

A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Isadora Caldas Nunes de Alencar¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO. 3 DA (I) LICITUDE DO OBJETO CONTRATUAL. 4 RESOLUÇÃO N° 1.950/2010 DO CFM. 5 FILIAÇÃO. 5.1 NOTAS DISTINTIVAS: FILIAÇÃO BIOLÓGICA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA 5.2 AS PRESUNÇÕES *PATER IS EST E MATER SEMPER EST* 5.3 A FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO HOMÓLOGA 5.4 A FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO HETERÓLOGA 6 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS 7 PROJETOS DE LEI 8 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Trabalho destinado à verificação da possibilidade de celebração do contrato de gestação por substituição no direito brasileiro, mormente, sob o prisma da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e da Resolução n° 1.950 de 2010 do Conselho Federal de Medicina. Análise das consequências jurídicas relativas às questões de filiação advindas da utilização da gestação por substituição.

Palavras-chave: Gestação por substituição; dignidade da pessoa humana; filiação.

1 INTRODUÇÃO

A evolução científico-tecnológica da medicina é responsável por uma atuação cada vez mais intensificada no campo reprodutivo. A partir da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, é possível a superação de obstáculos de saúde relacionados a questões de esterilidade ou infertilidade do casal, homem ou mulher.

Ao lado das conhecidas técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, encontra-se a gestação por substituição, objeto de estudo do presente artigo.

A crescente evolução das novas tecnologias não foi acompanhada pelo direito pátrio, assim, o método de gestação por substituição não tem previsão legal. Dessa maneira, a solução de conflitos decorrentes da utilização desta técnica de reprodução artificial é mediante analogia, aplicação de princípios gerais do direito e, sobretudo, por orientação da resolução n° 1.957 de 2010 do Conselho Federal de Medicina, mesmo dentro de um cenário em que a biotecnologia é demasiadamente importante e difundida na vida das pessoas.

A ausência legislativa acerca da matéria propicia o seguinte problema: seria lícita a realização deste contrato no ordenamento jurídico brasileiro? Se realizado, como solucionar questões atinentes à filiação decorrentes da gestação por substituição?

¹ Aluna do 5° ano do Curso de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS.

Analisar-se-á a questão da licitude ou não do objeto contratual e suas exigências no direito brasileiro, bem como os conflitos de filiação decorrentes da gestação por substituição e as possíveis soluções mais adequadas ao caso diante da atual coexistência entre o sistema biológico e o sistema socioafetivo de filiação, demonstrando-se os posicionamentos jurisprudenciais adotados no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, pretende-se demonstrar a necessidade de disciplina jurídica do contrato de gestação por substituição, diante da ausência legal no direito brasileiro.

2 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Em 1980, nos Estados Unidos, no Texas, o casal Andy e Nancy procurou uma senhora denominada Carol Pavek para realização do procedimento de gestação por substituição, tendo em vista a impossibilidade do casal de gerar um filho e o conhecimento de que esta senhora estava disposta a engravidar por outro casal. Por meio de uma seringa, utilizando o sêmen do Andy, ocorreu a fecundação em vivo. Essa é uma das primeiras notícias acerca da realização da técnica de gestação por substituição.

Comumente conhecida como “barriga de aluguel”, a gestação por substituição é a técnica de reprodução humana artificial na qual há uma cooperação de um terceiro, denominado de mãe substituta ou mãe de aluguel, para a consumação da gestação, tendo em vista que existe uma impossibilidade absoluta da mulher engravidar.

A gestação por substituição pode utilizar métodos de fertilização *in vitro* ou inseminação artificial, dentre outras técnicas de reprodução humana assistida, só que “com a diferença fundamental que a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar seu projeto parental” (GAMA, 2003, p. 745).

No Brasil, não existe previsão legal específica sobre a gestação por substituição, tendo tratamento unicamente na Resolução n° 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Insta salientar que os Conselhos Regional e Federal de Medicina atuam no sentido de normatizar e fiscalizar a atividade na área médica, tendo em vista que exercem a atividade na defesa da saúde e dos interesses da classe médica, deste modo, as Resoluções estabelecidas por esses órgãos não vinculam senão os médicos, sendo, portanto, normas de caráter ético.

Destarte, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.957/2010 serve de norte para a utilização da técnica de gestação por substituição, tendo em vista que atualmente não há previsão legal acerca deste método de reprodução humana assistida na legislação

pátria. No entanto, indaga-se se a celebração de um contrato dessa natureza é, de fato, autorizada no ordenamento jurídico brasileiro. Poderia o solicitante do procedimento celebrar esse contrato com base na Resolução nº 1.950 de 2010 do CFM? Na ausência legislativa, como solucionar questões relativas à filiação?

3 DA LICITUDE DO OBJETO CONTRATUAL

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008), contrato é o negócio jurídico estabelecido entre as partes a fim de atingir determinados efeitos. Para que um contrato seja considerado perfeito, deve ser analisado sobre o prisma dos planos da existência, validade e eficácia², mediante a análise do respeito de certos requisitos mínimos.

Resumidamente, para que um contrato seja considerado existente, tem que atender aos seguintes requisitos mínimos: sujeito (agente); forma (exteriorização da declaração de vontade); objeto (prestação da relação obrigacional); e manifestação da vontade.

No campo do plano da validade, o contrato é considerado válido quando atende aos requisitos: capacidade do sujeito para manifestar determinada vontade por meio de contrato; o objeto é lícito (tolerado pelo ordenamento jurídico e pelos bons costumes), possível (fisicamente e juridicamente) e determinável ou determinado; licitude da forma; e ausência de defeito do negócio jurídico.

Ainda sobre o campo da validade, Marcos Bernardes de Mello (2008) afirma que a ilicitude do objeto abarca não só questões de legalidade como também questões de imoralidade que estão vinculadas à ordem moral e à ordem pública. Segundo o autor, a imoralidade deve ser analisada de acordo com as concepções de cada sociedade em determinado espaço e momento histórico. Assim, a ilicitude do objeto não se restringe a questões de legalidade pura, mas também se relaciona com a contrariedade à moral e à ordem pública.

Sendo existente e válido, em geral, o contrato produz efeitos. Porém, em determinados casos, o plano da eficácia deve cumprir certos requisitos para surtir os efeitos pretendidos através do negócio jurídico, quais sejam: condição, que é um evento futuro e incerto que condiciona o início dos efeitos do negócio; termo, que por sua vez, é um evento futuro e certo condicionante da produção dos efeitos do negócio; e modo/encargo que é uma

² Os três planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia) formam a “escada Ponteano”. Para um estudo mais aprofundado dos requisitos mínimos para a formação do contrato, analisar a teoria de Pontes de Miranda.

determinação acessória pelo qual se impõe um ônus a ser cumprido pelo beneficiário da liberalidade.

Desta forma, presentes os elementos dos planos de existência, validade e eficácia, compreende-se o contrato como perfeito.

Tratando-se da gestação por substituição, discute-se em doutrina se seria possível realizar um contrato no qual uma mulher cede seu corpo a fim de consumir a gravidez das pessoas solicitantes mediante remuneração – ou não.

Nesse diapasão, há um primeiro posicionamento doutrinário contrário ao contrato de gestação por substituição que é defendido por juristas como Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), Maria Berenice Dias (2009), Maria Helena Diniz (2011), Adriana Maluf (2010), Silvia da Cunha Fernandes (2005), Severo Hryniewicz (2008), Regina Fiuza Sauwen (2008) e Mônica Aguiar (2005).

Consoante essa parte da doutrina supramencionada, o contrato de gestação por substituição quando firmado seria considerado inválido, pois não atenderia ao requisito mínimo previsto no plano da validade que é a licitude do objeto contratual.

O Código Civil (CC/02) dispõe que para que o contrato seja considerado válido é necessário que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável. Por sua vez, o artigo 5º, *caput* da Magna Carta,³ garante a todos a inviolabilidade do direito à vida, logo, a vida humana é entendida como direito indisponível e, portanto, não pode ser objeto de contrato. Ademais, a Magna Carta proíbe expressamente a comercialização do corpo, conforme o art. 199, § 4º.⁴

Destarte, para os que são contrários ao contrato de gestação por substituição, a invalidade seria explícita, tendo em vista que o objeto, neste caso, seria a própria criança a ser gerada e, portanto, ilícito, pois contrário ao ordenamento jurídico pátrio e a moral.

Outro argumento relevante que é utilizado na defesa da invalidade do contrato é de que a gestação por substituição seria um atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da CF/88, tendo em vista que a fixação de um preço por uma criança através de um negócio jurídico ensejaria na coisificação do homem, pois os atributos objetos do contrato são ínsitos à personalidade da criança que nascerá.

³ Art. 5º, *caput*, CF/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”.

⁴ Art. 199, § 4º, CF/88: “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”.

Nessa seara, os opositores a este contrato afirmam que é possível haver uma exploração comercial das mulheres que não tem condições financeiras e se submetem a este método por questão puramente de necessidade econômica, sem tampouco ter conhecimento sobre os riscos de uma intervenção médica.

Maria Helena Diniz (2011) se manifesta afirmando que há mulheres necessitadas que se disponibilizariam para serem mães de aluguel tão somente com o intuito de serem remuneradas com um valor alto pelo casal solicitante, o que caracterizaria um contrato sobretudo imoral.

Severo Hryniewicz e Regina Sauwen (2008, p. 108-109) atentam para a possibilidade de haver uma falta de cuidado por parte da mãe de aluguel, como exemplo ingestão de bebida alcoólica durante a gestação, em razão do interesse exclusivo na remuneração e não na saúde da criança a ser gerada.

Em contrapartida, há um segundo posicionamento doutrinário que entende que há a possibilidade de consecução do contrato de gestação por substituição, esse entendimento é pouco defendido no direito brasileiro, porém encontra reforço relevante na posição adotada por Christine Keler de Lima Mendes (2006)⁵.

Os defensores da validade do contrato de gestação por substituição argumentam que, em verdade, o objeto contratual não seria a criança e sim a prestação de serviço de aluguel do útero de terceiro. Esta posição é citada na obra de Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 108):

[...] Tal como ocorre em qualquer outra profissão, a “locadora do útero” seria uma profissional, com direito à recompensa. O fato de a remuneração ser feita no ato de entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas especificidades.

Mônica Aguiar (2005, p. 110) elenca como um dos argumentos defendidos pelos os que são a favor do contrato de gestação por substituição a vantagem que seria perseguida pelas partes que é o direito à procriação.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 411) afirma que os defensores da gestação por substituição se posicionam no sentido de que o contrato é, em verdade, garantia da própria criança, pois o mesmo é a oportunidade para a vida.

Este artigo entende ser o contrato de gestação por substituição inválido, por não atender ao requisito da licitude do objeto, tendo em vista que a vida humana é direito

⁵ Em seu artigo Mães substitutas e a determinação da maternidade, a autora se posiciona claramente no sentido de que é possível a realização do contrato de gestação por substituição com base, sobretudo, no princípio da legalidade, tendo em vista que no ordenamento jurídico brasileiro não há barreira legal expressa que impossibilite a adoção da referida técnica de reprodução humana.

indisponível e não é passível de comercialização, e, mesmo que não seja a título oneroso, não é consonante com o ordenamento pátrio a disposição da vida humana desta forma, o que, certamente, viola a dignidade da pessoa humana.

4 RESOLUÇÃO N° 1.950/2010 DO CFM

De plano, a Resolução n° 1.950/2010 estabelece a exigência de necessidade médica para efetuação do contrato de gestação por substituição no país. O texto da resolução é claro e simples⁶ ao dispor que a efetuação do procedimento só pode ser em casos de impossibilidade ou contra indicação de gestação por parte da mãe solicitante.

Adriana Maluf (2010, p. 164) afirma que a utilização de um método de reprodução humana artificial é um último recurso na cura da infertilidade, devendo-se buscar todos os tratamentos disponíveis, para então, não obtendo êxito, recorrer, no caso, a gestação por substituição.

Outro requisito exigido é a relação de parentesco. A resolução n° 1.957/2010 do CFM dispõe que “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”.

Silva Fernandes (2005, p. 100) afirma que 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.

No caso de gestação por substituição, o parentesco deve ser até o segundo grau, ou seja, a mãe substituta tem que ser a mãe, avó, irmã, sogra ou cunhada da solicitante do procedimento de reprodução artificial.

Por fim, outro limite estabelecido na resolução n° 1.957/2010 do CFM é de que a gestação por substituição não pode ter caráter lucrativo ou comercial. A gratuidade exigida decorre do fato de 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).

A gratuidade estabelecida na resolução n° 1.957/2010 do CFM está em total consonância com o direito brasileiro, haja vista que, no ordenamento jurídico pátrio, é vedado

⁶ Resolução n° 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, capítulo VII: “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 contraindique a gestação na doadora genética”.

de forma expressa o pagamento de contraprestação pecuniária por fornecimento de sêmen, óvulo e embrião, segundo o art. 199, §4º da Constituição Federal⁷.

Mônica Aguiar (2005, p. 111) afirma que, mesmo que respeitada a gratuidade, o contrato é inválido, tendo em vista que as manifestações altruísticas no sentido de resolver o problema de saúde reprodutivo do familiar não são suficientes para a celebração do mesmo, pois, de igual modo, o negócio jurídico que tem como objeto uma pessoa, mesmo se realizado a título gratuito, atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Este é o entendimento adotado no presente artigo. O contrato de gestação por substituição, mesmo que celebrado a título gratuito, não é lícito, tendo em vista, mormente, que o objeto é indisponível, qual seja a própria criança a ser gerada. A retirada do caráter comercial do negócio jurídico não supera a ilicitude do objeto contratual.

Entretanto, mesmo que dentro da ilicitude, se eventualmente o contrato de gestação por substituição for realizado, não deixará de produzir consequências no mundo jurídico. A consequência jurídica mais relevante ocorre na seara do direito de família, mais especificamente em questões atinentes à filiação. Com o nascimento da criança através do método de gestação por substituição, há a possibilidade de instauração do conflito de maternidade entre a mãe solicitante do procedimento e a mãe de aluguel. Indaga-se então quem seria a mãe para nosso ordenamento jurídico.

5 FILIAÇÃO

A filiação pode ser entendida como a relação jurídica que decorre do parentesco em primeiro grau e em linha reta (mãe/pai e descendente) seja o mesmo estabelecido por consanguinidade ou por outra origem. Dentre os critérios para classificação da filiação no ordenamento jurídico pátrio, o que se destaca no presente trabalho é a filiação relacionada com os fenômenos biológicos.

Classicamente, a filiação era estabelecida mediante a ficção jurídica que protegia o casamento. Desta forma, a maternidade era estabelecida de forma exclusiva com o parto, bem como a paternidade do filho gerado por uma mulher casada era atribuída ao marido da mesma. À época, existia a figura do filho legítimo, nascido dentro do casamento, e do filho ilegítimo, nascido havido fora do casamento. Hoje, com a promulgação da Constituição

⁷ Art. 199, § 4º, CF/88 – “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”.

Federal de 1988⁸, não existe mais hierarquia entre os filhos, sendo todos merecedores de iguais cuidados.

Segundo Gustavo Ribeiro (2002, p. 299), o sistema de filiação foi se modificando ao longo do tempo, prevalecendo então os laços biológicos. A maternidade e a paternidade foram atribuídas, nesse momento, as pessoas que colaboraram com o material genético.

Atualmente, diante da evolução técnico-científica e a propagação dos métodos de reprodução humana assistida, consagra-se um novo sistema de filiação baseado na verdade socioafetiva, independente da ordem biológica. Este fenômeno é denominado de “desbiologização” das relações paterno-filiais. Tal sistema vigora simultaneamente com a filiação baseada na verdade biológica.

5.1 NOTAS DISTINTIVAS: FILIAÇÃO BIOLÓGICA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação biológica é estabelecida mediante o reconhecimento do vínculo biológico entre o filho e o seu genitor, através do exame de DNA, constatando, desta forma, a identidade genética entre os sujeitos.

Segundo Leila Donizetti (2007, p. 36-37), a utilização do exame de DNA no estabelecimento das relações de filiação é, de fato, uma evolução no campo científico, porém, o resultado foi uma resolução muito simplista sobre a identificação do vínculo familiar, haja vista que baseado unicamente nos dados biológicos, sem considerar a complexidade de relações afetivas que são consagradas no âmbito familiar.

Atualmente, no contexto da evolução das novas técnicas de reprodução humana que possibilitam a constituição de uma família mediante a procriação artificial, instaurando, desta forma, o questionamento sobre a suficiência ou não da determinação da filiação através do vínculo biológico é que surge outro sistema baseado na verdade socioafetiva.

A filiação socioafetiva é estabelecida mediante a vontade procriante vinculada aos atos de afeição e solidariedade.

Insta dizer que o princípio da solidariedade foi estabelecido de forma expressa no art. 3º, I da Magna Carta⁹. Flávio Tartuce e José Simão (2010, p. 37-38) afirmam que este princípio se aplica no âmbito familiar e não se resume a questões patrimoniais, como a obrigação de pagar alimentos, mas também tem cunho afetivo e psicológico.

⁸ Art. 227, §6º, CF/88: “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”.

⁹ Art.3º, I, CF/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

O afeto, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2010, p. 84-85), relaciona-se com a noção de ética exigida nos comportamentos humanos, afirmando que se trata de uma verdadeira rede de solidariedade existente na relação familiar para o desenvolvimento da pessoa, assegurando a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o que se vê é a crescente importância da consideração da verdade socioafetiva na contemporaneidade, devendo-se levar em consideração a vontade do homem e da mulher no sentido de realizar seu projeto parental aliada ao afeto necessário para a constituição dos vínculos familiares.

Portanto, entende-se que, assim como a procriação carnal tem como fator básico para determinação da filiação o critério biológico, a procriação artificial tem como fator prevalecente a vontade procriante.

Atualmente, em matéria de filiação, coexistem a filiação decorrente da verdade biológica e a filiação decorrente da verdade afetiva, não havendo resposta definitiva sobre qual é a modalidade que deve prevalecer quando o nascimento da criança for a partir da utilização do método da gestação por substituição, o que será analisado posteriormente.

5.2 AS PRESUNÇÕES *PATER IST ESTE MATER SEMPER EST*

Além dos critérios jurídico, biológico e socioafetivo, ao tratar sobre a determinação de filiação, faz-se necessário definir as presunções legais *pater is est* e *mater semper certa est*.

A presunção legal *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias) significa que se presume a condição de pai do filho concebido na constância do casamento. Nesse sentido, o CC/02 privilegia esse sistema de presunção através do art. 1.597, caput, que dispõe que “presumem-se concebidos na constância do casamento¹⁰ os filhos”. Ainda, quanto à reprodução natural, os incisos do supramencionado artigo procuram conciliar um lapso temporal após o término do casamento com o tempo de gestação da mulher, assim, por exemplo, os filhos nascidos após trezentos dias após a anulação do casamento, presumem-se, no caso, serem do ex-marido.

Por sua vez, a presunção *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa) segue a mesma lógica, ou seja, a mãe é indicada pelo parto ou pela gestação e o pai é o marido dela.

¹⁰ A presunção legal de paternidade foi erroneamente excluída para os filhos nascidos na constância de união estável. Filiamos-nos ao entendimento que deve ser aplicada de igual modo a união estável, tendo em vista que a Magna Carta estabelece a proibição de discriminação entre os filhos, seja qual for a origem, segundo o art. 227, §6º.

Há, aqui, uma indivisibilidade da paternidade e maternidade nas pessoas do marido e da esposa.

O sistema de presunções estabelecido no CC/02 está, de fato, ligado ao privilégio do casamento, afastando a verdade biológica e a verdade afetiva, justificando-se pela verdade jurídica.

Atualmente, essas presunções quanto à paternidade e maternidade não são adequadas à nova realidade da constituição da família. As técnicas de reprodução humana assistida permitiram a ruptura da relação sexual que antes era única forma de se conceber um filho.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 565-567) afirmam que essas presunções legais surgiram em um momento em que havia o privilégio do casamento, desconsiderando-se, desta forma, outras manifestações de afeto na família e, portanto, quando o CC/02 manteve o sistema de presunções ignorou o avanço científico na área de reprodução humana.

Desse modo, o que se percebe é que as presunções legais ligadas ao casamento e a filiação jurídica não mais se justificam em um cenário em há uma nova constituição da família, sobressaindo o critério biológico em detrimento do critério jurídico, bem como, é cediço que as técnicas de procriação artificial também são responsáveis por esse novo sistema de filiação, não tão somente quanto ao critério biológico, mas agregando também o critério afetivo nas relações familiares.

5.3 A FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO HOMÓLOGA

Realizado o procedimento da gestação por substituição homóloga, ou seja, com o fornecimento do material genético do casal para a mãe substituta, indaga-se como será estabelecida a filiação da criança gerada.

Quanto à paternidade, em que pese a mãe substituta não seja a esposa ou companheira do homem que forneceu o material genético, a questão é de fácil resolução. Como dito anteriormente, o desenvolvimento da ciência possibilitou o surgimento do exame de DNA que, por sua vez, consagrou a filiação decorrente do critério biológico, o que gerou uma perda de relevância prática acerca da presunção *pater is est*.

Desta forma, havendo dúvidas sobre a paternidade nos casos de gestação por substituição homóloga, mediante o exame de DNA e constatação de que a criança e o pai

solicitante possuem o mesmo material genético, o vínculo de paternidade será estabelecido entre a criança e o pai.

Quanto à maternidade também haverá uma relativização da presunção *mater semper est*, uma vez que a filiação maternal não será estabelecida pelo parto.

Ana Carolina Teixeira (2004, p. 317) afirma que estabelecer a filiação materna em razão do parto não é a justificativa adequada, até porque a mãe substituta ao aceitar realizar o procedimento não tem a intenção de assumir a maternidade, mesmo que esteja ligada ao processo de gestação, e sim de auxiliar o problema decorrente da impossibilidade de engravidar da mãe solicitante.

A resolução será a partir do critério biológico, ou seja, assim como na determinação da paternidade, o vínculo materno-filial será estabelecido mediante o exame de DNA confirmando, de fato, a coincidência entre o material genético da mãe solicitante da gestação por substituição e da criança gerada através desta técnica.

Desse modo, a utilização da gestação por substituição no procedimento homólogo implica na prevalência do critério biológico como determinante tanto da paternidade como da maternidade.

5.4 A FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO HETERÓLOGA

O procedimento heterólogo da gestação por substituição é mais complexo do que o método homólogo, haja vista que envolve a participação de um terceiro na relação que pode ser doador total ou parcialmente do material genético.

Sendo assim, o resultado da gestação por substituição heteróloga vai ser a concepção de uma criança que não possuirá o material genético de um ou de ambos os solicitantes do procedimento de reprodução humana.

Aqui, o exame de DNA não poderá ser o meio de prova adequado para confirmação da paternidade ou maternidade, uma vez que não há coincidência entre o material genético da criança com o do casal solicitante.

O CC/02 prevê a determinação de paternidade nos casos de filhos nascidos de inseminação artificial heteróloga desde que haja o consentimento prévio do marido no art. 1.597, V, porém, não trata da gestação por substituição. Nesse contexto, qual paternidade deve prevalecer? A paternidade biológica do terceiro doador do material genético ou a paternidade legal assumida pelo marido ou companheiro que consentiu com o procedimento?

De igual modo ao estabelecido para a inseminação artificial, entende-se que o vínculo paterno-filial decorrente da gestação por substituição deve ser determinado pela vontade procriante, ou seja, a manifestação de vontade no sentido de querer ser pai da criança que vai ser gerada mediante a utilização de qualquer técnica de procriação artificial heteróloga, inclusive a gestação por substituição.

Quanto à maternidade, a mesma também não deve ser determinada em razão do *mater semper est*, ou seja, pela constatação do parto ou gestação e sim em razão do caráter socioafetivo, que é o desejo de procriar consentido.

O princípio da afetividade nas relações familiares ganha tamanha importância no mundo atual que se pode entender que a intenção da maternidade e também paternidade trazem consigo uma carga de afeto e amor e possibilitam a determinação do verdadeiro vínculo entre pais e filho.

Mônica Aguiar (2005) atenta para o fato de que o consentimento tanto da mulher como do homem no sentido de assumir a paternidade e maternidade da criança que vai ser gerada pela técnica de reprodução artificial heteróloga não podem depois sofrer uma alteração no sentido de não se posicionarem mais como pais do bebê, tendo em vista que o consentimento está atrelado à responsabilidade para com a criação do futuro filho, surgindo neste momento o estado de filiação que não deve ser desconstituído, pois tão somente foi permitido em razão da anuência dos pais solicitantes do procedimento.

Consoante Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010), o princípio do *venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação de comportamento contraditório, aplica-se no âmbito das relações familiares, no caso específico para questões relacionadas à filiação. Deste modo, as relações familiares estão protegidas pela confiança que é depositada em razão da realização de determinados atos, como o consentimento exteriorizado para assumir o papel de pai/mãe de uma criança que vai ser gerada pela técnica de gestação por substituição. Os autores afirmam que existe um dever jurídico de comportamento de acordo com as expectativas produzidas pela ação, abrangendo não só as relações de caráter patrimonial, mas também as de caráter existencial.

Nesse diapasão, o consentimento dado pelo homem/mulher para que sejam considerados pai/mãe do bebê não podem ser impugnados posteriormente, tendo em vista que violaria o princípio do *venire contra factum proprium* existente no ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, utilizando-se a gestação por substituição com procedimento heterólogo, a determinação tanto da paternidade quanto da maternidade será a partir da vontade de

procriar, que consagra a predominância do critério afetivo nas relações advindas da biotecnologia. Nessa situação, o melhor interesse da criança é preservado, uma vez que é mais provável que o casal que tanto desejou o filho instituirá uma relação afetiva com a criança.

6 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

No ordenamento jurídico pátrio, diante da ausência de regulamentação específica sobre a gestação por substituição, o tema e os conflitos decorrentes da adoção da gestação por substituição vão ser solucionados através da jurisprudência e aplicação dos princípios correlacionados às técnicas de procriação artificial.

Os processos que tratam da questão da gestação por substituição, a possibilidade de sua utilização e a determinação de filiação resultante da gestação por substituição correm em segredo de justiça e, portanto, não é possível disponibilizar o teor na íntegra, porém, os próprios Tribunais de Justiça dos estados disponibilizam em seus sites através da publicação de notícias acerca da resolução dos conflitos e questões atinentes a filiação decorrente da gestação por substituição.

A título de ilustração, o trabalho abarcará dois casos, sendo um relativo ao procedimento homólogo e o outro o procedimento heterólogo.

Em março de 2011, no Rio Grande do Sul, um casal recorreu à gestação por substituição de forma homóloga, fornecendo o próprio material genético e, então, postularam em juízo uma autorização para que a declaração de nascido vivo¹¹ fosse emitida em seus nomes e para que fosse possível realizar o registro da criança.

A resolução do caso foi mediante a prova de filiação biológica alcançada através de exame de DNA. A notícia publicada no site do TJRS trouxe como fundamento do juiz do caso a questão do melhor interesse da criança que justificou o registro no nome dos pais biológicos.

Ademais, o magistrado atentou para a importância do tema de técnicas de reprodução humana e fertilidade que hoje são tão populares.

Já o segundo caso ocorreu em Santa Catarina, em 2010, sendo este de maior complexidade, pois envolveu a determinação de filiação de uma criança gerada por gestação por substituição que foi realizada através de inseminação artificial heteróloga no corpo da terceira.

¹¹ Exigência estabelecida pela Lei nº 6.015/73.

Um casal solicitou a gestação por substituição e teve como mãe substituta a irmã do marido. O casal, então, recorreu à justiça para que pudesse registrar a criança em seus nomes, tendo em vista que pela declaração de nascido vivo constava a tia como mãe.

O juiz determinou o exame de DNA, porém, não obteve êxito quanto à filiação materna, tendo em vista que foi utilizado material germinativo feminino de uma doadora anônima, caracterizando o procedimento heterólogo. Assim, o magistrado não pode comprovar mediante o critério biológico, que no caso em questão, mostrou-se insuficiente para determinar a filiação.

Desta forma, o juiz atentou para a necessidade de regulamentação da gestação de substituição que até o presente momento não possui lei específica e, hoje, é de tamanha importância, diante da crescente utilização da técnica de reprodução humana.

A resolução do caso em questão se baseou, sobretudo, pelo princípio da isonomia do art. 5º, I da Magna Carta. O juiz afirmou que se há previsão legal no Código Civil acerca da presunção de paternidade no caso de inseminação heteróloga, deve-se aplicar de igual modo à maternidade, haja vista a igualdade perante a lei.

Ainda, decidiu no sentido que ambos assumiram as funções de pai e mãe, o que caracteriza a vontade procriante, ou seja, a filiação foi determinada mediante o critério de socioafetividade, afastando o critério biológico.

Em uma análise desses casos e de outras jurisprudências em geral, o que se percebe é que a justiça brasileira prestigia os princípios da socioafetividade e buscam atender o melhor interesse da criança, fazendo prevalecer o critério afetivo sobre o critério biológico quando necessário.

Os casos demonstram a grande importância e necessidade de regulamentação jurídica da gestação por substituição que faz parte da realidade do nosso país.

7 PROJETOS DE LEI

Alguns poucos projetos de lei sobre reprodução humana assistida, e mais especificamente sobre gestação por substituição, foram apresentados no país, porém, foram pouco desenvolvidos, tratando-se basicamente de reproduções do texto de Resoluções do CFM e, portanto, não possuem uma importância significativa. A título de curiosidade, trata-se do PL nº 3.638/1993 de autoria do Deputado Luiz Moreira, o PL nº 2.855/1997, de autoria do Deputado Confúcio Moura e o PL nº 90/1999 de autoria do senador Lúcio Alcântara.

Em junho de 2003, foi apresentado o PL n° 1.184/2003 de iniciativa do Senado Federal dispendo sobre a reprodução humana assistida. Em julho de 2003 foram apensados a este PL, os projetos de lei n° 120/2003, de autoria do deputado Roberto Pessoa e que trata de investigação de paternidade nos casos de procriação artificial, e o já citado PL n° 2.855/97, de autoria do deputado Confúcio Moura, e em outubro do mesmo ano foi apensado o PL n° 2.061/2003, de autoria da deputada Maninha e que trata dos componentes auxiliares no processo de procriação em serviços de saúde.

Posteriormente, foram apensados outros diversos projetos de lei que complementam a matéria, como exemplo o PL n° PL 4.889/2005 (sobre a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro) e o PL n° 7.701/2010 (sobre o funcionamento das clínicas de reprodução)

Por último, em junho de 2012 foi apensado o PL n° 3.977/2012 de autoria do Deputado Lael Varella Dispõe sobre o acesso às técnicas de reprodução artificial aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer.

Diante do relato deste histórico, o que se percebe é que o PL n° 1.184/2003 é, de fato, o mais bem estruturado, tratando de forma mais ampla da reprodução humana artificial como um todo.

Sobre a gestação por substituição, por sua vez, é o primeiro PL que traz a vedação expressa da utilização da gestação por substituição¹², inclusive, caracteriza como crime a prática da técnica, seja executando, intermediando ou na condição de beneficiário¹³. Ainda, acerca da determinação de filiação, estabelece o vínculo de paternidade e maternidade através do critério socioafetivo¹⁴.

Sobre o PL n° 1.184/2003, em julho de 2012, foi apresentado o requerimento n° 88/2012 pelo Deputado João Campos para que seja realizada audiência pública para debater o projeto, solicitando a presença do representante do Ministério da Saúde, representante do Conselho Federal de Medicina, médicos especializados na área, dentre outros sujeitos com a justificativa de que a medicina reprodutiva evoluiu muito no país, existindo uma utilização

¹² Art. 3° do PL 1.184/2003: “É proibida a gestação de substituição.”.

¹³ Art. 19, III, do PL 1.184/2003:

“Art. 19. Constituem crime:

III- participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica.

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

¹⁴ Art. 17 do PL 1.184/2003: “O doador 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 Reprodução Assistida (...).”.

relevante das práticas, o que implica na necessidade de regulação jurídica e para tanto, deve-se analisar os aspectos científicos, éticos e legais da matéria.

Assim, atualmente, o PL n° 1.184/03 aguarda a ocorrência de audiência pública para que a Comissão de Constituição de Justiça (CCJC)¹⁵ se manifeste emitindo parecer sobre a matéria e, desta forma, seja dado prosseguimento ao processo legislativo.

Desde a apresentação do primeiro PL sobre a reprodução humana assistida até os dias atuais, percebe-se que houve uma significativa evolução no tratamento jurídico sobre a questão referente ao uso das técnicas de procriação artificial.

Houve uma evolução para um tratamento mais profundo da matéria, resultando no PL n° 1.184/2003 que possui um maior desdobramento do tema e que, recentemente em seu processo legislativo, exige inclusive a instauração de audiência pública com a presença, sobretudo, de membros da área médica, demonstrando que há uma relevante preocupação em um cenário de popularização e utilização das técnicas de procriação artificial.

É neste projeto de lei mais elaborado e voltado para questões médicas, jurídicas e éticas é que, então, a gestação por substituição seria proibida no direito brasileiro, seja a título gratuito ou oneroso, estando em consonância, sobretudo, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

8 CONCLUSÃO

Os avanços científicos na área da biotecnologia e medicina foram responsáveis pela criação de um novo cenário mundial sobre a constituição das famílias modernas.

Nesse contexto, a gestação por substituição vem sendo utilizada para solucionar problemas reprodutivos no país, com base tão somente em norma ética (resolução) do Conselho Federal de Medicina e seus requisitos de gratuidade, parentesco e problema de saúde.

Analisando o contrato de gestação por substituição, entende-se que o negócio jurídico estabelecido com o objeto a própria criança a ser gerada não é autorizado no direito brasileiro, justificando-se, sobretudo, pela clara violação à inviolabilidade do direito à vida, bem como ao princípio da dignidade humana ao transformar o bebê em mero objeto de desejo dos pais solicitantes do procedimento, implicando na coisificação do homem. O objeto ilícito,

¹⁵ A Comissão de Constituição de Justiça atua no processo legislativo emitindo um parecer acerca do projeto de lei que foi apresentado no Congresso Federal analisando a constitucionalidade do PL.

por sua vez, caracteriza a nulidade de qualquer contrato de gestação por substituição firmado, mesmo que a título gratuito, como orienta o Conselho Federal de Medicina.

Mesmo que entendida como ilícita essa prática, a gestação por substituição gera efeitos, mormente, no direito de família relativo às questões de determinação de paternidade e maternidade.

Nessa seara, restou demonstrado que o sistema de filiação adotado pelo Código Civil não é adequado para solucionar questões provenientes de procriação artificial.

Assim, mesmo que a paternidade e maternidade decorrentes da gestação homóloga possam ser solucionadas pela filiação biológica, valendo-se de constatação de equivalência de material genético, a gestação por substituição heteróloga é mais complexa.

Nessa esteira, a família moderna demonstra que os laços de sangue não são os únicos fundamentos para a sua constituição. É neste momento que o afeto, amor e cuidado são estabelecidos como parâmetros para determinação de vínculos paternos e maternos. Esse fato é demonstrado a partir da vontade procriante, ou seja, a manifestação do sujeito no sentido de ser pai/mãe da criança a ser gerada mediante o uso da gestação por substituição. Assim, o elemento volitivo é, de fato, o que consagra a paternidade ou maternidade no caso concreto.

No direito brasileiro, apesar da ausência legislativa, existem projetos de lei que tratam de forma específica da matéria. Os primeiros pouco elaborados, constituindo-se, sobretudo, pela repetição do texto da Resolução 1.957/2010 do CFM, evoluíram para o PL n° 1.184/2003 que ainda está em análise, sendo este, de fato, o mais bem estruturado, tratando de forma mais ampla da reprodução humana artificial como um todo.

O supramencionado PL, ao dispor sobre o contrato de gestação por substituição, pela primeira vez no histórico de projetos de lei apresentados sobre a matéria, traz vedação expressa da utilização da prática, inclusive caracterizando como crime. Ainda, acerca da determinação de filiação, estabelece o vínculo de paternidade e maternidade através do critério socioafetivo, privilegiando a filiação afetiva em detrimento da filiação biológica.

É no processo legislativo do PL n° 1.184/2003 que se vê uma maior preocupação com as técnicas de procriação artificial e suas consequências jurídicas.

O direito, mesmo tardio, busca a adequação às novas realidades postas diante da evolução da biotecnologia, que caracteriza, assim, a necessidade de regulamentação jurídica do contrato de gestação por substituição.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2012.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Projeto de lei nº 3.638 de 29 de março de 1993. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D30MAR1993.pdf#page=35>>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. Projeto de lei nº 1.184 03 de junho de 2003. Senado Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003>. Acesso em: 10 set. 2012.

CASAL consegue reconhecimento de filho nascido em útero de outra mulher. *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC)*. Santa Catarina, ago. 2010. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=21552>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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: 20 abr. 2012.

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

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

DONIZZETI, Leila. *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

FILHO gerado em útero de terceira pessoa deve ser registrado por casal que forneceu o material genético. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)*. Rio Grande

do Sul: mar, 2011. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=138658>>. Acesso em 10 ago. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Novo Curso de Direito civil: família*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Christiane Keler de Lima. *Mães substitutas e a determinação da maternidade*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>>. Acesso em: 20 out. 2012.

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.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

_____; TORQUATO, Bruno. *Manual de Biodireito*. São Paulo: Del Rey, 2009.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Família*. São Paulo: Método, 2010.