

ARTÍCULO

Dos limites da disposição do próprio corpo: uma análise da cessão do útero como efetivação do direito ao planejamento familiar à luz da teoria geral dos contratos

The body disposal limits: an analysis of the uterus loan as the realisation of the familiar planning right under the general contract theory

VALERIA SILVA GALDINO CARDIN *

MARCELA GORETE ROSA MAIA GUERRA *

ANDRÉIA COLHADO GALLO GREGO SANTOS *

* Valeria Silva Galdino Cardin. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora da Universidade Estadual de Maringá e da UniCesumar – Centro Universitário Cesumar. Advogada em Maringá-PR. Correio eletrônico: valeria@galdino.adv.br

* Marcela Gorete Rosa Maia Guerra. Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Bolsista da CAPES pelo Projeto PROSUP. Advogada em Maringá/Paraná. Correio eletrônico: marcela.rmg@hotmail.com

* Andréia Colhado Gallo Grego Santos. Discente do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Bolsista da CAPES pelo Projeto PROSUP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professora da Faculdade Metropolitana de Maringá e Advogada em Maringá/Paraná. Correio eletrônico: andreiagallo@gmail.com

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

Resumo

Atualmente, é crescente a utilização da maternidade substitutiva para efetivação do planejamento familiar. No Brasil, apenas o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº. 2.013/2013 regulamentou a matéria, estabelecendo que a maternidade de substituição só pode ser realizada entre parentes até quarto grau e sem qualquer caráter lucrativo. Contudo, verificam-se inúmeros casos reportados na imprensa nos quais o procedimento é realizado na clandestinidade mediante indenização da doadora temporária do útero. A grande discussão, nestes casos, volta-se para a legalidade da compensação monetária da gestante, e sobre a aplicação da teoria geral dos contratos. Assim, esta pesquisa objetiva analisar a possibilidade desta adequação jurídica à técnica, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, e propor uma alternativa como solução para minimizar os conflitos decorrentes do procedimento, a fim de promover a segurança jurídica nestas relações, e principalmente uma proteção especial para o recém-nascido.

Palavras-chave: maternidade substitutiva; indenização; contrato; termo de consentimento esclarecido; dignidade da pessoa humana.

Abstract

Nowadays, the use of surrogacy motherhood is crescent, towards the realisation of familiar planning. In Brazil, only the Federal Medicine Council, through the Resolution no. 2,013/2013, regulates this matter, establishing that the surrogacy motherhood can only be taken between up to forth degree relatives and without any profit intent. Nonetheless, many cases exist where the procedure is illegally made, with payment to the temporary uterus donor. The discussion, in this cases, involves the legality of the monetary compensation to the pregnant woman, and the application of general contract theory. Thus, the research aims on analysing the possibility of this juridical adequacy to the technique, with bases on Brazilian law, as well as proposing an alternative solution to minimize conflicts derived from the procedure, in order to promote the juridical safety of these relations and, above all, the special protection to the newborn.

Keywords: surrogacy motherhood; payment; contract; informed consent term; human dignity.

Índice

1. Introdução.
2. Metodologia.
3. Da Maternidade Substitutiva.
4. Dos Limites Bioéticos e Jurídicos da Cessão do Útero.
5. Da (não) Aplicação da Teoria Contratual na Cessão Do Útero.
6. Uma Proposta de Solução a partir do Termo de Consentimento Esclarecido.
7. Conclusões finais.
8. Referências.

1. Introdução

Hodiernamente, dentre as várias técnicas de reprodução humana assistida, a maternidade substitutiva vem sendo uma das mais utilizadas, especialmente quando a mulher idealizadora do projeto parental, por problemas de saúde, não consegue engravidar, e também nos casos de união homoafetiva.

No Brasil, há apenas uma regulamentação acerca da matéria a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que dentre as suas disposições, prevê que a “as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau”; e sem qualquer caráter lucrativo.

Contudo, a realidade brasileira demonstra que a maternidade de substituição com a indenização monetária da gestante é crescente, e que, pelo fato de acontecer na clandestinidade, traz insegurança jurídica para as partes envolvidas, e principalmente para o recém-nascido.

A grande questão é verificar a legalidade ou não desta indenização para a gestante, e se seria aplicável ou não a teoria geral dos contratos vigente no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo desta pesquisa é propor uma análise destas questões, e apresentar uma proposta condizente com os preceitos do ordenamento jurídico brasileiro, que resulte no melhor interesse para o recém-nascido.

2. Metodologia

Neste trabalho científico, foi utilizado o método teórico que consiste na pesquisa de obras e artigos de periódicos especializados que tratam do assunto, com levantamento bibliográfico realizado nas bases eletrônicas de dados SciELO (Scientific Electronic Library On Line) e DOAJ (Directory of Open Access Journals), no período de janeiro de 2014 a fevereiro de 2014, com o emprego das seguintes expressões-chave: maternidade substitutiva; surrogate motherhood; barriga de aluguel; alteridade e bioética; bioética e dignidade.

Além disso, utilizou-se também livros, dissertações de mestrado, e documentos como a Constituição da República Federativa do Brasil e a Resolução do Conselho Federal de Medicina do Brasil 2.013/2013. É importante ressaltar que este artigo foi elaborado considerando o contexto do marco constitucional brasileiro.

Por fim, foi utilizado o método empírico indireto, a partir da análise de dados sobre a maternidade substitutiva nos Estados Unidos da América e de algumas reportagens sobre a temática no Brasil.

3. Da Maternidade Substitutiva

A maternidade de substituição (cessão temporária do útero, maternidade substitutiva) consiste numa técnica de reprodução humana assistida - TRA, na qual um casal, em busca da realização do projeto parental, utiliza da técnica da fertilização *in vitro*, homóloga ou heteróloga, para a criação de um embrião que será implantado no útero de outra mulher, para que nele se desenvolva o bebê, que deverá ser entregue àquele mesmo casal imediatamente após o nascimento¹.

Hodiernamente, alguns países já se manifestaram legalmente acerca da referida técnica, como a Índia² e os Estados Unidos, prevendo, inclusive a possibilidade de compensação em dinheiro para a doadora temporária do útero. Neste último, contudo, ainda não há unanimidade, visto que alguns Estados norte-americanos não consideram válida a maternidade de substituição, como, por exemplo, os Estados do Arizona, Indiana e Nova York³.

Verifica-se que a grande discussão diz respeito à possibilidade ou não de submissão da cessão do útero à teoria geral dos contratos, e em relação à indenização monetária da cedente do útero.

Atualmente, a legislação brasileira é insuficiente para compreender as novas relações familiares formadas a partir do emprego da técnica da maternidade substitutiva, tendo em vista que somente a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina disciplina o assunto, estabelecendo, em geral que: a técnica só pode ser usada em caso de problemas médicos que contraindique a gestação ou em caso de união homoafetiva; a doadora temporária do útero deve ter um grau de parentesco até o quarto grau com um dos parceiros; não pode ter caráter lucrativo ou comercial; a previsão de um termo de consentimento informado e um contrato entre as partes envolvidas (casal e gestante)⁴.

A cada ano, a prática da maternidade substitutiva com “caráter comercial” vem se tornando mais comum e frequente na sociedade brasileira⁵.

Uma pesquisa realizada pela Society for Assisted Reproductive Technology (SART) e pelo Centers for Disease Control (CDC) nos Estados Unidos, demonstra que o número de bebês nascidos da maternidade

1 CARDIN, Valéria Silva Galdino ; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo. *Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.5.

2 LEGAL considerations. Surrogacy Centre India. Disponível em: < <http://www.surrogacycentreindia.us/legal-considerations.html>> Acesso: 15 jan. 2014.

3 RODRIGUEZ-YONG, Camilo A; MARTINEZ-MUNOZ, Karol Ximena. El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Rev. Derecho (Valdivia)*, vol.25, n.2, pp. 59-81, Dez. 2012, p. 67-68. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>. Acesso: 10 jan. 2014.

4 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 2.013/2013*. Item VII “Sobre a Gestação de Substituição (Doação temporária de útero)”. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso: 05 set. 2013.

5 MULHERES cobram até R\$ 100 mil para gerar bebê no mercado clandestino. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/06/mulheres-cobram-ate-r-100-mil-em-mercado-clandestino-para-gerar-bebe.html>. Acesso: 13 jan. 2014; GRAVIDEZ a soldo: a barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido. Disponível em: http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml. Acesso: 05 set. 2013.

substitutiva aumentou 89% em apenas quatro anos. Em 2004 os números chegaram a 738 bebês, em 2008 foram quase 1400 crianças nascidas por meio da técnica⁶.

A inércia do direito e do poder legislativo brasileiro a respeito do tema reflete uma insegurança jurídica, principalmente acerca dos possíveis conflitos relacionados à filiação que podem surgir, e mantém no limbo os direitos da personalidade dos envolvidos, especialmente do infante oriundo destes projetos parentais, como também da gestante e do casal idealizador.

4. Dos Limites Bioéticos e Jurídicos da Cessão do Útero

Para a compreensão da validade e legalidade da cessão do útero mediante indenização da gestante, é necessário analisar se referida técnica respeita os princípios do direito e da bioética.

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite as técnicas científicas de um modo geral são eticamente válidas se realizadas em benefício e respeito ao ser humano, desde a fase embrionária até a fase adulta⁷, isto é, quando condizentes com os preceitos jurídicos e bioéticos que visam proteger a dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes⁸.

Diante disso, é imprescindível analisar referida técnica sob três perspectivas: do casal idealizador, da gestante e do nascituro ou nascido.

Em relação ao casal idealizador do projeto parental, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu de forma simplificada o direito do casal ao livre exercício do planejamento familiar na Constituição Federal⁹ e na Lei n. 9.263/1996¹⁰, impondo como limite o respeito à dignidade da pessoa humana daquele que está para nascer.

Tendo em vista que nas relações de filiação derivadas das técnicas de reprodução humana assistida, prevalece a parentalidade consentida sobre o elemento genético¹¹, Eleonora Lamm preceitua que “ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico: es querer ser padre o querer ser madre; y eso es precisamente lo que permite la filiación derivada de TRA al prever un sistema basado en la voluntad”¹².

6 GUGUCHEVA, Magdalena. *Surrogacy in America*. Council for Responsible Genetics. Cambridge, 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pageDocuments/KA EVEJOA1M.pdf>. Acesso: 20 jan. 2014.

7 LEITE, Eduardo de Oliveira. El Derecho Y La Bioética: estado actual de las cuestiones en brasil. *Acta Bioeth.*[online]. Vol.8, n.2, p. 263-282, 2002, p. 267. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art08.pdf>. Acesso: 21 jan. 2014.

8 ESTÁFANI, Rafael Junquera de. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 18.

9 Art. 226, §6º, da Constituição Federal/88.

10 Vide Arts. 2º e 9º, Lei 9.263/96.

11 LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, p. 76-91. Jan., 2012, p. 81. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>. Acesso: 10 jan. 2014.

12 Ibidem, p. 90.

Assim, a princípio, o ato de se utilizar da cessão do útero para alcançar a efetivação do direito ao planejamento familiar, por si só, não pode ser considerado como atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável e os princípios da bioética, por parte do casal idealizador, na medida em que se busca o nascimento de um filho, que, presumidamente, terá todos os cuidados para o desenvolvimento de sua personalidade.

Em relação à doadora do útero, de acordo com o art. 13, *caput*, do Código Civil Brasileiro “é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”¹³.

Na medida em que não há direito absoluto, assim como a integridade do corpo humano, é lícito e possível o ato de disposição do próprio corpo, desde que seja respeitado o núcleo essencial deste direito¹⁴. O núcleo essencial, nada mais é do que a própria dignidade da pessoa humana. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, em cada direito fundamental é encontrado um conteúdo de dignidade humana, sendo este o “limite dos limites” de suas disposições e limitações¹⁵.

O ato de gerar uma criança, em hipótese alguma pode ser considerado contra o núcleo de dignidade do direito de disposição do próprio corpo, pois se está diante de um ato capaz de gerar a vida de um novo ser humano, igualmente dotado de dignidade como qualquer outra pessoa.

Além disso, não há que se falar também que a gravidez suprime a saúde da gestante. A cessão do útero não importa numa diminuição do próprio corpo da mulher, uma vez que se trata da cessão do invólucro para que o feto se desenvolva¹⁶. De mesma forma, a placenta não faz parte do corpo da gestante, pois se trata de anexo embrionário, oriundo do folheto germinativo do embrião, e por isso, não pode ser confundida como órgão ou tecido, para fins de aplicação do art. 14 da Lei 9.434/1997 brasileira que criminaliza a conduta de compra e venda de tecidos.

Por outro lado, ressalta-se também que a maternidade substitutiva, ainda com interesses pecuniários pela gestante, não contraria os bons costumes, visto que o fim não deixa de ter o caráter preponderante de altruísmo e humanitarismo¹⁷.

13 BRASIL. Presidência da República, Casa Civil. Lei 10.406/2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso: 15 dez. 2013.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 129.

15 *Ibidem*, p. 130-131.

16 CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo. *Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

17 CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo. *Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

De fato, a indenização monetária da gestante, por si só, não pode afastar o fim maior da cessão do útero que é o nascimento de um novo ser humano. Não se pode dizer que atenta à dignidade da pessoa humana desta criança recém-nascida, pois sem a vida, inexistente a própria dignidade.

Neste sentido, Arleta Acosta Cindy disciplina que a maternidade substitutiva é uma prática fundada na livre decisão de adultos, que exercem seus direitos e prerrogativas, liberdade e autonomia, sem prejudicar a si ou prejudicar terceiros:

Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente; los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda¹⁸.

Além disso, de acordo com Arnaldo Rizzardo, a indenização da gestante se justificaria em face da série de cuidados e posturas a qual esta se obriga¹⁹. A alimentação adequada, exames e visitas médicas, perda de agilidade e de capacidade para desempenhar determinadas atividades profissionais, ensejando, em algumas oportunidades a paralização de atividade laboral, cuidados específicos com a saúde, todas são circunstâncias que dão o enfoque justificativo desta indenização.

Ressalta-se, porém, que existe uma preocupação em relação à coisificação da pessoa humana, pois o “objeto” deste acordo seria a entrega do bebê, promovendo uma espécie de “comércio” de crianças²⁰.

No entanto, sobre tais alegações, em 20 de maio de 1993, a Suprema Corte da Califórnia, no julgamento do caso conhecido como Johnson vs. Calvert²¹, a qual a doadora do útero Anna Johnson pleiteava a guarda e a maternidade da criança nascida em face do casal idealizador do projeto parental Mark e Crispina Calvert, entendeu que não há nenhuma evidência de que a maternidade de substituição fomenta um tratamento pejorativo às crianças²². A ideia que prevalece é a filantrópica, mesmo que por trás desta cessão de útero exista qualquer valor monetário, afinal, o ato é de colaborar com o nascimento de um novo ser, singularmente considerado.

No caso em apreço, a Suprema Corte também refutou a tese de vício de consentimento da doadora do útero, no sentido de que jamais poderia aceitar, de forma consciente e voluntária, a gestar e depois

18 CINDY, Arleta Acosta. Maternidad Subrogada. *Rev. Ciencias Biomédicas*, v. 2, p. 91-97, 2011, p. 94. Disponível em: <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciomed/article/view/65/60>. Acesso: 10 jan. 2014.

19 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 512 *apud* LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de Gestação de Substituição: proibi-lo ou torna-lo obrigatório? *Rev. de Direito Privado*. Ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2010, p. 126.

20 AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e Bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109-110.

21 EUA-CALIFORNIA. Supreme Court of California. *Johnson vs. Calvert*. Docket n. S023721. May, 20, 1993. Disponível em: http://www.leagle.com/decision/1993895Cal4th84_187.xml/JOHNSON%20v.%20CALVERT. Acesso: 13 jan. 2014.

22 “We are likewise unpersuaded by the claim that surrogacy will foster the attitude that children are mere commodities; no evidence is offered to support it. The limited data available seem to reflect an absence of significant adverse effects of surrogacy on all participants”.

entregar o bebê para o casal. O entendimento partiu do pressuposto de que a gestante detinha os meios intelectuais ou e de experiência de vida suficiente para tomar uma decisão informada, tendo em vista que possuía uma formação de enfermeira, e já havia sido mãe de um filho²³.

Sob o ponto de vista do nascituro/nascido, visto que a técnica irá possibilitar o seu nascimento, tudo irá depender da forma que o Direito está preparado para solucionar eventuais conflitos de filiação e parentalidade, a fim de observar sempre o melhor interesse para a criança.

Por todos os argumentos expostos, a maternidade substitutiva com a indenização da gestante, desde que respeitado alguns requisitos, pode ser plenamente validada e legitimada. O que aparenta ser incongruente é a vinculação desta técnica com a teoria geral dos contratos.

5. Da (não) Aplicação da Teoria Contratual na Cessão Do Útero

A problemática de se considerar válida a maternidade substitutiva mediante indenização da doadora temporária do útero, em grande parte, resulta da tentativa equivocada de enquadrar este acordo de vontades à teoria geral dos contratos.

Segundo Maria Helena Diniz, “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar, ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”²⁴. Explica a referida autora que o seu efeito é a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, ou melhor, “de vínculos jurídicos de caráter patrimonial”²⁵.

Como requisitos do negócio jurídico em geral, disciplina o Código Civil Brasileiro, no art. 104, três requisitos essenciais: capacidade do agente; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Toda relação contratual possui um objeto imediato e um objeto mediato²⁶. O objeto imediato consiste na obrigação estabelecida no contrato propriamente dita, “fazer, não fazer, dar/entregar”.

Obrigação pode ser definida como uma “relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas ou mais pessoas, devendo uma —devedor, realizar uma prestação à outra— credor”²⁷, isto é, consiste numa

23 “Certainly in the present case it cannot seriously be argued that Anna, a licensed vocational nurse who had done well in school and who had previously borne a child, lacked the intellectual wherewithal or life experience necessary to make an informed decision to enter into the surrogacy contract”.

24 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12.

25 Ibidem.

26 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil v. 3: contratos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

27 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 5.

prestação, que se traduz na entrega de uma coisa, na efetivação de um serviço ou na abstenção de um fato expressamente descrito²⁸.

Já o objeto mediato é o bem da vida, ou seja, um bem econômico, uma coisa, ou um serviço, o qual, através do contrato, “torna-se matéria de aquisição, alienação, gozo, garantia, etc”²⁹.

Depreende-se que a *patrimonialidade* é essencial nas obrigações contratuais, pois mesmo se tratando de uma obrigação extrapatrimonial³⁰, o aspecto coercitivo da obrigação assumida, ao menos na fase de execução forçada adquire efeito pecuniário³¹, afinal, um contrato sem apreciação pecuniária não é considerado jurídico, existindo apenas no campo da moral.

Ressalta-se também que a inadimplência de um contrato, além de suas consequências como na incidência de perdas e danos, juros, pagamento de cláusula penal³², há também a possibilidade de sua execução forçada pelo credor³³, o que gera a possibilidade de indenizações.

A partir destes preceitos contratuais, não há como fazer uma adequação à maternidade de substituição. Não há possibilidade jurídica para a celebração de um contrato de cessão do útero frente ao ordenamento jurídico brasileiro, pois inexistem condições para se afirmar a validade de seu objeto³⁴.

Por mais que se esteja diante de pessoas capazes, o objeto imediato como mediato recaria sobre a própria pessoa humana, de uma forma ou de outra. *A priori*, seria possível dizer que a cessão do útero consistiria em uma obrigação de fazer, contudo, a partir do nascimento do bebê, a próxima prestação contratual seria uma obrigação de dar, em relação à entrega da criança, e o objeto mediato deste contrato recairia sobre o próprio recém-nascido, havendo claramente a coisificação da pessoa humana.

Além disso, não há como valorar uma obrigação com a prestação de entregar uma criança. Uma criança não é uma coisa, é uma pessoa, não tem preço, mas sim dignidade.

Além disso, seria impossível a sua execução forçada por parte dos “credores”, o casal idealizador. É juridicamente incompatível e inconcebível a execução de um contrato visando à entrega de um bebê.

Os vínculos parentais não podem ser estabelecidos sem se atentar aos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana. São laços importantíssimos que, em casos de conflitos de parentalidade entre a gestante e o casal idealizador, não podem ser estabelecidos em razão de uma disposição contratual, que favorece as partes contratantes. Ao contrário, a parentalidade deve ser sempre

28 VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 451.

29 Ibidem.

30 LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil v. 3: contratos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.

31 VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 453.

32 Arts. 389, 402, 406 e 408 da Lei 10.406/2002, Código Civil Brasileiro.

33 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei 5.869/1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso: 15 jan. 2014.

34 SCARPARO, Mônica Sartori. Fertilização assistida: questões biomédicas. In: *Seleções Jurídicas: o direito de família nos tribunais*. COAD – Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento Profissional. ADV – Advocacia Dinâmica. Janeiro, 1993, Tomo V, p. 25-26 *apud* CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 168-169.

considerada em prol da criança, com base na doutrina de proteção integral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro³⁵.

Dessa forma, a via correta para a resolução de um conflito de parentalidade seria uma ação de reivindicação da maternidade e paternidade e da guarda da criança, a fim de se analisar, qual decisão resultará no melhor para o recém-nascido.

As relações pessoais derivadas do direito de família geram deveres de outra índole (não estritamente patrimoniais aferidos por cálculos matemáticos) justamente por envolver a formação de laços parentais, de vínculos afetivos, e de um ambiente responsável pelo desenvolvimento da personalidade das crianças. Por conta disto, estas relações não se enquadram na teoria do direito obrigacional e do direito contratual.

Ressalta-se que a indenização da gestante, ao se referir à teoria contratual, sequer chega a ser questionada, afinal de contas, o contrato da maternidade substitutiva é facilmente recusado pela ordem jurídica logo quando se tenta encontrar o objeto deste negócio jurídico.

Contudo, isto não quer dizer que a cessão do útero não possa ser realizada, e que, para isso, a gestante não possa receber uma indenização.

6. Uma Proposta de Solução a partir do Termo de Consentimento Esclarecido

Não é por meio de um contrato que as pessoas, simplesmente, negociarão os caminhos de uma vida humana e os vínculos parentais. Em verdade, as pessoas, no exercício do planejamento familiar, devem se atentar ao fim que se destina a procriação: cuidar de um novo ser que está a caminho, totalmente dependente e vulnerável, para que este tenha um desenvolvimento biopsicossocial de forma plena, e consiga, na fase adulta, autodeterminar-se e buscar a sua autorealização.

Para isso, a melhor forma de se estabelecer os vínculos parentais com a utilização da maternidade substitutiva é através de um termo de consentimento esclarecido³⁶, devidamente homologado pelo juiz competente, em regra, da vara especializada de direito de família.

A Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina - CFM³⁷ apresenta alguns requisitos da gestação de substituição, os quais precisam ser melhorados e ampliados. Por isso, o termo de consentimento esclarecido proposto a seguir, contempla algumas condições já assinaladas pela referida Resolução, e outras que se entendem necessárias para alcançar melhor solução jurídica para ambas às partes envolvidas na cessão do útero.

35 Art. 227 da Constituição Federal; e Lei 8.069/1990, *Estatuto de Criança e do Adolescente*.

36 CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 166.

37 BRASIL. Conselho Federal de Medicina - CFM. *Resolução n. 2.013/2013*. Item VII "Sobre a Gestação de Substituição (Doação temporária de útero)". Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso: 05 set. 2013.

O Termo de Consentimento Esclarecido para a utilização da técnica de reprodução humana assistida “Maternidade Substitutiva” com a indenização da gestante deve ser realizado mediante as seguintes condições (rol não taxativo):

1. Inicialmente, a referida técnica deve ser utilizada desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da mulher que idealiza o projeto parental ou em caso de união homoafetiva³⁸;
2. As doadoras temporárias do útero devem ter sido mães de pelo menos um filho, ou seja, já ter vivenciado a maternidade, para que possam prestar um real consentimento, a partir da sua experiência de vida; e respeitada à idade limite indicada pelo CFM de até 50 anos;
3. Em casos de fertilização *in vitro* heteróloga, a doadora do óvulo não ser a mesma doadora do útero.
4. Relatório médico com o perfil psicológico³⁹ de ambas as partes, do casal idealizador e da doadora temporária do útero, para atestar a sanidade mental e emocional;
5. Relatório médico que ateste a saúde física da gestante; que não é dependente de nenhum tipo de entorpecente ou drogas lícitas;
6. Descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução humana assistida, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta⁴⁰;
7. Informação para as partes sobre os riscos inerentes à maternidade, sobre a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente⁴¹;
8. A garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, à gestante, até o puerpério⁴²; ou seja, deve ser realizado um plano de saúde para a gestante durante a gravidez até o puerpério;
9. Acompanhamento psicológico dos envolvidos, “para que se afira se todos estão de fato preparados para as implicações da gestação e para o nascimento e crescimento deste nosso ser que virá ao mundo de forma atípica, mas não menos nobre”⁴³.
10. Possibilidade de autonomia da gestante para decidir sobre o parto, com a devida autorização do médico responsável para não gerar nenhum dano ao nascituro;

38 Cf. Resolução 2.013/2013 do CFM.

39 Cf. Resolução 2.013/2013 do CFM.

40 Cf. Resolução 2.013/2013 do CFM.

41 Cf. Resolução 2.013/2013 do CFM.

42 Cf. Resolução 2.013/2013 do CFM.

43PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução Assistida: a chamada “barriga de aluguel”. Revista IOB de Direito de Família, ano XI, n. 55. Porto Alegre, Síntese, ago-set, 2009, p. 27.

11. Seguro de vida para a gestante, durante a gravidez até o puerpério;
12. Indenização estabelecida entre as partes, em favor da gestante, como forma de compensação de todos os cuidados decorrentes da gestação, que poderia ser definido em parcelas mensais, ou em pagamento único;
13. Esclarecimento dos vínculos parentais, inclusive em caso de falecimento do casal idealizador, sendo, neste caso, acionados os ascendentes do casal, ou possibilitado à gestante assumir a maternidade.
14. Em caso de a doadora temporária do útero ser casada ou viver em união estável, o seu cônjuge ou companheiro também deverá assinar o termo de consentimento esclarecido.
15. Submissão do termo para homologação do Juiz competente, em regra, o da Vara especializada de Direito de Família.

A partir deste termo, a relação advinda da maternidade substitutiva teria segurança jurídica. Haveria um pleno consentimento entre as partes, além de que a disposição dos vínculos parentais passaria pela homologação do Juiz competente, a fim de garantir o respeito a dignidade da pessoa humana do recém-nascido e o seu melhor interesse.

Por outro lado, não significa dizer que o judiciário não poderia ser acionado em decorrência de algum conflito positivo ou negativo de parentalidade, mas, é claro que a partir da elaboração de um termo de consentimento esclarecido, o próprio Magistrado já teria à disposição informações para embasar o seu convencimento, numa eventual e futura decisão.

Desta forma, o poder legislativo, na sua função precípua de legislar, deve sair da inércia e corresponder aos anseios sociais, uma vez que estas práticas são cada vez mais reiteradas pela sociedade brasileira. Interpretando as normas jurídicas deve propor uma legislação para regulamentar a matéria, com a previsão de um termo ou disposições similares ao apresentado neste trabalho, a fim de estabelecer segurança jurídica para as partes, principalmente para a proteção do recém-nascido.

Afinal, conforme preceitua Eduardo de Oliveria Leite “por qué serían necesarias leyes respecto de estas materias? Porque el Derecho implica valores. [...] No se puede tener un conjunto de leyes que no repose sobre ciertos valores. Por lo menos, sobre ciertos valores dominantes en la sociedade”⁴⁴.

Assim, a lei está sendo invocada para se proteger o valor fonte do direito, a pessoa humana⁴⁵, uma vez que sua ocorrência é expressão inquestionável de limites de segurança, para o convívio em sociedade.

44 LEITE, Eduardo de Oliveira. El Derecho Y La Bioética: estado actual de las cuestiones en brasil. *Acta Bioeth.*[online]. Vol.8, n.2, p. 263-282, 2002, p. 269. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art08.pdf>. Acesso: 21 jan. 2014

45 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211-213.

7. Conclusões finais

A ausência de legislação específica acerca da maternidade de substituição com indenização da gestante no Brasil traz insegurança jurídica aos partícipes destas relações, e principalmente à criança que está para nascer oriunda desta prática, pelo fato de acontecer na clandestinidade.

Infere-se que apesar da disposição do Conselho Federal de Medicina do Brasil de não aceitar, em tese, a maternidade de substituição com uma compensação monetária da doadora de útero, a partir dos princípios do direito e da bioética, esta indenização é válida e se justifica em razão de todos os cuidados aos quais a gestante se obriga.

O que é incoerente e impossível para o ordenamento jurídico brasileiro, é fazer este acordo de gestação mediante a teoria geral dos contratos e das obrigações.

Com efeito, não há como aplicar a teoria contratual à maternidade de substituição, tendo em vista que inexistem condições de direito para se afirmar a validade de seu objeto; sendo uma obrigação insuscetível de valor econômico, e que não poderia sofrer uma execução forçada, afinal, os vínculos parentais devem ser discutidos com a devida ação ajuizada na vara especializada de direito de família, para se discutir o melhor interesse da criança.

Assim, na tentativa de apresentar uma alternativa jurídica para as partes que se proponham a realizar a maternidade substitutiva com indenização da gestante, foi apresentada uma proposta de Termo de Consentimento Esclarecido, o qual dispõe de uma série de condições, na busca de trazer segurança jurídica para as partes envolvidas, e principalmente ao recém-nascido.

Por fim, infere-se que o poder legislativo brasileiro deve sair da inércia e cumprir com a sua função precípua de legislar sobre a matéria para corresponder aos anseios sociais, uma vez que estas práticas são cada vez mais reiteradas pela sociedade brasileira.

8. Referências

- ◆ BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 10 jan. 2014.
- ◆ BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. *Lei 9.263/96*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso: 10 jan. 2014.
- ◆ BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. *Lei 10.406/2002. Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso: 15 dez. 2013.
- ◆ BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. *Lei 5.869/1973. Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso: 15 jan. 2014.

- ◆ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 2.013/2013*. Item VII “Sobre a Gestação de Substituição (Doação temporária de útero)”. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf. Acesso: 05 set. 2013.
- ◆ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. In: XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo. *Estado Globalização e Soberania: o Direito do século XXI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- ◆ CINDY, Arteta Acosta. Maternidad Subrogada. *Rev. Ciencias Biomédicas*, v. 2, p. 91-97, 2011. Disponível em: <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciomed/article/view/65/60>. Acesso: 10 jan. 2014.
- ◆ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ◆ EST FANI, Rafael Junquera de. *Reproducción asistida, filosofía  tica y filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- ◆ EUA-CALIFORNIA, Supreme Court of California. *Johnson vs. Calvert*. Docket n. S023721. May, 20, 1993. Disponível em: http://www.leagle.com/decision/1993895Cal4th84_187.xml/JOHNSON%20v.%20CALVERT. Acesso: 13 jan. 2014.
- ◆ GRAVIDEZ a soldo: a barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido. Disponível em: http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml. Acesso: 05 set. 2013.
- ◆ GUGUCHEVA, Magdalena. *Surrogacy in America*. Council for Responsible Genetics. Cambridge, 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pageDocuments/KA EVEJ0A1M.pdf>. Acesso: 20 jan. 2014.
- ◆ LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 24, p. 76-91. Jan., 2012. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>. Acesso: 10 jan. 2014.
- ◆ LEGAL considerations. Surrogacy Centre India. Disponível em: <http://www.surrogacycentreindia.us/legal-considerations.html>. Acesso: 15 jan. 2014.
- ◆ LEITE, Eduardo de Oliveira. El Derecho Y La Bioética: estado actual de las cuestiones en brasil. *Acta Bioeth* [online]. Vol.8, n.2, p. 263-282, 2002, p. 267. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art08.pdf>. Acesso: 21 jan. 2014
- ◆ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil v. 3: contratos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ◆ LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de Gestação de Substituição: proibi-lo ou torna-lo obrigatório? In: *Rev. de Direito Privado*. Ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2010.

- ◆ MULHERES cobram até R\$ 100 mil para gerar bebê no mercado clandestino. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/06/mulheres-cobram-ate-r-100-mil-em-mercado-clandestino-para-gerar-bebe.html>. Acesso: 13 jan. 2014;
- ◆ PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução Assistida: a chamada “barriga de aluguel”. *Revista IOB de Direito de Família*, ano XI, n. 55. Porto Alegre, Síntese, ago-set, 2009.
- ◆ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ◆ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 512 *apud* LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de Gestação de Substituição: proibi-lo ou torna-lo obrigatório? *Rev. de Direito Privado*. Ano 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun., 2010.
- ◆ RODRIGUEZ-YONG, Camilo A; MARTINEZ-MUNOZ, Karol Ximena. El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Rev. Derecho (Valdivia)*, vol.25, n.2, pp. 59-81, Dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>. Acesso: 10 jan. 2014.
- ◆ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ◆ SCARPARO, M nica Sartori. Fertilização assistida: questões biomédicas. In: Seleções Jurídicas: o direito de família nos tribunais. COAD – Centro de Orientação, Atualização e Desenvolvimento Profissional. ADV – Advocacia Dinâmica. Janeiro, 1993, Tomo V, p. 25-26 *apud* CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ◆ VENOSA, S lvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 11 ed., v. 2, São Paulo: Atlas, 2011.

Fecha de recepción: 23 de junio de 2014

Fecha de aceptación: 19 de noviembre de 2014