao casal/parte solicitante, que manifestou o desejo de filiação e que quer ter o filho para si.

Leciona Arnaldo Rizzardo (2007, p. 519) que o filho nascido através dessa prática de reprodução humana assistida, ainda que seja a reprodução homóloga ou heteróloga, “deve ser considerado matrimonial. Desde, evidentemente, que seja desejado e expressa a vontade do marido, se outro homem fornecer o sêmen. Não pode a mulher impor este ônus ao marido, agir unilateralmente [...]”.

Havendo, porém, concordância das duas partes no caso de solicitada pelo casal, restará configurada a maternidade e paternidade, assim que iniciado o processo de fecundação.

Até mesmo por conta da impossibilidade de compartilhamento entre mais de um pai e mais de uma mãe para a criança (RIZZARDO, 2007, p. 521). Não se pode, em nenhuma hipótese, imaginar a maternidade da mãe doadora do óvulo, da mãe de substituição e da mãe que intencionou todo o procedimento, bem como não é cabível a paternidade do pai que doou o seu sêmen e do que manifestou o interesse da gestação. A paternidade e maternidade será definida pelo casal/partes que tiveram, a todo momento, desde o início, o desejo de procriar e que desencadeou todo o processo de fecundação, solicitando uma mãe de substituição e recorrendo a material genético de terceiros.

O consentimento do cônjuge nas técnicas de reprodução humana assistida, no caso de realizada por casal decorre da própria finalidade do casamento e da vida a dois. O casamento consiste numa relação a dois, em que os cônjuges assumem direitos e deveres uns com os outros, dividem uma vida. Em razão disso, nas decisões que possam diretamente afetar a relação ou que tragam repercussão na liberdade e intimidade do outro, é totalmente justificável a necessidade do consentimento de ambos para que seja válida a prática da inseminação ou gestação por substituição. (RIZZARDO, 2007, p. 529).

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que:

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

[...]

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

[...]

A ideia que domina é a de que mãe é aquela que deu a luz. Dessa forma, seguindo exatamente o construído por princípios na gestação por substituição a mãe seria a

mãe substituta, que emprestou o seu ventre para o desenvolvimento da criança. Não há a observância, aqui, da possibilidade de qualquer tipo de meio de reprodução humana assistida.

A lei 6.015 de 1973, que trata sobre o Registro Público, exige que seja registrado todo nascimento que ocorrer em território nacional e que, no momento do registro, seja informado o nome da mãe e do pai da criança. Há um documento que é preenchido no próprio hospital, fornecido pelo Ministério da Saúde, que contém toda a informação do parto.

Esse documento recebe o nome de Declaração de Nascido Vivo (DNV) e é o grande responsável pela presunção de maternidade que o parto traz para a gestante. Ainda que haja um contrato firmado entre as partes e apresentado no hospital, muitas vezes é difícil aceitá-lo. Primeiro, porque não existe lei que discipline essa possibilidade e como deve ser o comportamento do médico em situações como essa. Segundo, porque pode restar dúvidas para o próprio reconhecimento do médico de um documento original que trate de um assunto tão complexo como esse.

Quando o médico que cuidou de todo o procedimento de fertilização e que realizou o parto for o mesmo, a situação pode se tornar um pouco menos complexa. Pois aí, o médico, acompanhando todo o processo determinará na DNV o nome da pessoa que será realmente mãe da criança, seja biológica, seja social. Sendo o médico diferente, o mais comum é a declaração da maternidade da mãe gestacional, pela dúvida que pode surgir da situação, e poderá ser aberto um procedimento de dúvida ao juiz da Vara de Registros Públicos (por força dos artigos 296 e 198 a 204 da Lei 6.015/73), tanto pelos interessados, quanto pelo próprio Oficial do Registro Civil, no intuito de registrar a verdadeira mãe. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 575)

Haveria a necessidade também aqui de regulamentação, por parte do legislador, de como ficaria o registro da maternidade nesses casos. Isso porque o método que hoje é utilizado acaba por prejudicar as pessoas que resolvem ter filho através da gestação por substituição, muitas vezes, ficando o processo na mão do juiz para que ele decida com base no que achar conveniente para a situação, sendo que este é um assunto bastante delicado para todas as pessoas que estão envolvidas.

5.4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 assegura à criança, ao adolescente e ao jovem, absoluta prioridade nos direitos resguardados a todos os seres humanos.

Principalmente após o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, houve uma ampliação da ideia de prioridade da criança, e isso pode ser observado em vários dispositivos, como nos artigos 1º, 3º e 4º.

Em razão disso, observa-se que a prioridade passou a ser da criança, que antes não era reconhecida nem como sujeito de direitos. O poder absoluto era exercido pelo pai sobre seus filhos e existia a visão patrimonialista, de que era o que estruturava a família. (DELFINO, 2009, p. 26)

Muito embora não haja no ordenamento jurídico alguma referência à conceituação legal deste princípio, este não pode ter sua força diminuída. O conceito, ainda que indireto, pode ser extraído dos dispositivos que fazem referência a essa proteção, como os citados anteriormente. Não se trata aqui de uma recomendação, mas de uma exigência constitucional que deve sempre ser observada. Deve sempre ser destacado o melhor interesse da criança.

Na gestação por substituição esse princípio deve ser sempre observado, principalmente no que diz respeito à filiação. Todos os atos devem ser pensados e objetivados a trazer o menor prejuízo possível a criança que nascerá desse acordo de vontades.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo de todo o trabalho, há de ser reconhecida a gestação por substituição como uma técnica de reprodução assistida que merece todo o respeito e consideração. Isso porque tem auxiliado as pessoas a superar problemas de infertilidade ou de impossibilidade de ter filhos por métodos naturais. As pessoas

têm o direito de constituir uma família e isso envolve o procriar. O procriar não deve, porém ser analisado de forma restrita, de modo condicionar a filiação ao fato de serem os filhos, necessariamente, biológicos ou de nascerem por métodos naturais. O procriar envolve um sentido amplo, levando à ideia de família. É um desejo comum de ter filhos que pode ser propiciado pelos recursos médicos, atendidos os limites legais.

Não existe legislação específica sobre o tema, mas na tentativa de suprir essa lacuna legislativa utiliza-se os princípios constitucionais, algumas disposições do Código Civil e a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Na prática da gestação por substituição existem os critérios hoje definidos pelo Conselho Federal de Medicina. São três: deve possuir a parte recorrente algum problema de saúde, que justifique a prática; não pode ter como finalidade uma remuneração, deve ser gratuito; pode ser mãe de substituição apenas parentes até segundo grau. No caso de não ser parente até segundo grau deve haver autorização por parte do Conselho de medicina.

De todos esses critérios, alguns merecem amparo, na medida em que outros não, por não ser de tanta relevância para a sociedade.

Há total justificativa na autorização do procedimento apenas para pessoas que possuam problema de saúde que justifique a prática da gestação por substituição. Isso porque a regra sempre tem que ser a reprodução natural, havendo condições para que essa ocorra. Embora venha ganhando destaque, a gestação por substituição deve ser vista como exceção, pois só assim ela se torna justificável. A biotecnologia não visa a transposição da forma natural de concepção da vida, mas ser uma alternativa para a solução de problemas relacionados à infertilidade ou impossibilidade de poder ter um filho por vias naturais.

Seria um tanto quanto abusivo as pessoas por medo de engravidar ou para manter a boa forma e aparência submeter uma terceira pessoa à prática de um ato que tem, por si só uma característica solidária. Seria egoísmo pensar dessa forma.

O único caso em que seria possível, não por questões de saúde, mas de impossibilidade realmente, é quando se trata de casal homossexual formado por homens, pois precisariam de uma mãe de substituição, nesse caso com doação do

óvulo pela própria doadora do útero ou por terceira pessoa, para que pudessem realizar o sonho de construir e ampliar a família.

Além disso, a questão da solidariedade humana deve ser destacada, na medida em que alguém “empresta” sem esperar nenhuma recompensa o próprio corpo para fazer com que haja a satisfação da vontade de outra pessoa de ser mãe. Esse ponto é super importante e desmistifica a ideia de que a ciência afasta os homens. A ciência, nas relações que envolvem a reprodução humana, vem reafirmando valores sociais.

O fato de não poder ser remunerado gera uma série de dúvidas. O que, em verdade, não se pode é ter uma remuneração pelo fato de estar sendo emprestado o útero. Não se pode, por exemplo, anunciar em algum meio de comunicação que paga “x” reais para quem se dispôr a ser mãe de substituição do seu filho. Tem se admitido, porém, a remuneração por gastos decorrentes de toda gravidez, que os interessados teriam, inclusive, caso não precisassem se valer de técnicas de reprodução humana assistida para procriar.

Esses gastos inerentes à condição de gestante envolve despesas médicas, inclusive psicológica, alimentação e vestuário. O acompanhamento psicológico é de extrema importância, pois é uma prática muito delicada, que pode abalar emocionalmente as partes envolvidas.

A intenção do acompanhamento psicológico é auxiliar na convicção pessoal da doadora do ventre de que toda aquela mudança no seu corpo, na sua alimentação, na sua vida, bem como a própria criança que vai nascer de todo esse processo de mudança, em verdade, não lhe pertencem. Há a importância também do acompanhamento de um profissional da área de psicologia para os pais que manifestaram a todo tempo o seu interesse e desejo na gestação e na criança que nascerá.

O terceiro requisito para a perfeita adaptação às regras determinadas pelo Conselho Federal de Medicina é a necessidade do parentesco até o segundo grau para que a pessoa possa ser mãe de substituição. Por mais que possa aí haver uma das formas de fiscalizar a própria gratuidade do ato, data vênica, não parece ser um requisito essencial. Isso por vários motivos.

Primeiro porque, muitas vezes, em uma família, não há parentes, de até segundo grau, do sexo feminino, apto para realizar a gestação por substituição. Nesses casos, levando em consideração ao determinado na Resolução o sonho da maternidade estaria totalmente impossibilitado de concretização, a não ser que por mera liberalidade o Conselho de Medicina autorizasse a realização da prática.

Segundo porque o argumento utilizado para essa limitação não é tão convincente. Afirmam que havendo o parentesco poderia evitar futuros problemas jurídicos de entrega da criança, sem contar na intimidade existente entre familiares. Ocorre que, analisando do ponto de vista psicológico superficial, o fato de estar próxima a mãe uterina da criança, acompanhando o seu crescimento, sabendo que ela foi gerada no seu ventre, poderia acarretar em confusão, pois correria o risco da pessoa acreditar que aquele filho seria realmente seu.

Além disso, como terceiro ponto, hoje em dia existem famílias destituídas, sem nenhum tipo de contato, relação, cumplicidade, companheirismo e amor. Existem pessoas sem qualquer tipo de relação familiar que também têm o direito de constituir a sua própria família. Essas, diante de uma situação em que fosse essencial a utilização da gestação por substituição para a procriação, estariam impossibilitadas de dar continuidade ao procedimento simplesmente em razão de não ter a presença de sua família ou ter cortado todos os tipos de relação com eles, ficando, mais uma vez, dependendo da discricionariedade do Conselho Federal de Medicina para que autorizasse a prática.

Justamente por se tratar de um ato altruístico, de solidariedade, de auxílio, deveria ampliar o rol de possibilidades, autorizando a ser mãe de substituição qualquer pessoa saudável que queira o fazer, que tenha o interesse de ajudar o próximo. Muitas vezes a pessoa necessita recorrer aos amigos, primos ou até terceiros desconhecidos para que possam satisfazer o desejo natural da procriação. Ocorre que ampliar o rol de possibilidades poderia ser como assumir o risco de total aceitação do aspecto oneroso, que não cabe a esse tipo de contrato.

Então, diante da realidade, deve-se seguir ao determinado pelo Conselho Federal de Medicina, deixando os casos em que ultrapassar o 2º grau de parentesco para análise.

Essa gestação por substituição pode ser homóloga ou heteróloga. A homóloga é quando o casal utiliza o próprio material genético para a inseminação, ou seja, o óvulo da mulher com o sêmen do marido são introduzidos no útero da doadora. Nesse caso, a filiação será biológica do casal interessado na reprodução. A heteróloga é quando há doação também do material genético, além do “empréstimo” do útero pela mãe de substituição. Nesse caso pode haver a doação só do material genético da mulher, quando o do marido for apto para procriar ou quando se tratar de casal homossexual de homens; pode haver a doação apenas do material genético masculino, quando apenas o da mulher for saudável para uma gestação ou quando se tratar de casal homossexual de mulheres; ou pode haver a doação tanto do material genético da mulher quanto do homem, quando o casal for estéril ou o material genético for incompatível ou tiver problemas. É bom observar que quando houver doação do material genético feminino essa pode ser feita pela própria mulher que será mãe de substituição. Nesses casos de reprodução heteróloga, a filiação, ao menos para uma das partes, vai se dar de forma afetiva.

O que importa nessa discussão, é que independentemente de ser reprodução homóloga ou heteróloga e de ser a filiação biológica ou afetiva, o direito de maternidade e paternidade será sempre de quem buscou o método de reprodução humana assistida, que manifestou o desejo de ter o filho para si, como se seu fosse.

No casos da reprodução heteróloga a filiação será determinada com base no contrato firmado entre as partes, que será a forma se assegurar juridicamente essa relação. Para isso, portanto, deve haver a anuência de todos os envolvidos. Esse consentimento válido será o necessário para gerar todos os direitos e deveres sobre a criança que irá nascer. Além disso, resguardará as partes e impedirá que ajuízem ação negatória de filiação, posteriormente ao consentimento.

É importante sempre ter em mente que os métodos de reprodução assistida decorrem, diretamente, do direito à procriação. Pois, por mais que nem todas as pessoas precisem ou queiram procriar, ter filhos e construir uma família é um direito inerente à condição de ser humano, traz realização e satisfação de vida. O ciclo normal de vida do homem, inclusive reconhecido pela própria biologia, é nascer, crescer, se desenvolver, reproduzir, envelhecer e morrer.

Com relação à disposição dos direitos da personalidade e da disposição do corpo humano, pode-se concluir que são atos decorrentes da autonomia da vontade, que

deve ser respeitada pois resguardada pela dignidade da pessoa humana. Essa autonomia está limitada a casos em que houver risco permanente físico e psíquico, o que não é o caso. Há, portanto, uma aceitação, ainda que indireta não se considerando ofensiva e nem de risco à saúde das pessoas envolvidas. As pessoas possuem o direito de dispor do seu material genético, tanto quanto de engravidar, ainda que em favor de outra pessoa, contanto que haja o prévio consentimento de todas as partes envolvidas.

Com relação aos casais é necessário o prévio consentimento de ambos para que a maternidade/paternidade seja determinada. Ninguém pode ser obrigado a assumir a paternidade de um método de reprodução humana assistida que não consentiu.

Quanto a discussão sobre a natureza jurídica do pacto de gestação por substituição, até pra se garantir e trazer segurança sobre a relação firmada entre as partes, é de contrato. Esse contrato será revestido sob a espécie de prestação de serviço gratuito. O objeto do contrato será a gestação e o seu desenvolvimento e não a criança. A criança já será desde o momento da sua fecundação filha da parte que buscou a técnica de reprodução humana assistida.

Ainda que não disciplinado por lei, esse contrato deve ter sua validade declarada, por atender todos os requisitos essenciais ao contrato, por decorrer da autonomia da vontade e por respeitar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos da criança devem ser a prioridade, não deve ser levada em consideração apenas a satisfação do desejo dos futuros pais, que intencionaram a prática da gestação por substituição. Isso porque o nascituro é um sujeito de direitos e esses merecem ser respeitados, no caso da gestação por substituição, desde antes efetivação da fecundação. Esse contrato deve ter, portanto, como prioridade o interesse da criança envolvida, em cumprimento ao princípio do melhor interesse da criança.

O registro de nascimento, muito embora hoje, na maioria dos casos, realizado em nome da mãe que deu a luz, deve ter certas peculiaridades. O direito precisa se adequar à existência das novas técnicas de reprodução humana, que não a natural. Isso porque num caso de gestação por substituição, o registro deveria ser diretamente realizado em nome da mãe de fato e de direito, que manifestou a todo tempo a vontade de ter a criança e que mobilizou e foi responsável por toda relação

jurídica formada. Nesse caso, deveria haver uma evolução para evitar a burocracia de ter que recorrer ao judiciário para alterar o registro de nascimento, pois não haveria a necessidade disso. Seria como provocar o judiciário de maneira desnecessária.

Necessária é a manifestação do Estado e do Poder Legislativo, para a concretização de disciplina jurídica sobre o tema que vem ganhando grande espaço na sociedade e gerando grandes dúvidas. Deve haver uma lei específica que oportunize e ao mesmo tempo crie limitações essenciais à prática tanto dessa, quanto de todas as outras formas de reprodução humana assistida.

O que se deve é buscar a aprovação dos projetos de lei já existentes, embora esses possuam falhas e necessitem ser atualizados, ou a criação de novos projetos de lei com necessidade de aprovação imediata pelo Congresso Nacional.

Além disso, basta uma simples pesquisa na internet para verificar a constância da prática pelo país e pelo mundo. Pela dimensão já alcançada e pela constância da utilização dessa técnica, torna-se impossível, simplesmente proibi-la, vez que essa continuará ocorrendo ainda que informalmente.

O que não pode é continuar da forma que está, sem se saber ao certo se trata de um contrato ou de um simples pacto, sem saber ao certo como deve ser registrada a criança, sem firmar a questão da filiação e de quem é o direito maternidade e o de paternidade. Não pode a criança possuir uma pluralidade de pais e mães ou não ter respeitados os seus direitos fundamentais e da personalidade.

Dessa forma, conclui-se pela necessidade de maior atenção às questões que envolvem a gestação por substituição, por se tratar de um método necessário e ao mesmo tempo complexo, essencial àqueles que não podem procriar por vias naturais, mas possuem o desejo e sonho da procriação. Deve a gestação substituta ser reconhecida como um tratamento, um auxílio a problemas de saúde ligados à reprodução que são, muitas vezes, impossíveis de curar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229 – 247.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. **Autonomia da Vontade do Direito Contratual**. Disponível em: <http://www.cursoiuris.com.br/artigos_direito-civil2.asp>. Acesso em: 29 out. 2012.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios do Biodireito. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Novos Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49 – 81.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v.1.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada (BFD)**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA, Maria das Graças Reis; AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida. **Família: Maternidade e Procriação assistida**. Psicologia em Estudo, Maringá, 2005, vol. 10, n. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 04 nov. 2012.

_____. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 jun. 2012.

_____. **Lei nº 9.434** de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF 4 de fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2012.

_____. Projeto de Lei nº 3638 de 1997. Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Sala das Sessões, 17 mar. 1993. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl3638.htm>. Acesso em: 08 jun. 2012.

_____. Projeto de Lei nº 90 de 1999. Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida. http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm. Acesso em: 16 out. 2012.

_____. Projeto de Lei 2.885 de 1997. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências. http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl2855.htm. Acesso em: 16 out. 2012.

_____. **Resolução nº 1957** de 15 de dezembro de 2010. Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Brasília, DF, 15. dez. 2010. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 08 jun. 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DELFINO, Morgana. **O princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar**: os efeitos negativos da ruptura dos vínculos conjugais. Rio Grande do Sul, 12. jun. 2009. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009_1/morgana_delfino.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil**: contratos. Teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros. **Reprodução humana assistida e filiação**. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%20E3o%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar bioética.** Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** contratos em espécie. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEPARGNEUR, Hubert. A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia. *In:* PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da bioética.** 4 ed. São Paulo: Paulus, 2009, p. 177-188.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Os princípios da bioética e os limites da atuação médica. *In:* **Revista Ibero-Americana de Direito Público.** (Coord. Ives Gandra da Silva Martins) Rio de Janeiro, 2005, p. 410-427. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/artigos/principios_da_bioetica.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

LIMA JR, Einardo de Sousa. **Maternidade de substituição, uma abordagem geral.** Disponível em: www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=316. Acesso em: 08 out. 2012.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo: a barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido. **Revista Veja**, n. 2059, 7. maio. 2008. Disponível em: http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml. Acesso em: 08 out. 2012.

LOUREZON, Patrícia Miranda. Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório? *In:* NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords). **Revista de Direito Privado.** Revista dos Tribunais, 2010, p. 107 – 133, v. 42.

LUNA, Naara. **Maternidade desnaturada:** uma análise da barriga de aluguel de da doação de óvulos. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332002000200010&script=sci_arttext>. Acesso em: 05 nov. 2012.

MACEDO, Meire Rose Góes. **Tutela da Dignidade da Mãe Assistida (ou da Maternidade Assistida) no Sistema Jurídico Brasileiro:** A Inconstitucionalidade da Barriga de Aluguel. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 07. dez. 2011.

Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/213082>. Acesso em: 08 jun. 2012

MENDES, Cristine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade**. Disponível em :<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>>. Acesso em: 23 mai. 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **A Família na Contemporaneidade**. Aspectos Jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2007.

MARINI, Bruno. **O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6641>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2588>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: contratos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLMOS, Paulo Eduardo. **Quando a cegonha não vem**. São Paulo. Carrenho Editorial, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

_____. **Instituições de Direito Civil: Contratos: Declaração unilateral de vontades, responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro, Forense: 2005, v. 3.

_____. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7069>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família – Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodriques.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito de família. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

_____. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3.

SANTANA, Angélica. **Princípios fundamentais do direito contratual**. rev. Npi/Fmr. ago. 2011. Disponível em: <<http://www.fmr.edu.br/npi.html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Dignidade da pessoa humana**: uma prerrogativa de todos. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2642, 25. set. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17485>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: o código de defesa do consumidor ao Código Civil de 2002. 2 ed. São Paulo: Método, 2007, v. 2.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 878, 28. nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7590>>. Acesso em: 16 out. 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.309-323.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 5 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2005, v. 2.