

A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: DA AUTONOMIA DA VONTADE AOS DIREITOS DO NASCITURO

THE GESTATION BY SUBSTITUTION: OF THE AUTONOMY OF WILL TO RIGHTS OF THE UNBORN CHILD

Mariana Oliveira de Sá¹

RESUMO

Constitui objeto do presente artigo realizar um estudo do contrato de gestação por substituição, popularmente conhecido por "barriga de aluguel", com o fito de verificar a possibilidade de sua validade no direito brasileiro, tendo como base, os requisitos do negócio jurídico, bem como a teoria contratual vigente, sobretudo, o princípio da autonomia da vontade, realizando uma abordagem do direito à vida e dos direitos reprodutivos no contexto atual das técnicas de reprodução humana assistida. Demonstrar-se-á a necessidade de tutela legal de tal relação privada como forma de garantir os direitos do nascituro e realizar-se-á uma análise das questões pertinentes à filiação da criança gerada pelo método da gestação por substituição.

PALAVRAS-CHAVE: Gestação por substituição; Contratos; Autonomia da Vontade; Direito à vida; Direitos Reprodutivos; Direitos do nascituro;

ABSTRACT

Constitutes the subject of this article to conduct a study of the contract of gestation by substitution, popularly known as "surrogacy", with the aim of verifying the possibility of its validity in Brazilian law, based on the requirements of the legal business, as well as the current contractual theory, especially the principle of autonomy of will, performing an approach to the right to life and of reproductive rights in the current context of the techniques of assisted human reproduction. Will demonstrate the need to legal protection of such private relationship as a way to guarantee the rights of the unborn child and will hold an examination of issues pertinent to the parentage of the child generated by the method of the gestation by substitution.

KEYWORDS: Gestation by substitution; Contracts; Autonomy of Will; Right to life; Reproductive Rights; Rights of the unborn child;

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. E-mail: marianaoliveiradesa@yahoo.com

1 Introdução

O homem, com o fito de realizar seus sonhos e anseios, sempre se dedicou ao aperfeiçoamento das técnicas e procedimentos utilizados em seu dia-a-dia. A tecnologia, cada vez mais avançada, é demonstração deste esforço hercúleo do ser humano em busca do desenvolvimento de seu modo de vida, e conseqüentemente, de suas interações sociais.

Com o passar dos séculos surgiram inúmeras inovações que possibilitaram uma mudança extraordinária na dinâmica de vida dos indivíduos. Eventos como a Biotecnologia proporcionaram verdadeira revolução copérnica no cenário global, influenciando diretamente no contexto sociocultural, e assim, nas relações jurídicas, que acompanham a vida em sociedade.

São inúmeras as transformações trazidas pela evolução das ciências, e este estudo, tem por objetivo propor uma análise de tema relevante incorporado no cotidiano nos últimos anos: **a gestação por substituição**, uma forma de reprodução humana, conhecida popularmente por “barriga de aluguel”, que se configura pela cessão do útero de uma terceira, para que um casal desejante de um filho e que possui impossibilidade fática de o tê-lo da maneira convencional, possa realizar seu desejo e vir a “conceber” através de outrem o tão almejado bebê.

A polêmica que circunda o meio social, jurídico e acadêmico, diz respeito se esse acordo entre a terceira cedente do útero para a gestação, e o casal que oferece (ou não, como ocorre em alguns casos) o material genético para a fecundação, seria um contrato lícito. Tal fato ocorre, pois não há consenso sobre qual seria o objeto contratual: a vida humana ou a doação temporária do útero, e assim, se tal ato jurídico se enquadraria em nosso ordenamento jurídico, necessitando de tutela legal para a regulamentação da relação privada, e conseqüentemente maior proteção dos direitos do nascituro.

Não se pode negar que tais acordos são realidade em nosso meio social, porém, como, infelizmente, o direito não consegue acompanhar a velocidade dos progressos da Medicina, não há legislação específica sobre o tema, havendo apenas a Resolução N° 1.957 de 2010, do Conselho Federal de Medicina, disciplinando acerca do procedimento da gestação por substituição, elencando requisitos necessários para a realização do mesmo. No entanto, tal resolução, vincula apenas a área médica em seus preceitos éticos de conduta, e não se trata de

uma norma de teor jurídico aplicável à toda a sociedade. E a ausência de disciplina legal específica tem ocasionado inúmeras discussões e questionamentos jurídicos acerca desse procedimento de reprodução, provocando uma infinidade de conflitos e conseqüentemente instabilidade jurídica.

Surgiu, assim, cerne principal de tal questão: Seria o contrato de gestação por substituição lícito, e assim válido, suscetível de ser exigido judicialmente? E, não obstante, como definir a filiação do nascituro: seria considerado filho daquela que gestou e lhe trouxe ao mundo, ou daqueles que o desejaram, escolheram um terceiro para concebê-lo, por não haver a possibilidade de tê-lo através do *modus operandi* tradicional, e se consideram os pais da criança?

Desse modo, visa o presente artigo propor uma abordagem dos aspectos da gestação por substituição à luz da autonomia da vontade, base da teoria contratual, bem como, levando em consideração, o direito à vida, norte de todo ordenamento jurídico, com o intuito de demonstrar a licitude de tal relação privada, levando à necessidade de sua regulamentação para se resguardar de forma mais eficaz os direitos do nascituro.

2 A Gestação por Substituição

A ciência tem andado a passos largos no que tange às técnicas de reprodução humana. Não se pode negar a importância que a humanidade atribui à reprodução, modo de perpetuar a espécie, e sonho nutrido por muitos indivíduos desde a infância. *“O desejo de ter filhos é uma aspiração legítima do casal, sendo incontestável”* (BADALOTTI, PETRACCO, ARENT, 2004, p.1).

Para que fosse resguardado ao ser humano o direito à reprodução, os movimentos feministas levaram à consagração dos direitos reprodutivos, e de acordo com Cristian de Paul Barchifontaine, *“direitos básicos de todos os indivíduos, é o direito de decidir livremente e com responsabilidade sobre a sua vida sexual e reprodutiva”* (BARCHIFONTAINE, 2002, p. 64).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura em seu artigo 12º que “homens e mulheres em idade adequada ao casamento têm direito a casar e constituir

família”. Dessa forma, a reprodução é um direito fundamental, entendido ainda, como direito de personalidade, indisponível e inalienável.

A procriação faz parte da natureza humana, é traçada como objetivo de vida de muitos casais, porém, alguns indivíduos encontram entraves ao tentar realizar tal sonho: biologicamente são impossibilitados de se reproduzirem da maneira convencional. Assim, entra em cena a Biotecnologia, com seus inúmeros avanços na técnica de Reprodução Humana Assistida², gerando a possibilidade de superação dos obstáculos referentes a questões de esterilidade ou infertilidade do casal, alimentando a esperança de terem o tão almejado filho.

De acordo com CASTILHO, no Brasil, sob a ótica do ordenamento constitucional vigente, a reprodução humana assistida está inserida na classe dos direitos fundamentais, mais especificadamente no direito fundamental à vida (CASTILHO, 2005, p. 319). No mais, ainda considera que:

Analisando a situação pelo âmbito jurídico, tem-se entendido que há um direito a procriar com base nos seguintes fundamentos: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se disciplina o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, prevendo ainda o direito de fundar uma família, nos arts. III, VII e XVI; b) a Constituição Brasileira de 1988, donde extrai-se o direito à procriação das normas de inviolabilidade do direito à vida (*caput* do art. 5º), do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218), da liberdade de consciência e de crença (inc. VI do art. 5º) e ainda da previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (§7º do art. 226) (CASTILHO, 2005, p. 319).

Assim, para proporcionar o direito de reprodução à casais inférteis, foram inúmeras as inovações surgidas nas últimas décadas, destacando, sobretudo, a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial, e a gestação por substituição, objeto do presente artigo.

A fertilização ‘*in vitro*’ (FIV) é a técnica pela qual a fecundação do gameta feminino pelo masculino ocorre em laboratório, de forma extrauterina (GOMES, 2004, p. 345). Assim, os embriões resultantes do procedimento são inseridos no útero de uma mulher para o prosseguimento da gestação.

Já a inseminação artificial é a técnica na qual se obtém a fecundação sem a necessidade do ato sexual de seus genitores, sendo realizada através de processos mecânicos e

² Torna-se necessário definir o que vem a ser a reprodução humana assistida, ou seja, "o conjunto de procedimentos que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo" (BADALOTTI, PETRACCO, ARENT, 2004, p.1), trata-se da união dos gametas femininos e masculinos por meio de uma técnica artificial.

com a utilização de recursos médicos que consistem na introdução do sêmen no interior do canal genital feminino (GOMES, 2004, p. 341). Ou seja, a fecundação ocorre no organismo da mulher, sem a extração de seu óvulo.

Tanto a FIV quanto a inseminação artificial, se desdobram em duas classificações: ambas podem ser homóloga ou heteróloga. É homóloga quando a criança é concebida a partir do material genético do marido e da esposa, e será heteróloga quando utilizar gametas de terceiros (doadores) para realizar a fecundação.

A gestação por substituição, conhecida popularmente como “barriga de aluguel”, é uma técnica de reprodução humana artificial, em que há a participação de um terceiro (mãe substituta ou mãe de aluguel), que cede o útero, para que um casal, que possui impossibilidade biológica de conceber um filho, possa vir a tê-lo, de forma diferente da convencional.

Apesar da discussão acerca do tema ter sido recentemente incorporada no contexto social, a prática da cessão do útero por uma terceira a um casal, é bastante antiga, encontrando registros até mesmo na Bíblia Sagrada. Veja CONTI a respeito:

Convém ter presente que a mãe de aluguel loca seu útero para gestação de crianças. Importa observar que antes do desenvolvimento das modernas técnicas de reprodução era comum recorrer ao adultério consentido, à caridade ou ao útero escravo, como está no Gêneses. Conta o livro sagrado que Raquel, não tendo filhos, oferece sua escrava e até mesmo sua irmã Lia para coabitar com Jacó, procurando assim resolver problemas de infertilidade (CONTI, 2004, p. 167).

Além disso, um dos primeiros registros que se têm da realização do procedimento de gestação por substituição ocorreu nos Estados Unidos, em 1980, onde o casal Andy e Nancy, impossibilitados de gerar um filho, procurou Carol Pavek para realização de tal técnica de reprodução.

Tal procedimento ocorre “*com a transferência de embriões ao útero de uma mulher que o alugue ou o empreste, ou através de uma inseminação artificial ou FIV em que a mulher ponha seu óvulo, além do útero*” (BADALOTTI, PETRACCO, ARENT, 2004, p.7). Ou seja, o procedimento pode ocorrer através de inseminação artificial com o material resultante da fecundação sendo inserido no útero da terceira cedente, ou por fertilização *in vitro* (FIV).

Para GAMA, a gestação por substituição poderá ocorrer em três possibilidades:

- (a) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo;
- (b) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental;
- (c) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante (GAMA, 2008, p. 374).

O procedimento de gestação por substituição faz parte do avanço da Biotecnologia, e possibilita aos indivíduos a consecução de um filho por meio de uma técnica de reprodução humana assistida. Porém a evolução das ciências se dá através de uma velocidade peculiar, a qual o direito pátrio, infelizmente não tem conseguido acompanhar, não havendo previsão legal para o método de gestação por substituição.

Assim, os conflitos oriundos de tal procedimento são resolvidos com o amparo dos princípios gerais do direito, e, principalmente, por meio da utilização da Resolução 1.957 de 2010 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta a gestação por substituição na área médica, prevendo os requisitos para a realização de tal técnica, não se tratando, porém, de norma jurídica, o que não lhe confere caráter vinculante à sociedade.

De acordo com a referida resolução, em seu item VII, a gestação de substituição só poderá ocorrer quando existir um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da mulher que pretenda ter um filho, ou seja, deve ser a última ratio a ser perseguida, apenas em casos que haja a impossibilidade de reprodução no organismo da mulher, é que terceira poderá ceder seu útero substituindo-a na gestação de seu futuro filho.

Sobre essa questão, afirma Silvia da Cunha Fernandes que:

As indicações médicas para a utilização dessa técnica são as seguintes: infertilidade vinculada à ausência de útero, patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico, contraindicações médicas a uma eventual gravidez decorrente de insuficiência renal severa ou diabetes grave insulino-dependentes (FERNANDES, 2005, p. 100).

No mais, são requisitos elencados pela Resolução nº 1957 do Conselho Federal de Medicina:

- 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 (Resolução nº 1957 do Conselho Federal de Medicina).

Assim, o casal impossibilitado de procriar só poderá acordar a gestação por substituição com pessoa pertencente à sua família, tendo que haver parentesco até o segundo grau, ou seja, a mãe substituta deverá ser mãe, avó, irmã, sogra ou cunhada da solicitante de tal técnica. Os demais casos (principalmente os resultantes de reprodução heteróloga) ficam a cargo de decisão pelo Conselho Regional de Medicina, que poderá ou não autorizar a realização da técnica de procriação.

Além disso, o aspecto mais importante, e que têm maior relevância no universo jurídico, e também no seio social, é a determinação da gratuidade da cessão do útero. A terceira que aceita ser a "mãe substituta" da criança que está sendo gerada, deve fazê-lo por mera liberalidade e generosidade, não recebendo nenhuma prestação pecuniária por tal feito. Trata-se, portanto, de doação temporária do útero, uma espécie de cessão do local para a gestação do feto e, conseqüentemente, vir a conceber a criança.

A gestação por substituição é mais um desafio trazido pelas ciências que influem diretamente no universo jurídico, sobretudo por se tratar de uma relação privada que sofre uma interferência de ordem pública, moral, e ética. E a ética, segundo CONTI, é o combustível que abastece a sobrevivência humana no planeta, com o senso de dignidade e responsabilidade de uns para com os outros (CONTI, 2004, p. 3).

Frisa-se que para que ocorra tal processo, é necessário que haja inicialmente um acordo de vontades entre o casal desejante de um filho, e impossibilitado de tê-lo, e a terceira cedente do útero. E assim, surge a polêmica: configuraria esse acordo, em nosso ordenamento jurídico, um contrato lícito? Poderia este ser exigido judicialmente em caso de descumprimento? Como ficaria a situação do nascituro no que tange à sua filiação? Questões estas, que para serem respondidas, levam à necessidade de uma análise da Teoria Contratual.

3 Uma abordagem da Teoria Contratual

O homem, em sua vida em sociedade, pactua diariamente inúmeros acordos com seus semelhantes como forma de perseguir seus objetivos e estreitar as interações sociais. A

figura do contrato, com suas raízes históricas no Direito Romano³, surge para consagrar esses acordos de vontade e assim, tutelar importantes relações jurídicas.

Os contratos são um processo dinâmico em constante movimento, sendo fruto de nossas necessidades ou desejos, buscando impulsionar nossa satisfação e vontade. Sendo que, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, *o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos* (PEREIRA, 2009, p. 7). Trata-se, pois, de um acordo de vontades com o fito de produzir efeitos jurídicos.

Constitui um instrumento que exerce uma função econômica, e também social, e sendo um negócio jurídico, requer, para sua validade, a observância dos requisitos do artigo 104 do Código Civil de 2002, ou seja, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei.

Dissertando sobre o tema, PEREIRA distribui esses elementos de validade em três grupos: subjetivos, objetivos e formais. O requisito subjetivo pode ser enunciado como a aptidão para consentir (PEREIRA, 2009, p. 27). O consentimento, gerador do contrato, há de abranger seus três aspectos:

A- Acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há.

B- Acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergem a seu respeito, não pode haver contrato válido.

C- Acordo sobre as cláusulas que o compõem; se a divergência campeia em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato (PEREIRA, 2009, p. 27).

Já os elementos de validade objetivos, dizem respeito ao objeto do contrato, ou seja, a obrigação constituída, modificada ou extinta, compreendendo a licitude, a determinação, e a possibilidade do objeto.

De acordo com FIUZA, objeto possível é aquele realizável, tanto material quanto juridicamente. Objeto lícito é aquele não reprovável pela Lei (FIUZA, 2010, p. 211). E mais, o objeto há de ser determinado ou determinável, ou seja, ainda que num primeiro momento não seja determinado, o negócio deve conter elementos para sua determinação futura (FIUZA, 2010, p. 211).

³ Os contratos possuem raízes históricas no Direito Romano, a principal fonte do Direito Ocidental, onde existia a figura da *conventio*, gênero do qual faziam parte o *contractus* e o *pactum*. Com o passar do tempo, essas distinções terminológicas deixaram de ter sentido prático, sendo utilizadas como sinônimos.

No que se refere ao requisito formal de validade dos contratos, “*a regra é a liberdade de forma, celebrando-se o contrato pelo livre consentimento das partes contratantes, pois apenas excepcionalmente a lei requer obediência aos requisitos de forma*” (DINIZ, 2010, p. 18).

Dita o artigo 107 do Código Civil, que: “*A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei a exigir expressamente*”. Ou seja, alguns contratos devem obedecer à forma predeterminada quando a lei assim exigir, sob pena de nulidade, e não havendo forma especial, o contrato pode ser estabelecido por escrito, de forma verbal, e até tacitamente⁴.

Não obstante, o mesmo se forma quando as partes fazem coincidir suas vontades em determinado ponto, com o fito de obter certos efeitos. Desse modo, o contrato se apresenta como resultado de uma série de etapas: negociações preliminares, proposta e aceitação. Emitida a proposta, e sendo aceita pelo oblato, está constituído o contrato, que respeitando seus elementos de validade, possui aptidão para a produção de efeitos jurídicos.

Ademais, regem-se os contratos por uma série de princípios que fornecem os pilares do Direito Contratual, como a autonomia da vontade, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, sendo que, para o presente estudo, torna-se fundamental a análise do princípio da autonomia da vontade.

O princípio da autonomia da vontade é considerado como um dos fundadores da teoria contratual. É ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Nos dizeres de DINIZ, *a autonomia da vontade consiste no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica* (DINIZ, 2010, p. 21).

Para FIUZA, a autonomia da vontade se exerce em quatro planos:

- 1º) Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos.
- 2º) Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato.
- 3º) Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei.
- 4º) Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito (FIUZA, 2010, p. 406).

⁴ Dita o artigo 111 do Código Civil, que: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

No entanto, considera PEREIRA que, o princípio da autonomia da vontade não é absoluto, nem reflete a realidade social na sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da ordem pública, e outro vai dar no dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato (PEREIRA, 2009, p. 22).

O Código Civil de 2002 consagrou em seu bojo, novos princípios contratuais, como a boa-fé objetiva e a função social. Assim, os contratos devem ser regidos pelo princípio da boa-fé, um dever imposto às partes, para agir de acordo com determinados padrões de lealdade e probidade. VENOSA afirma que o princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato (VENOSA, 2012, p. 372).

Já o princípio da função social dos contratos, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade (PEREIRA, 2009, p. 12). O contrato deve ter alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade (DINIZ, 2010, p. 23).

Com o advento da Constituição da República de 1988, houve na órbita das relações privadas importantes modificações, sendo que estas passaram a guiar-se pelos princípios basilares de nossa Constituição da República, consagrando, assim, a dignidade humana, como princípio contratual. Veja FIUZA a respeito:

Os contratos, enquanto meio de geração e de circulação de riquezas, de movimentação da cadeia de produção, devem ser instrumento de promoção do ser humano e de sua dignidade. Em outras palavras, os contratos não devem ser vistos apenas como meio de enriquecimento das partes contratantes. É fundamental que se diga que as pessoas celebram contratos para se promover, para galgar novos e melhores caminhos. Os contratos têm que ser interpretados como instrumentos de promoção da dignidade humana (FIUZA, 2010, p. 411).

Temos, pois, uma série de princípios norteadores do Direito Contratual, que visam harmonizar os interesses particulares, e de certa forma, os coletivos, com o fito de orientar na formulação de contratos cada vez mais próximos dos ditames de um Estado Democrático de Direito.

Depreende-se assim, ser o contrato um fenômeno social, com o qual se estabelecem relações jurídicas na sociedade, amoldando o interesse dos indivíduos, e levando à produção

de efeitos jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito para garantir ao ser humano a consecução de seus objetivos e satisfação de sua vontade.

Dessa forma, torna-se necessário realizar uma análise do objeto do presente artigo, o contrato de gestação por substituição, tendo por base a Teoria Contratual, bem como o ordenamento jurídico vigente, para averiguar se tal acordo de vontade se constitui como um contrato lícito, e assim válido, apto a produzir seus efeitos jurídicos.

4 O Contrato de Gestação por Substituição frente à Teoria Contratual

O ser humano é dotado de autonomia, ou seja, livre possibilidade de definir seus planos, prioridades e escolher o modo de agir, se portar e realizar seus anseios da forma que lhe aprouver. Assim, o universo jurídico deve proporcionar as bases para que os indivíduos alcancem seus intentos, sendo o contrato, o mais notável instrumento colocado à disposição da vontade humana.

Desde a tradição kantiana, a vontade é essencial para a determinação da autonomia do homem. Kant considera que, *a vontade é a faculdade do desejo considerada não tanto em relação à ação, porém mais em relação ao fundamento que determina a escolha para a ação* (KANT, 2003, p. 63). Ou seja, a vontade é o fundamento último da ação humana, ela é fruto da racionalidade dos indivíduos, o que os faz dotados de autonomia.

No direito privado, expressão última da autonomia humana, é o contrato, e como visto alhures, para que um contrato seja válido, e assim, produza efeitos, necessita obedecer a determinados requisitos. Deve haver agentes capazes de efetuar o negócio jurídico, o objeto da relação deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e deve respeitar a forma, quando prescrita em lei, ou ser editado da maneira que convier às partes nos demais casos.

Dessa forma, passa-se a análise do contrato de gestação por substituição frente à teoria contratual para verificar se o mesmo preenche os requisitos do negócio jurídico, e se assim, poderá ser dotado de eficácia.

De acordo com Marcelo Truzzi Otero o contrato de gestação por outrem exige capacidade das partes, consentimento qualificado e interesse legítimo na contratação

(OTERO, 2010, p. 26). Ou seja, é necessária a capacidade plena de consentimento dos pactuantes. No mais, o consentimento deve ser pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado (MEIRELES, 2009, p. 215).

O contrato de gestação por substituição ocorre entre um casal que deseja ter um filho, de um lado, e a terceira que deseja ceder temporariamente seu útero, de outro. No entanto, por previsão da Resolução do Conselho Federal de Medicina, essas partes devem preencher determinados requisitos, ou seja, a mulher que procura outrem para ser “mãe substituta” de seu filho, deve possuir problema biológico que a impossibilite de gestar uma criança, e, além disso, a cedente do útero deverá ser parente até o segundo grau da solicitante do procedimento em pauta.

Desse modo, temos presente o primeiro requisito de validade de um negócio jurídico: agentes capazes e legitimados, indivíduos que desejam incessantemente ter um filho, aptos a emitir livre e autonomamente sua vontade, e pessoa da família dos cessionários, que espontaneamente oferece seu útero para gestar o bebê, e ao final, entregá-lo ao casal que com ela acordou, sendo tal ato realizado gratuitamente.

Questão que merece cuidadosa análise, diz respeito ao segundo elemento de validade do negócio jurídico, ou seja, o objeto do contrato de gestação por substituição. Não há posicionamento pacífico na doutrina quanto a este, devendo o mesmo ser estudado sob seus aspectos mais íntimos, para que se possa chegar a posicionamento que coadune com o atual estágio do direito civil pátrio, um direito civil constitucionalizado.

Existem duas correntes que tratam a respeito do tema. Para a primeira delas, o objeto da gestação por substituição seria ilícito, por se tratar da vida humana. Quem se filia a esta posição, adota o entendimento que o objeto contratual seria a criança a ser gerada e concebida, e assim, encontraria obstáculos constitucionais, visto que, nossa Carta Magna, consagra em seu art. 199, § 4º⁵, a proibição de comercialização da vida humana, em toda sua dimensão. Assim, consideram inválidos os contratos de gestação por substituição, por não atenderem ao requisito da licitude do objeto contratual.

⁵ Veja a redação do art. 199, §4º da Constituição da República de 1988: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

Afirmam ainda, ser a vida humana um bem inviolável, consagrado no artigo 5º da Constituição da República⁶, sendo um direito indisponível, insuscetível de configurar como objeto contratual. Ademais, muitos abordam a questão à luz da dignidade humana, afirmando que os contratos de gestação por substituição, ofenderiam tal princípio, ensejando na coisificação do homem, pois o objeto de tal acordo de vontades seria a criança nascente, ou seja, o nascituro.

O fundamento da dignidade humana encontra sua base principal em Kant, que considera a dignidade humana um *“princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo”* (KANT, 2003, p. 29).

Não obstante, há uma segunda corrente que defende a possibilidade da existência do contrato de gestação por substituição, considerando que tal contrato teria como objeto a cessão temporária do útero para a gestação do bebê, e não a criança a ser gerada. Assim, o objeto do contrato seria lícito, o que possibilitaria a validade do mesmo em nosso ordenamento jurídico.

Ressalta-se ainda, que muitos doutrinadores baseiam a licitude de tal contrato, no princípio da legalidade, ou seja, como não há proibição no ordenamento jurídico brasileiro para o contrato de gestação por substituição, não haveria nenhum impedimento para realização do mesmo, pois aquilo que não é proibido é permitido.

No mais, o contrato de gestação por substituição encontraria respaldo para sua existência no artigo 425 do Código Civil, que dita ser lícito às partes estipular contratos atípicos, desde que observadas às normas gerais traçadas pelo mesmo diploma legal. Ou seja, são contratos atípicos aqueles que a determinação formal é dada pelas partes (VENOSA, 2012, p. 407), não estão descritos ou especificados pela lei, devendo, entretanto, respeitar os elementos de existência, validade e eficácia de todo e qualquer negócio jurídico⁷.

⁶ Art. 5º, caput, CR/88: “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”.

⁷ Como exposto no tópico anterior, o negócio jurídico requer para sua validade, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. Importante mencionar, que o negócio jurídico costumeiramente é analisado sob o prisma da Escala Pontean, criação de Pontes de Miranda, que distribui os elementos do negócio jurídico em três esferas: existência, validade e eficácia. No plano da existência avalia-se se há um agente, um objeto, e uma forma. Já no plano da validade, observa-se se esse agente é capaz, se o objeto é lícito, possível, determinado ou determinável, e se a forma utilizada para a formulação do negócio jurídico respeita àquela determinada em lei, quando for expressamente exigida, ou se não for, poderá ser

Sabe-se que todo contrato tem por objeto um bem jurídico, e não seria diferente no contrato de gestação por substituição, porém, diferentemente do que muitos têm defendido, há um crescente posicionamento que diz que, o bem jurídico de tal relação privada não é a vida humana em si, mas sim o procedimento de reprodução. Para MEIRELES, a diferença substancial desse contrato gestacional para a imensa maioria dos contratos é o fato de ele estar atrelado a uma questão existencial e não patrimonial, a emprestar-lhe feição absolutamente particular (MEIRELES, 2009, p. 52).

Assim, o objeto do contrato de gestação por substituição seria a cessão temporária do útero para a gestação da criança, sendo, portanto lícito, visto não violar o ordenamento jurídico e considerado dentro dos padrões éticos e morais, quando feito de forma gratuita, pois o objeto contratual tem o fito de proporcionar a gestação de um feto para um casal impossibilitado, sendo fruto da generosidade de outrem.

Nesse sentido se posiciona Francisco Vieira Lima Neto, citado por SANTOS, ao afirmar que, *“o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher”* (SANTOS, 2001, p. 140).

Ou seja, o objeto contratual seria aquele que visa proporcionar o direito à vida do nascituro, resguardando um local para sua gestação de forma saudável e segura, visto não haver a possibilidade de sua “mãe” gerá-lo em seu ventre, assegurando assim, a possibilidade de existência da criança.

É importante destacar, que o próprio Código Civil, em seu artigo 2º, afirma a necessidade de se proteger os direitos do nascituro⁸. E garantir o direito de reprodução àqueles que não podem fazê-lo do modo tradicional, é resguardar a possibilidade de consagração do direito à vida, visto que a mesma surge através do ciclo reprodutivo, e assim, por a salvo os direitos da criança nascente.

Já em relação ao terceiro requisito de validade dos negócios jurídicos, ou seja, a forma, Marcelo Truzzi Otero afirma que *“quanto à forma, nada dispendo a lei a respeito, não*

a forma livre. Estando presentes os requisitos expostos, passa-se para o plano da eficácia, ou seja, verifica se o negócio jurídico possui aptidão para produzir efeitos jurídicos.

⁸ O artigo 2º do Código Civil, disciplina que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

se exige, como requisito de validade, forma específica, admitindo-se até mesmo a contratação verbal" (OTERO, 2010, p. 26).

Diante do exposto, torna-se mais prudente, filiarmos à corrente que dita ser o contrato de gestação por substituição um contrato lícito, pois considera-se que o objeto contratual é a prestação da cessão temporária do útero, e não a vida humana. O casal que procura realizar o procedimento deseja é encontrar um terceiro que ofereça o local para a gestação de seu filho, e não contratar outrem para lhe fornecer uma criança.

É indiscutível que a vida humana é um bem inviolável, a pedra angular que sustenta todos os demais direitos, e por isso, não deve ser objeto de transações, e muito menos de comercialização. O que se defende aqui é mesmo a proteção de tal bem, visto que a reprodução é uma forma de assegurar a perpetuação da vida.

É direito de todo ser humano se reproduzir, constituir família, se assim o desejar. E quando há algum empecilho biológico que o impeça de realizar tal sonho, deve-se procurar uma maneira de satisfazê-lo, pois assim, o indivíduo terá tutelado seus direitos em toda sua completude, fato este que vem ao encontro da proteção à dignidade humana, que deve ser vista não apenas em sentido estrito, mas de modo a englobar os anseios dos indivíduos, considerados como fim em si mesmo, dotados de autonomia, e assim, capazes de definir o que é melhor para si.

Desse modo, o próprio homem tem buscado incessantemente meios para proporcionar um aperfeiçoamento das tecnologias, e assim, realizar seus desejos. Isso tem ocasionado uma evolução peculiar nas ciências, e a cada dia, desafios e obstáculos são superados. Foi isso que aconteceu na ceara da reprodução humana. Com o desenvolvimento de técnicas avançadas, tornou-se possível a casais impossibilitados de conceber uma criança, vir a tê-la através de meios diversos do tradicional, sendo a gestação por substituição importante exemplo destes.

Ressalta-se que para que o procedimento seja considerado de acordo com nosso ordenamento jurídico, necessário é que esteja de acordo com os princípios que regem o mesmo, como a dignidade humana, e não deixando de lado, questões éticas e morais.

E de acordo com Tercílio Carlini Sobrinho, citado por CONTI, a Ética possui: *“a) a consciência individual, que redunde na moral, que é um conjunto de ideias ou princípios que nos leva a fazer o bem e evitar o mal; b) consciência coletiva, que redunde no direito”*

(CONTI, 2004, p. 4). É notável que aqueles que procuram a gestação por substituição estão em busca de um bem, ou seja, conceber um filho, e evitar um mal, que é angústia de não poder procriar.

O que se defende aqui é o reconhecimento do contrato de gestação por substituição como um acordo lícito e válido, respeitando as determinações do Conselho Federal de Medicina⁹, sendo que, o mesmo deve ser realizado de forma gratuita, ou seja, a terceira cedente do útero não deve receber nenhuma prestação pecuniária para ceder o local de gestação da criança, e mais, deve ser pertencente à família da mãe solicitadora do procedimento, visto que, assim, resguarda a relação afetiva entre os contratantes e inibe a propensão a um caráter comercial de tal relação.

Para FERNANDES, *“a obrigatoriedade da exigência de uma relação de parentesco foi estabelecida com o fim de evitar a comercialização já que nestas circunstâncias as pessoas estão ligadas por laços familiares”* (FERNANDES, 2005, p. 100).

A exigência da gratuidade decorre do fato que *“o corpo humano e suas substâncias são objetos fora do comércio, sendo a gratuidade pressuposto da legalidade do ajuste entre as partes, imposta constitucionalmente”* (OLIVEIRA; BORGES, 2000, p. 48). Tratando acerca do tema, Diana Poppe apresenta quatro motivos para justificar a vedação da onerosidade da gestação por substituição:

1) Se teme a criação de uma indústria global da ‘barriga de aluguel’. 2) Se teme que a gestante, ao confirmar o contrato, ainda não estando grávida, não tenha condição psicológica de obrigar-se a entregar o bebê que gerou porque é durante a gravidez que podem ser criados vínculos afetivos entre gestante e feto. 3) Se teme a coisificação da criança. 4) Se teme a mercantilização do corpo. (POPPE, 2013, p. 3).

E mais, de acordo com OTERO,

A corrente defensora da contratação apenas na modalidade gratuita concentra seus argumentos na defesa da dignidade da criança, na preservação do consentimento livre e consciente dos contratantes e na proibição de transações onerosas a respeito do corpo humano, e, por conseguinte, do material genético. (OTERO, 2011, p. 30).

Além disso, o que leva a existência do contrato de gestação por substituição é o imenso desejo de ter um filho diante da impossibilidade de gerá-lo. Assim, é inadmissível que se recorra a tal procedimento por questões injustificáveis e fúteis, como desconforto

⁹ Como abordado anteriormente, a gestação por substituição só poderá ocorrer quando existir um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da mulher que pretenda ter um filho. Além disso, 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. No mais, a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Estes são os requisitos elencados pela Resolução nº 1957 do Conselho Federal de Medicina, para a realização do procedimento de gestação por substituição.

ocasionado pela gestação, questões estéticas, ou quaisquer outros fatores que não sejam biológicos, sendo tal técnica uma indicação médica.

Importante mencionar, aspecto do contrato de gestação proposto por Katie Marie Brophy, nos Estados Unidos, publicado no Journal of family law, contido na obra de CONTI, determinando que:

Todas as partes assim como seus intermediários se comprometem a não fornecer informações ao público, às mídias, ou qualquer particular ou grupo, informações que poderão conduzir à revelação da identidade das partes ou da criança (CONTI, 2004, p. 205).

Essa disposição vem afirmar a ideia que o contrato de gestação por substituição visa o melhor para o casal, a terceira cedente do útero e para o nascituro, protegendo o direito de personalidade de todos os envolvidos na relação jurídica. É um meio que busca da melhor maneira possível, harmonizar interesses e assim, proporcionar a realização do objeto pretendido, levando a necessidade de sua regulamentação, para se ter tutelado juridicamente seus efeitos, com vistas à maior proteção dos direitos da criança nascente.

Assim, emitida a vontade no sentido de firmar o contrato de gestação por substituição, que terá por objeto a cessão temporária do útero de uma terceira visando gestar um bebê para um casal impossibilitado de tê-lo, sendo os agentes capazes de emitir sua vontade, e pactuando o acordo de forma livre, estará formado o contrato, e respeitando os requisitos de validade do negócio jurídico, estará apto para produzir efeitos.

Dessa forma, torna-se necessário a regulamentação desta relação privada, pois a mesma constitui a expressão da autonomia dos indivíduos e se encontra em conformidade com a ordem jurídica vigente. Ressalta-se que um dos mais importantes valores de um Estado, que se pretende Estado Democrático de Direito, é a liberdade, e esta engloba o direito de autodeterminação dos planos de vida dos indivíduos, e a possibilidade de definir suas metas e executá-las da maneira que lhes convier quando em conformidade com os ditames da lei.

E mais, é inegável que no estágio que se encontram as ciências humanas (incluindo aqui a Ciência do Direito), é imprescindível que seja garantido aos indivíduos a possibilidade de conseguir seus objetivos, e quando a Biotecnologia oferece a técnica para proporcionar a casais inférteis o sonho de ter um filho, não cabe a nenhuma outra ciência vir obstaculizar, mas sim, buscar meios de efetivar tal anseio, isso quando não ferir nenhum valor intrínseco do ser humano.

Tornou-se evidente, que a gestação por substituição surgiu como um meio para permitir a procriação, rompendo barreiras biológicas a fim de realizar a vontade daqueles impossibilitados de se reproduzir. E assim, é necessário desmistificar a visão preconceituosa que tal técnica viola o direito à vida e a dignidade humana. O que de fato temos, é o resultado do esforço hercúleo do ser humano, que busca a todo instante o aprimoramento de procedimentos para ocasionar uma melhor qualidade de vida. E a vida deve ser vista como o cerne de tudo, sendo que, só é possível concebê-la através da reprodução. E negar este direito a casais inférteis é negar a própria vida, isto simplesmente por ter uma mentalidade apregoada de um positivismo exegético que impede de compreender o ser humano e suas relações em sua completude.

Veja que inúmeros países já conseguiram superar a visão tradicionalista, e passaram a permitir o contrato de gestação por substituição, como é o caso da Espanha, com a Lei espanhola de 1988, e os Estados Unidos, onde além de admitir a prática, incentiva a mesma (VENOSA, 2009).

E até mesmo no Brasil, quando conflitos pertinentes ao tema chegam aos tribunais, há juízes que consideram os acordos válidos, e assim, reconhecem a paternidade da criança ao casal solicitante da gestação por substituição.

É importante destacar, que frente a questões polêmicas, como é o tema ora tratado, é necessário buscar uma solução afastada de posições radicais, por isso que é defendido aqui, a regulamentação da gestação por substituição em sua forma gratuita, tendo como “mãe substituta” familiar da requerente do procedimento, e considerando que o objeto do contrato é a cessão do útero, e não a criança. Isso decorre do fato, que tal posicionamento se aproxima dos valores éticos norteadores da sociedade, visto que, adotando um meio termo, ou seja, legalizar a gestação por substituição, porém com algumas restrições, têm-se o intuito de evitar a comercialização do ser humano, e conseqüentemente sua coisificação¹⁰.

¹⁰ Muitos são os defensores do contrato de gestação por substituição em sua modalidade onerosa, sobretudo, afirmando que haveria mais garantias no caso de inadimplemento do mesmo, e, além disso, consideram que seria justo aquela que cede seu útero para gestar o bebê receber uma gratificação. No entanto, considerando os valores éticos que predominam em nossa sociedade, bem como os princípios constitucionais vigentes, como a dignidade humana, entende-se ser o contrato gratuito a forma viável e de acordo com nosso ordenamento jurídico. Apesar de países como os Estados Unidos permitirem o contrato de gestação por substituição na modalidade onerosa, temos que ter em mente, que o mesmo é adepto de uma cultura liberal, e que o nosso país ainda têm muito que avançar para se poder chegar a tal estágio, pois nos dias atuais, seria gigantesco o número de mulheres necessitadas se disponibilizando para ser mãe substituta, com o intuito apenas da remuneração, ou seja, comercialização do seu próprio corpo, afastando ainda, o aspecto central do contrato de gestação por

Desse modo, é evidente a necessidade de regulamentação do contrato de gestação por substituição, reconhecendo-o como um contrato lícito, apto a produzir efeitos jurídicos, desde que seja realizado de forma gratuita, sendo a última ratio, ou seja, apenas quando houver impossibilidade biológica de gestação, tendo por mãe substituta pessoa pertencente à família daquela que solicitou o procedimento. Isto visando garantir que tais acordos de vontades permaneçam em consonância com os preceitos de nosso ordenamento jurídico.

5 As consequências do contrato de Gestação por Substituição: a proteção dos direitos do nascituro

Não se pode negar a existência do contrato de gestação por substituição em nosso meio social, mesmo não havendo regulamentação legal para o mesmo. Fato este, decorre da autonomia dos indivíduos para definir suas escolhas e realizar seus acordos de vontade.

Efetuada o contrato, e realizado o procedimento, surge suas consequências afetivas, sociais, e jurídicas. Pode ser que a “mãe substituta” se ligue afetivamente à criança e resolva não entregá-la ao casal. Além disso, importante analisar como deve ser definida a filiação do nascituro, pois sem a regulamentação legal do contrato de gestação por substituição, inúmeras questões necessitam ser solucionadas.

A começar pela filiação, esta é definida por Maria Helena Diniz, como

O vínculo jurídico existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial (DINIZ, 2009, p. 452).

Sabe-se que a procriação é algo da natureza humana, e na seara do Direito, a filiação é tida como um fato jurídico, do qual decorrem inúmeros efeitos, trata-se de uma relação jurídica entre pais e filhos, da qual surgirão questões sucessórias, de poder familiar, e inúmeras outras, englobando, ainda, aspectos afetivos.

substituição, a generosidade em se oferecer o local para a gestação da vida, para aqueles impossibilitados de gestá-la.

A filiação biológica, também conhecida como filiação natural, é aquela que pode ser comprovada através de dados genéticos, sobretudo, pelo exame de DNA (Ácido Desoxirribonucleico). VENOSA considera que:

A filiação decorrente da natureza pressupõe um nexos biológico ou genético entre o filho e seus pais. A maternidade ou paternidade é certa quando esse nexos é determinado. A determinação da filiação, como categoria jurídica, procura assegurar a identificação pessoal em relação à identidade biológica. Nem sempre, porém, a identidade genética amolda-se à identidade jurídica. Essa questão, entre outras, depende de uma solução legal, e marcadamente judicial, no campo da filiação (VENOSA, 2009, p. 220).

Nos dias atuais, o tradicional conceito de família sofreu consideráveis alterações, e não seria diferente com a filiação. A evolução das ciências, principalmente com as técnicas de reprodução assistida, e com a existência do exame de DNA, levou a mudança acerca da verdade biológica adotada nas legislações para se consagrar a filiação de uma criança. Veja VENOSA a respeito:

Tradicionalmente, afirmava-se com insistência, em passado não muito remoto, que a maternidade era sempre certa (*mater semper certa est*); a paternidade era sempre incerta (*pater semper incertus est*). O avanço da ciência e da tecnologia genética nas últimas décadas coloca na berlinda e desmente a afirmação tradicional (VENOSA, 2009, p. 217).

Ou seja, tradicionalmente era considerada mãe aquela que deu à luz a criança, sendo esta presunção absoluta, pois sempre era suscetível de prova. Já a paternidade era sempre incerta, sendo dificilmente comprovada. Atualmente, sabemos que se pode definir com certeza quase absoluta acerca da paternidade de uma pessoa. Além da verdade biológica comumente utilizada nas legislações para determinar a filiação de uma criança, hoje a verdade jurídica leva em conta inúmeros fatores afetivos e sociais.

A Constituição da República de 1988 trouxe importante avanço ao consagrar o princípio da igualdade no âmbito da filiação, vedando qualquer distinção entre os filhos, e proibindo nomenclaturas discriminatórias, como filho ilegítimo, incestuoso, adotivo, entre outros¹¹.

O Código Civil de 2002, ao disciplinar acerca da filiação, buscou associar a verdade biológica à verdade jurídica, em seu artigo 1.597, dita que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência

¹¹ Veja a redação do Artigo 227, §6º, da Constituição da República de 1988: “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”.

conjugal;

II- nascido nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (Código Civil de 2002).

Como afirma VENOSA, “o legislador procura o possível no sentido de fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, levando em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem essa problemática” (VENOSA, 2009, p. 218).

Dessa forma, os critérios para fixação da filiação, que mesmo dando prevalência aos critérios biológicos, ou seja, atribuindo a condição de pais àqueles que fornecem o material genético para a fecundação, deve, atualmente, atribuir enorme importância ao critério socioafetivo, levando em consideração o melhor interesse da criança.

Assim, tornou-se de suma importância o reconhecimento de outros critérios para determinar a filiação de uma pessoa, ganhando extrema importância a filiação afetiva, tida como “aquela na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social” (VENOSA, 2009, p. 220). Ou seja, é aquela decorrente do ato de vontade dos indivíduos em estabelecer laços de afetividade, e reconhecimento de filiação.

No entendimento de Luiz Edson Fachin, citado por PEREIRA, o Código Civil de 2002 acolheu em seu artigo 1.593¹² a paternidade socioafetiva, pois, *a verdade socioafetiva da filiação se revela na posse de estado de filho que oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação* (PEREIRA, 2009, p. 323).

Para DINIZ,

A verdade real da filiação pode ser biológica ou socioafetiva; o que importa é a vontade procriacional conscientemente assumida e a afetividade. O laço que une pais e filhos funda-se no amor e na convivência familiar. Enfim, ser pai e ser mãe requer um ato de amor, e o amor não conhece fronteiras (DINIZ, 2009, p. 515).

Tratando-se da gestação por substituição, vimos que a mesma poderá ocorrer de forma homóloga (ou seja, a fertilização ocorre com o material genético do casal, que é inserido no útero da cedente), ou de forma heteróloga (quando o material genético usado no

¹² Veja a redação do art. 1593 do Código Civil: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

procedimento não pertence ao casal, mas sim a doadores). Dessa forma, qual seria a melhor maneira para se determinar a filiação da criança?

Quando se trata de gestação por substituição homóloga, a questão se torna de fácil resolução, pois através do exame de DNA consegue-se comprovar geneticamente que o casal solicitante da técnica são os pais da criança.

Exemplos existem em nossa jurisprudência de casos de gestação por substituição homóloga em que é pedida a tutela jurisdicional a fim de ser emitida a declaração de nascido vivo com o nome do casal como pais da criança, e não com o nome da cedente do útero. É o ocorrido em março de 2011, no Rio Grande do Sul, onde depois de realizado o exame de DNA, comprovou-se biologicamente que os solicitantes do procedimento eram os pais da criança, determinando o registro da mesma com seus respectivos nomes.

Não obstante, quando se trata de gestação por substituição heteróloga, o critério biológico para a determinação da filiação se torna insuficiente, pois como se sabe, o procedimento é realizado com material genético de doadores, e dessa forma, não se consegue provar biologicamente que o casal envolvido no processo são os pais da criança. Entra em cena, assim, o critério socioafetivo. Veja FIUZA a respeito:

Que fazer se houver disputa entre a "mãe de aluguel", que doou seu útero e seus óvulos para gerar um filho encomendado por uma outra mulher ou por um casal? Deve prevalecer a parentalidade socioafetiva ou a parentalidade biológica? A tendência moderna é no sentido de se atribuir maiores importância e valor à paternidade socioafetiva (FIUZA, 2010, p. 999).

Assim, o que determina a filiação na gestação por substituição em procedimento heterólogo, é a vontade de procriar, de estabelecer laços afetivos, de conceber um filho. Note que há nesse caso, uma proteção ao melhor interesse da criança, ao ser atribuído sua filiação àqueles que a desejaram e nutriram o sonho de concebê-la.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

No Direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo de seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar (GAMA, 2003, p. 483).

Esse tem sido o posicionamento adotado em nossa jurisprudência. A título de exemplo, temos o ocorrido em Santa Catarina, em 2010, onde um casal que realizou o procedimento por via heteróloga, recorreu ao poder judiciário para ter seus nomes no registro de nascimento da criança, e não o da cedente do útero (no caso era a irmã do marido). Fato é

que através do exame de DNA não foi comprovado ser o casal pais da criança, visto que o material genético utilizado não era do mesmo, e sim de doadores. Assim, recorreu o juiz ao critério socioafetivo, determinando que a presunção de paternidade no caso de inseminação heteróloga adotada no Código Civil, deve ser aplicada em relação à maternidade, em respeito ao princípio da isonomia, consagrado na Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso I, em prol do melhor interesse da criança.

Dessa forma, torna-se ainda mais evidente a necessidade de regulamentação do contrato de gestação por substituição em nosso ordenamento jurídico. Tal técnica de reprodução é uma realidade que não pode ser negada. Inúmeros casais impossibilitados de gestar um filho continuarão recorrendo a ela, e cabe ao Direito, tutelar as consequências resultantes da mesma.

Assim, muitas questões poderiam ser disciplinadas evitando a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para dirimir assuntos que poderiam ser previamente solucionados. Pois ao regulamentar o contrato de gestação por substituição, na hora do parto, o mesmo tendo força jurídica, poderia ser apresentado ao médico responsável, a fim de obter a certidão de nascido vivo com o nome do casal que solicitou o procedimento, e não com o nome da parturiente, visto que a mesma apenas cedeu seu útero para gestar o filho de outrem¹³.

Essa facilitação do registro do nascimento seria mais uma forma de resguardar o direito do casal de ter no assento de nascimento de seu filho, a constatação de seus nomes como pais sem ter que passar pela via cruzes que se tornou impetrar uma ação no Poder Judiciário. E, além disso, seria uma forma de assegurar ao nascituro, seu direito fundamental de reconhecimento como pessoa natural no universo jurídico, de forma igualitária às outras crianças concebidas do modo tradicional.

Não obstante, outra questão que exige uma análise cuidadosa, diz respeito à possibilidade de “a mãe substituta” se ligar afetivamente à criança que está sendo gerada e se negar a entregá-la. Sem o reconhecimento da licitude do contrato em nosso ordenamento jurídico, a resposta é de difícil solução, ficando a cargo do bom senso do magistrado frente ao caso concreto, que deverá levar em conta, o melhor interesse da criança. Já se tal contrato

¹³ É exigência da Lei nº 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, que a haja para o Registro de Nascimento, a certidão de nascido vivo, que de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 10, inciso IV, deverá conter no nome da gestante como mãe.

obtiver a tutela jurídica, será dotado de força cogente, podendo ser exigido judicialmente, para seu adimplemento, ou seja, para que a criança gerada seja entregue ao casal solicitante da gestação por substituição, pois todo contrato é regido pelo princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, os pactos devem ser cumpridos, trata-se da obrigatoriedade dos contratos, que uma vez formulado livremente pelas partes faz lei entre elas, devendo, assim, ser executado em seus termos pactuados.

Desse modo, ao consagrar a regulamentação do contrato de gestação por substituição como válido, e assim, apto a produzir efeitos jurídicos, muitas de suas consequências poderiam ser previamente tuteladas, evitando lides a respeito, e protegendo além do interesse do casal e da cedente do útero, os direitos do nascituro, que virá ao mundo com a certeza de ter assegurado pelo ordenamento jurídico importantes questões sobre sua existência e personalidade.

6 Conclusão

Diante de todo o exposto, depreende-se que, no atual estágio que se encontra o direito pátrio, torna-se fundamental o reconhecimento do contrato de gestação por substituição como um acordo de vontade válido, e apto a produzir efeitos jurídicos, isso com o fito de garantir os direitos reprodutivos dos indivíduos impossibilitados de gestarem um filho pelo método tradicional, além de resguardar de forma mais eficaz os direitos do nascituro, principalmente no que tange à sua filiação.

A gestação por substituição é método de reprodução humana assistida que consiste na cessão do útero de uma terceira, para que um casal que possui impossibilidade fática de conceber uma criança do modo tradicional, possa vir a tê-la através de outrem. Trata-se de uma forma de garantir o direito de reprodução daqueles que por questões biológicas não o podem exercer.

É notadamente um acordo de vontades, oriundo da autonomia dos indivíduos, com o fito de proporcionar a gestação de uma criança, no útero de uma pessoa, que não será sua mãe de fato e de direito. O que se têm notado é que a polêmica que envolve o tema, circunda sobre a licitude do objeto a ser pactuado pelos indivíduos. Seria o objeto a vida humana para alguns,

e portanto um contrato ilícito. Já outros consideram ser o objeto a cessão temporária do útero, e assim, trata-se de um acordo lícito frente ao nosso ordenamento jurídico.

O que se percebe na presente pesquisa é que, torna-se mais prudente e de acordo com o atual estágio do direito pátrio, considerar este contrato válido, tendo em vista que seu real objeto não é a vida humana, mas sim o local de gestação da criança, o que acaba por resguardar direitos fundamentais, como os direitos reprodutivos e o próprio direito à vida, sendo a mesma advinda da reprodução. No mais, coaduna-se também com a dignidade humana em seu sentido amplo, pois é uma forma de realizar os intentos do indivíduo, considerado como um fim em si mesmo.

Esse posicionamento leva em consideração os requisitos do negócio jurídico, ou seja, o contrato de gestação por substituição será válido em nosso ordenamento jurídico quando apresentar agentes capazes, objeto lícito possível determinado ou determinável, e por não ser tipificado em lei, poderá ser redigido de forma livre.

Ademais, ressalta-se a importância de considerar como pressupostos de validade do contrato de gestação por substituição as disposições da Resolução nº 1957 do Conselho Federal de Medicina, ou seja, que as doadoras temporárias do útero pertençam à família do casal solicitante do procedimento, e que não tenha tal acordo caráter lucrativo, e além disso, deve ser a última solução para se conseguir a gestação de um filho, sendo justificado por necessidades biológicas que impeçam a reprodução da forma tradicional.

Ao reconhecer a validade do contrato de gestação por substituição, e lhe atribuindo tutela legal, questões importantes relacionadas aos direitos do nascituro e de todos os envolvidos nessa relação privada serão solucionadas.

Poderá ser disciplinado acerca do registro de nascimento da criança nascente por tal método de reprodução humana assistida, colocando no assento do nascimento o nome de seus pais, ou seja, aqueles que solicitaram a gestação por substituição, e não daquela que apenas cedeu o local para sua gestação. Trata-se de um modo de resguardar o direito do casal de ter no registro de nascimento de seu filho, a constatação de seus nomes como pais da criança, e, além disso, seria uma forma de assegurar ao nascituro, seu direito fundamental de reconhecimento como pessoa natural no universo jurídico.

Desse modo, a disciplina legal do contrato de gestação por substituição, seria uma forma de assegurar sua validade no ordenamento jurídico, e assim, muitas de suas

consequências poderiam ser previamente tuteladas, protegendo os interesses e direitos dos envolvidos no procedimento de reprodução humana, e principalmente os direitos do nascituro. Tal mecanismo apresenta-se como expressão da autonomia da vontade dos indivíduos, tendo como objetivo o prosseguimento da vida através da reprodução, e assim, envolve diversos direitos fundamentais, como o direito à vida, os direitos reprodutivos e os direitos de personalidade, que necessitam ser resguardados.

Referências

BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; ARENT, Adriana Cristine. **Bioética e reprodução assistida**, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. **“Bioética e políticas demográficas”**. *O mundo da saúde*, São Paulo, ano 26, v. 26, 2002.

BRASIL. **Código Civil**. In: *Vade Mecum Saraiva*. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. In: *Vade Mecum Saraiva*. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. In: *Vade Mecum Saraiva*. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: *Vade Mecum Saraiva*. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de. **A reprodução medicamente assistida e seus aspectos bioéticos e jurídicos-legais**. In: CASTRO, José Antônio Lima. *Temas atuais de direito civil: um enfoque constitucional*. Belo Horizonte: IEC, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957 de 2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Silva da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 14. ed. rev. e. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil - família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Renata Raupp. **A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional**, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru, SP: Edipro, 2003. 335p. (Série Clássicos Edipro).

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

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **A propósito do regime jurídico envolvendo questões existenciais, autonomia privada e dignidade humana**. São Paulo: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Deborah Liocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução humana assistida: até onde podemos chegar? Reconhecendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. IBDFAM: Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa - legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. São Paulo: Magister, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. Atualização: Regis Fichtner. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. Atualização: Tânia da Silva Pereira. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

POPPE, Diana. **Mitos sobre a gravidez de substituição**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6.