

## **CONTRATAÇÃO DA BARRIGA DE ALUGUEL GRATUITA E ONEROSA: LEGALIDADE, EFEITOS E O MEHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Marcelo Truzzi Otero. Mestre e Doutor pela PUC/SP. Diretor do IBDFAM/SP. Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP e de cursos de pós-graduação. Advogado.

Resumo:

O estado da filiação sofreu profunda alteração, em parte provocada pelos avanços científicos; em parte provocado pelo redimensionamento do próprio conceito de filiação. A ciência, aliada ao desejo de ter um filho, permitem afirmar que pai e mãe não são necessariamente aqueles que forneceram o material genético, mas sim aqueles que participam de um projeto parental. A barriga de aluguel, ou gestação por outrem, é exemplo disso. O presente estudo procura apresentar esse novo panorama da filiação, sob a perspectiva da gestação por outrem, focando questão no direito estrangeiro e no direito pátrio, suas modalidades, a juridicidade dos contratos envolvendo a maternidade por outrem e suas consequências; tudo sob o enfoque dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e do melhor interesse da criança.

Palavras chaves: Barriga de aluguel – gestação por outrem – projeto parental – filiação - direito da personalidade – contratos gestacionais gratuitos e onerosos – solidariedade – afetividade – melhor interesse da criança.

Sumário

1. Introdução. 2. A gestação por outrem como exercício de um direito da personalidade. 3. Modalidades de gestação por outrem. 4. A gestação por outrem no direito estrangeiro e no direito brasileiro. 5. Requisitos essenciais e a questão da gratuidade/onerosidade. 6. Conclusão.

1. Introdução

O Direito de Família mudou. E mudou bastante desde a Constituição de 1988. Foi-se o tempo em que o casamento era a única forma de constituição da família e que o casamento era a seara natural para o nascimento dos filhos. Vai-se o tempo em que o estado de filho advém de um sistema de presunções legais ou exclusivamente de vínculos genéticos.<sup>1</sup> É chegado o tempo em que os filhos, desejados, não advém necessariamente de uma relação sexual; dentro ou fora do casamento.

Em tempos atuais, a família-instituição perdeu espaço para família-instrumento<sup>2</sup>, promovendo uma repaginação completa das relações familiares, inclusive e notadamente, do conceito de filiação, agora pautado pela tutela da dignidade, da solidariedade, da afetividade e da proteção integral, mais que pela preservação do elo biológico.

Esses novos paradigmas associados aos avanços das técnicas de reprodução assistida permitem concluir que pai não é inexoravelmente o doador do material genético e que mãe não é indiscutivelmente aquela que cedeu o óvulo, o útero ou que deu a luz.<sup>3</sup>

No atual estágio das relações familiares, nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante sobrevivência.<sup>4</sup> Indo além, nada mais autêntico reconhecer como pai e como mãe aqueles que, antes do nascimento, antes mesmo da própria concepção, desejaram intensamente a vinda do filho, tenham contribuído ou não com material genético para a concretização de um projeto parental, como bem anota Silvia da Cunha Fernandes:<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Paulo Lobo. *Famílias*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49: “Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimos de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos.”

<sup>2</sup> Cristiano Chaves de Farias. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 11: “Não há mais proteção à família pela família, senão em razão o ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescindível da pessoa humana. (...) É simples, assim, afirmar a evolução da idéia de *família-instituição*, com proteção justificada em si mesmo, importando não raro violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, para o conceito de *família-instrumento do desenvolvimento dos seus membros*, tutelada na medida em que promova a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF)”.

<sup>3</sup> Maria Berenice Dias. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 325.

<sup>4</sup> Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 144.

<sup>5</sup> Silvia da Cunha Fernandes. *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 61.

Com o advento das procriações artificiais todo esse estado de coisas foi alterado, uma vez que a verdade biológica deve ser desconsiderada em proveito da verdade afetiva. Nesse sentido, verdadeira filiação, nos dias atuais, esta calcada na intensidade das relações afetivas que unem pais e filhos, independentemente da origem genética destes últimos. A filiação está solidificada na vontade do casal de ter um filho, mesmo que a natureza lhes tenha negado essa possibilidade.

É dentro deste projeto parental ético, consciente, responsável e precedente à própria concepção que está inserida a maternidade subrogada, também intitulada maternidade de substituição, barriga de aluguel, útero de aluguel, mãe portadora ou mãe hospedeira<sup>6</sup>, ou, como preferimos, *gestação por outrem*<sup>7</sup>, já que a gravidez e o parto nestes casos não implicam em maternidade, a ser atribuída à partícipe do projeto parental, tenha ela concorrido ou não com material genético, tenha ela dado ou não a luz.

## 2. A gestação por outrem como exercício de um direito da personalidade

Passagens bíblicas dão conta que a cessão de útero para a satisfação da maternidade não é recente. Em Genesis 16, Sarai, mulher de Abrão, incapaz de procriar, pede a Abrão que lhe proporcione a maternidade por meio de sua escrava Agar. Em Gênesis 30, Raquel, esposa de Jacó, suplica a este que, por intermédio de sua serva Bala, realize seu desejo de maternidade.

Entre os romanos, a esterilidade do marido impunha a mulher o dever de se entregar ao irmão ou parente daquele, sendo que a criança oriunda daquele

---

<sup>6</sup> Laura Dutra de Abreu, “Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no Direito Português e Brasileiro”. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Magister, v. 11, ago/set 2009, p. 94.

<sup>7</sup> José Oliveira Ascensão. A Lei n. 32/06, sobre a procriação medicamente assistida, in: <http://www.apdi.pt/apdi/doutrina/lei%2032-06%20pma.pdf>, capturado em 19 de março de 2010.

relacionamento era considerada filha do marido e continuadora de seu culto, regra também observada pelos antigos hindus, atenienses e espartanos.<sup>8</sup>

No sistema feudal, como nas tribos, filhos eram imprescindíveis para a economia doméstica, advindo daí a importância de tê-los.<sup>9</sup>

Há muito a filiação deixou de ter propósitos religiosos ou econômicos. O desejo de ter filhos, e tê-los pelos modos aceitos ética e legalmente, concretiza, em tempos atuais, um projeto parental idealizado, refletivo, desejado e que, em singela análise, materializará a personalidade dos partícipes do projeto parental, tutelada constitucionalmente pelo princípio da dignidade humana.

De fato, nada projeta mais a dignidade da pessoa humana do que assegurar possibilidade de autodeterminação na busca da realização pessoal.

Filhos, para quem os deseja tão arduamente, constituem verdadeiro projeto de vida, traduz uma realização pessoal, razão suficiente para assegurar-lhes a possibilidade de tê-los, recorrendo, se necessário, as técnicas de reprodução medicamente assistidas; como observa Wagner Mota Alves de Souza:<sup>10</sup>

a mudança do eixo valorativo do nosso ordenamento no que tange as relações familiares deu uma prevalência superior aos interesses de seus membros quando confrontados com os interesses da instituição (ou melhor, quando confrontados com os interesses de certos grupos sociais – com forte inspiração religiosa – que definem o que deve ser a família.

Nesse sentido, a procriação acaba por se revelar uma própria extensão ou projeção da personalidade (direito à vida, ao nome, à imagem, à saúde, à liberdade, inclusive, sexual) estaria contido o direito à procriação (ou descendência), entendido este como uma capacidade de autodeterminação da mulher, do homem ou do casal

---

<sup>8</sup> Fustel de Coulanges. *Cidade Antiga*. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 54-55.

<sup>9</sup> Friedrich Engels. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 15ª ed., Bertrand Brasil, p. 70.

<sup>10</sup> Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a proibição de *venire contra factum proprium* – inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro. In: Cristiano Chaves de Farias (coord.). *Leituras Complementares de Direito Civil – o direito civil-constitucional em concreto*. 2 ed., Salvador: Editora Podivm, p. 219.

quanto à constituição, aumento ou limitação do número de filhos que desejam ter.

Interessa ao presente trabalho a gestação por outrem, consistente na técnica complementar às modalidades de reprodução humana medicamente assistida que busca em útero alheio, e por vezes com material genético igualmente alheio, suprir a incapacidade ou contra-indicação a procriação de um casal titular de um projeto parental.

### 3. Modalidades de gestação por outrem

A gestação por outrem por ser classificada em homóloga ou heteróloga; gratuita ou onerosa.

Será gratuita ou onerosa, conforme a mulher que aceitou a gestação por outrem receba uma contraprestação, em dinheiro ou espécie.

Será homóloga ou heteróloga, conforme o material genético pertença ou não aos titulares do projeto parental.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>11</sup> anota as três possibilidades mais comuns de gestação por outrem: a) material genético de um casal titular do projeto parental implantado no corpo de outra mulher; b) material genético pertencente ao marido/companheiro e à gestante, alheia ao projeto parental, mas de indispensável presença, na medida em que cederá o corpo e o óvulo; c) material genético pertencente a terceiros, alheios ao projeto parental de um casal infértil.

Na primeira situação, o casal titular do projeto parental será pai da criança a partir da verdade biológico e afetiva. Na segunda hipótese, o parentesco da criança relativamente ao casal titular do projeto parental será natural em relação ao homem e civil em relação à mulher, observando que “a vontade, ínsita ao projeto parental da mulher que deseja o filho, deverá ser considerado o pressuposto mais importante no que tange à maternidade filiação”. No terceiro e último caso, o parentesco entre a criança e os titulares do projeto parental terá outra origem<sup>12</sup>, mais especificamente, o elemento

---

<sup>11</sup> *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.745-747.

<sup>12</sup> Código Civil, artigo 1593: o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. É de Luis Edson Fachin o pioneirismo da inserção da socioafetividade como parentesco

afetivo ínsito a vontade qualificada manifestada pelos titulares do projeto parental antes mesmo da concepção da criança e que é indispensável para lhes assegurar o direito à perfilhação, afinal, “a vontade do casal deve ser o ponto essencial para o estabelecimento do vínculo de filiação, não devendo haver dúvidas de que o pai e mãe serão aqueles que se submeteram voluntariamente a tratamento de reprodução artificial, devendo prevalecer a verdade sociológica, afetiva e individual”.<sup>13</sup>

Ns três situações acima reproduzidas encontramos a vontade qualificada do casal inserida em um projeto parental como elemento comum e estruturante da paternidade.

Indicada *ordinariamente* a casais<sup>14</sup> que não podem ter filhos naturalmente, seja pela infertilidade ou contra-indicações a gravidez<sup>15</sup>, a gestação por outrem provoca acesa controvérsia sobre a validade da sua contratação, notadamente na modalidade onerosa.

#### 4. A gestação por outrem no direito estrangeiro e no direito brasileiro

No direito estrangeiro encontramos basicamente três orientações a respeito da gestação por outrem, a saber: a) aqueles que a proibem indistintamente; b) aqueles que a admitem irrestritamente; c) aqueles que a admitem apenas na modalidade gratuita e observadas algumas condições.

A Resolução de 16 de março de 1989 do Parlamento Europeu posiciona-se contrariamente as fecundações *in vitro* e *in vivo* heterólogas, declarando “benéfico para a criança que exista concomitância entre a paternidade biológica, afetiva e legal. Assim, tais fecundações não seria desejáveis”, concluindo que ‘toda forma de maternidade em substituição deve ser rejeitada’.

---

civil, oriundo da ‘outra origem’ de que trata o artigo 1593 do Código Civil, Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Síntese, v. 17, ab/maio 2003, p. 7-35.

<sup>13</sup> Silvia da Cunha Fernandes. *As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.70.

<sup>14</sup> Diz-se indicada *ordinariamente* a casais titulares de um projeto parental porque não há vedação legal que pessoa solteira se submeta às técnicas de procriação medicamente assistida, inclusive a gestação por outrem. Em sentido oposto, Eduardo de Oliveira Leite. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 412 e Silvio de Salvo Venosa. *Direito de Família*. 9 edª, São Paulo: Atlas, 2009, p. 236.

<sup>15</sup> A gestação não é indicada a mulheres com problemas agudos de pressão arterial, com problemas renais crônicos, portadoras de doenças transmissíveis hereditariamente.

Seguindo essa orientação, França, Portugal, Espanha e Itália proibiram expressamente a contratação da gestação por outrem, gratuita ou onerosa.

O Código Civil francês, no artigo 16-7, com a redação da Lei 94.653, de julho de 1994, considera nula toda convenção envolvendo maternidade em substituição.<sup>16</sup> Chamada a decidir, a Corte de Renes, em decisão datada de 6 de janeiro de 1995, confirmou a ilegalidade da contratação: “ Convention ilicite de mère pourteuse: intérêt de l'enfant de rester auprès de la mère apparente et non des a mère biologique qu'il considère as marraine.”<sup>17</sup>

Em Portugal, a Lei 32, de julho de 2006, também considera nulos os negócios jurídicos de maternidade em substituição<sup>18</sup>, punindo com prisão de até dois anos, para aqueles que se submeterem a maternidade subrogada onerosa.<sup>19</sup>

José Oliveira Ascensão endereça vigorosa crítica à lei, afirmando que semelhante reação “é extrema e percebe-se o intento: pretende-se desanimar o negócio, determinando que terá sempre o efeito contrário ao pretendido. A gestante será considerada a mãe. Mas a solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o do novo ser e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação.”<sup>20</sup>

A sanção de nulidade também consta do texto da Lei espanhola n. 35, de 28 de julho de 2008.

Posição intermediária é adotada pelo Reino Unido, Canadá e Grécia.

O Reino Unido proíbe a gestação por outrem na modalidade onerosa, mas a admite na modalidade gratuita, desde que o consentimento da gestante se aperfeiçoe seis semanas após o parto. Canadá e Grécia adotam regras semelhantes, condicionando a contratação à gratuidade e ao consentimento qualificado que, no Canadá, pode ser aperfeiçoado somente após os vinte e um anos de idade da gestante e, na Grécia, mediante autorização judicial.

---

<sup>16</sup> Art. 16-7. Toute convention portant sur la procreation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

<sup>17</sup> Tradução livre: convenção ilícita: mãe portadora: interesse da criança permanecer próxima da mãe aparente – que deu a luz – e não da sua biológica que é considerada sua madrinha.

<sup>18</sup> Art. 8º, 1- São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2- Entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres da maternidade.

<sup>19</sup> Art. 39, 1- Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

<sup>20</sup> A Lei n. 32/06, sobre a procriação medicamente assistida, in: <http://www.apdi.pt/apdi/doutrina/lei%2032-06%20pma.pdf>.

Posição mais liberal, admitindo abertamente a contratação da gestação por outrem nas modalidades gratuitas e onerosas, é encontrada nos estados americanos de Arkansas e Nevada<sup>21</sup>; e na Índia, onde, aliás, a liberdade de contratação da gestação por outrem é ampla, admitindo, inclusive, o estabelecimento de deveres anexos de conduta para a gestante, a exemplo de permanecerem durante toda a gestação em alojamentos vinculados à clínica, onde seguem uma rotina criteriosa até o nascimento e entrega da criança aos pais, titulares do projeto parental.<sup>22</sup>

O Brasil não proíbe e tampouco admite expressamente negócios jurídicos envolvendo a gestação por outrem.

Um as únicas normas com expressas referências à gestação por outrem, consistentes nas Resoluções n. 1.358, de 17 de janeiro de 1992, e 1.957, de 15 de dezembro de 2010 do Conselho Federal de Medicina, a admitem em caráter excepcional, observadas algumas condicionantes: i) comprovada a impossibilidade física ou contra-indicação de procriação pela via natural; ii) consentimento informado da gestante a respeito dos aspectos médicos, éticos e jurídicos da contratação; iii) implante entre parentes colaterais de até segundo grau; maior o grau de parentesco, o caso deverá ser submetido à apreciação do Conselho Regional de Medicina; iv) propósito altruísta, vedada textualmente a onerosidade.<sup>23</sup>

Estas Resoluções, contudo, tem natureza meramente deontológicas, despidas de força vinculante, prestando-se apenas como diretrizes. A lacuna legal força o operador do direito a voltar seus olhos para o sistema legal na busca de fundamentos jurídicos para a contratação da gestação por outrem, encontrando-os na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na própria Constituição e na Lei 9.263/96, ainda que obliquamente.

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo XVI, 1, assegura expressamente o direito de qualquer pessoa fundar família, onde parece implícito o direito de procriar.

---

<sup>21</sup> Laura Dutra de Abreu. *A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, p. 53.

<sup>22</sup> Revista Veja, Editora Abril, edição de 21 de outubro de 2009, p. 118.

<sup>23</sup> Resolução 1358/92: “VII- Sobre a gestação de substituição (Doação temporária de útero). As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.” Idêntica é a redação da nova Resolução 1.957/10.



Por sua vez, a Constituição de 1988, no artigo 226, § 7º<sup>24</sup>, assegurou o planejamento familiar como uma decisão exclusiva do casal e, no propósito de dar efetividade a essa autodeterminação do casal, impôs ao Estado o dever de assegurar os recursos educacionais e *científicos* para o exercício do projeto parental, seja para evitar filhos, como para tê-los, afinal, “é inaceitável garantir a instituição, sem garantir suas formas de criação ou a geração de seus membros”.<sup>25</sup>

Regulamentando o referido dispositivo constitucional, a Lei 9.263/96, no artigo 9º, reforça a idéia de que a procriação é um direito subjetivo, estabelecendo que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a **liberdade de opção**.”

Permitir a gestação por outrem é materializar essa opção de que fala a Lei 9.263/96; é dar efetividade a autodeterminação quanto ao planejamento familiar assegurado no § 7º, do artigo 226 da Carta de 1988!

Assim é que, se determinado projeto parental está atrelado à existência de filhos e se caminho para tê-los passa pela gestação por outrem, não encontramos obstáculo/impedimento que os interessados a ela recorram, instrumentalizando suas vontades em contrato válido e eficaz.<sup>26</sup>

## 5. Requisitos essenciais e a questão da gratuidade/onerosidade

Ato jurídico que é, o contrato de gestação por outrem está adstrito à determinados requisitos de validade, como outros negócios jurídicos. A diferença substancial deste

---

<sup>24</sup> CF/88, art. 226, § 7. “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

<sup>25</sup> Ana Carolina Brochado Teixeira. Conflito Positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: Carlos Maria Romeo Casabona e Jeuliane Fernandes Queiroz (coords.). *Biotechnologia e suas implicações técnico-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 311.

<sup>26</sup> Em sentido contrário, entendendo de nenhuma validade ou eficácia o contrato de gestação por outrem, Guilherme Freire Falcão de Oliveira. *Mãe há só ~~uma~~ (duas)! O contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 60; Sérgio Ferraz. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 56; Eduardo de Oliveira Leite. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 404-405; Heloisa Helena Barboza. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 94. Silvia da Cunha Fernandes, ob. cit., p. 97-99.

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.<sup>27</sup>

Quanto à forma, nada dispondo a lei a respeito, não se exige, como requisito de validade, forma específica, admitindo-se, até mesmo, a contratação verbal. Aconselhável, contudo, a forma escrita, facilitando a prova da contratação e de seus termos, bem assim da presença dos requisitos essenciais de validade.

Relativamente aos requisitos essenciais de validade, o contrato de gestação por outrem exige capacidade das partes, consentimento qualificado e interesse legítimo na contratação.

Capacidade das partes. Conquanto a vontade do incapaz deva ser considerada para a concretização de situações existenciais<sup>28</sup>, não há espaço para incapazes disporem a respeito da gestação por outrem. Sequer autorização judicial poderá suprir o consentimento que, neste caso, é personalíssimo e qualificado, e, por isso, requer capacidade plena dos contratantes.<sup>29</sup>

Consentimento. O consentimento das partes excede a simples declaração de vontade. Diferentemente das questões patrimoniais, em que a declaração é suficiente para vincular validamente o seu emitente, nas questões existenciais, o consentimento deve ser “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado, características nem sempre requeridas com a mesma intensidade para a validade dos contratos, nos quais se registra uma impositação prevalentemente objetiva”.<sup>30</sup>

No contrato de gestação por outrem, portanto, interessa a vontade interna da gestante no momento da execução do método e que esta vontade interna tenha sido exteriorizada de forma expressa, espontânea e consciente, *após receber todas as informações sobre as conseqüências éticas, médicas e jurídicas envolvendo a gestação*

---

<sup>27</sup> A propósito do regime jurídico envolvendo questões existenciais, Rose Melo Vencelau Meireles. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 46-52.

<sup>28</sup> Enunciado 138, III Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal. “Art 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I, do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento para tanto.”

<sup>29</sup> A personalidade da declaração é mitigada nas situações hipóteses em que o titular da situação existencial estiver incapacitado para expressar sua vontade e o ato a ser realizado for de seu interesse legítimo, a exemplo das intervenções cirúrgicas.

<sup>30</sup> Rose Melo Vencelau Meireles, ob. cit., p. 215.

*substituta*<sup>31</sup>, podendo ser desdita ou recolhida, sem maiores conseqüências, até o momento do implante do óvulo no útero da gestante. Feito o implante, ocorrida a nidação, não cabe mais arrependimento e tampouco conflitos sobre a maternidade, afinal, o ato já está consumado<sup>32</sup>, figurando como pais, figurando como pais os titulares do projeto parental.<sup>33</sup>

Parafraseando Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>34</sup>, a parturiente conscientemente concordou em gerar e em dar nascimento à criança, sem implicações de maternidade, sem que isso implique chamá-la de mãe, mas sim e tão-somente, de gestante.

Interesse legítimo. Há quem vislumbre nos contratos gestacionais uma afronta as leis da natureza, outros que neles antevêem uma afronta à dignidade da criança e da gestante, reduzidas a objeto. Ao revés, partidários favoráveis à contratação o compreendem como um exercício da autodeterminação pessoal dos titulares do projeto parental, pelo direito de procriar e a forma de fazê-lo; e da gestante, por altruísmo ou não. É certo, contudo, que questões éticas, morais, religiosas e jurídicas permeiam o assunto e, por mais que se admita que este tipo de contratação tende a se tornar cada vez mais comum em futuro próximo, não se pode simplesmente desconsiderar todos esses valores informadores e que, em 2010, ainda vão ao encontro àquilo que o conceito médio da população compreende como ético, e, portanto, aceitável.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Christine Keler de Lima Mendes. Mães Substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 0, out-nov 2007, p. 43.

<sup>32</sup> Walsir Edson Rodrigues Júnior e Janice Silveira Borges. Alteração da Vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite (coords.), *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, Belo Horizonte: Del Rey: Melhoramentos, 2008, p. 237: “Não se pode atribuir paternidade pela assinatura simples e pura de um termo de consentimento informado, sem que haja sequer a implantação dos embriões artificialmente fecundados e daí a gravidez. Uma nova manifestação de vontade, em sentido negativo, poderá produzir efeitos, se, e somente se, ocorrer antes da gravidez, isto é, antes da implantação do embrião no útero da mulher.”

<sup>33</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *O Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 748: “considerando a inexistência de relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou.”

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 320-321.

<sup>35</sup> Pietro Pierlingieri. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed., São Paulo: Renovar, 1997, p.177: “Sobre as técnicas de inseminação artificial e de manipulação genética é preciso exprimir um juízo não apenas de licitude mas também de valor (meritevolezza). O problema está na individuação dos valores com base nos quais exprimir esse juízo. Não se pode aceitar a comercialização, a patrimonialização destes fenômenos. Deve-se distinguir a satisfação da necessidade de procriar do interesse patrimonial.”

Em tempos atuais, o ordinário é que a viabilização do projeto parental atrelado a filiação resulte da relação sexual entre homem e mulher. Isso, ainda hoje, é o que é aceito pela sociedade. A exceção, *outrora inadmitida peremptoriamente pelo conceito ético da sociedade da segunda metade do século passado*, é que esse projeto parental possa ser efetivado pela via excepcional dos contratos gestacionais quando não for possível a sua execução pela via ordinária, relação sexual entre homem e mulher. Nesse sentido, as palavras de Pietro Pierlingieri<sup>36</sup>:

114. *Inseminação artificial e manipulação genética.* – Para uma eventual disciplina normativa na inseminação artificial, é preferível a técnica legislativa por princípios àquela de tipo regulamentar. Todavia, é duvidoso que também uma lei formulada por princípios seja útil, na medida em que os princípios relativos aos problemas da pessoa já encontram complexa expressão no Texto Maior. Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. **A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se torna instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na assistência sanitária nacional. Em presença de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem psicológica, o problema da inseminação não se coloca mais em termos discricionários.** (grifamos)

Isso nada tem de preconceituoso ou conservador, já que temos a convicção que os contratos gestacionais tendem a se tornar, dia a dia, mais comuns, pressupondo, desde já, um alargamento gradual dos conceitos morais, éticos e jurídicos atualmente

---

<sup>36</sup> *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 175-176

reinantes. É apenas um ponto de vista atrelado ao conceito médio do que sociedade atual compreende como aceitável ética e juridicamente.

Insiste-se; décadas atrás não se admitia a hipótese de contratação por outrem. Hoje, apesar de controvertida, é vista com olhar sereno nas hipóteses em que alguém, por altruísmo, predispõe-se a gestar o filho para outrem que não pode fazê-lo.

Dentro deste cenário é que o interesse, ou mais especificamente, a motivação dos envolvidos assume especial relevo para a validade e eficácia destes contratos.

Ao contrário de Taisa Maria Macena de Lima<sup>37</sup>, entendemos que o interesse legítimo não se esgota no “direito (ou simples liberdade) de ter filhos” e que “para realizar esse desejo, é lícito ao casal utilizar-se dos novos métodos reprodutivos”. Direito algum é absoluto, mesmo assegurado constitucionalmente. Assim também o planejamento familiar e, por conseguinte, o direito de reprodução. É preciso algo mais do que o exercício de um direito subjetivo de procriar por procriar, alheio a um projeto parental.

Revelará, via de regra, interesse legítimo na gestação por outrem os casais titulares de um projeto parental<sup>38</sup> que não possam ou não lhes seja recomendável procriar pela relação natural entre homem e mulher<sup>39</sup>; o que não afasta a análise casuística de situações muito particulares, a exemplo da mulher estéril que, apartada do casamento ou da união estável, *comprovadamente* tem na existência de um filho a concretização de seu projeto de vida.

Dentro deste contexto, não revelará legítimo o interesse de procriar, via gestação por outrem, a mulher que não pode se dar *ao luxo* de ficar grávida, como ilustrativamente seria o caso da executiva que, por incompatibilidade de agenda; ou a modelo fotográfica, por razões estéticas, *delegam* a gestação as respectivas irmãs que aceitam fazê-lo gratuitamente.<sup>40</sup> Ou, ainda, a mulher que, pretendendo ser mãe,

---

<sup>37</sup> “Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas”. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 13, abr-maio-junh 2002, p. 147.

<sup>38</sup> Eduardo Oliveira Leite. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 412.

<sup>39</sup> Esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem psicológica são algumas das hipóteses legitimadoras da gestação por outrem anotadas por Pietro Pierlingieri, *Perfis de Direito Civil*, p. 176.

<sup>40</sup> Em contato informal com a Prof. Maria Berenice Dias durante o VII Congresso Brasileiro de Direito de Família, ocorrido ao final de outubro de 2009, em Belo Horizonte, a ilustre autora manifestou favorável à legalidade da gestação por outrem nas situações acima reproduzidas.

simplesmente não pretende passar pelos inconvenientes da gravidez.<sup>41</sup> Em todos esses casos, falta interesse legítimo; motivação justa, razoável, proporcional para a contratação da gestação por outrem.

O problema do interesse legítimo não é menos tormentoso sob a perspectiva da mulher que aceita se submeter à gestação por outrem: age por altruísmo ou motivada interesse financeiro? A perspectiva de obter vantagem patrimonial com a gestação contaminaria a contratação?

Ana Carolina Brochado Teixeira<sup>42</sup>, Christine Keler de Lima Mendes<sup>43</sup>, Francisco Vieira Lima Neto<sup>44</sup>, Janaína de Lima Veiga<sup>45</sup>, Maria Berenice Dias<sup>46</sup>, Maria Cláudia Brauner<sup>47</sup>, Pietro Pierlingieri<sup>48</sup>, dentre outros, defendem a validade da contratação, conquanto gratuita a sua celebração, com o que não concorda Laura Dutra de Abreu<sup>49</sup>, para quem nada há de ilegal ou de imoral na contratação onerosa.

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.

Com efeito, segundo eles, a atribuição de caráter econômico ao contrato de gestação por outrem violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, já que o objeto da contratação está atrelada à personalidade dos contratantes e da própria criança, e, por conta disso, não admite contraprestação, representativa de uma mercantilização destas

---

<sup>41</sup> Sergio Ferraz. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 412.

<sup>42</sup> Ob. cit, p. 314.

<sup>43</sup> Mães Substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 0, out-nov 2007, p. 41.

<sup>44</sup> A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.), *O Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

<sup>45</sup> Validade Jurídica do Contrato de Gestação de substituição. In: *Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v. 11, n. 23, jan-jul 2006, p. 475-476.

<sup>46</sup> *Direito de Família*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336-337.

<sup>47</sup> Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro. In: <http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>, capturado em 10 de outubro de 2009.

<sup>48</sup> Op. cit. p. 176.

<sup>49</sup> Laura Dutra de Abreu, Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no Direito Português e Brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Magister, v. 11, ago/set 2009, p. 102-104.

personalidades. A gestante e principalmente a criança estariam reduzidas a condição de objeto<sup>50</sup>:

A gestação e a entrega do filho, a troco de dinheiro, afecta a dignidade da mulher que venda a sua capacidade reprodutora; e a dignidade do filho que é avaliado em dinheiro e trocado por uma certa quantia.<sup>51</sup>

Nesta linha de protecção a dignidade e de vedação a coisificação do ser humano, a onerosidade da gestação por outrem encontraria intransponível obstáculo no § 4º, do artigo 199, da Constituição Federal<sup>52</sup> que expressamente proíbe a comercialização de tecidos ou substâncias humanas.<sup>53</sup>

Adverte-se que a gratuidade do contrato não resta afastada pelo pagamento, pelos titulares do projeto parental, de despesas naturais decorrentes da gestação, a exemplo das despesas hospitalares, exames médicos, medicamentos, gêneros alimentícios, vestuário apropriado à gestante. Trata-se de cumprimento de um dever natural e legal dos titulares do projeto parental, ou seja, dos pais, podendo ser exigido judicialmente, com fundamento na Lei 11.804/98, os intitulados alimentos gravídicos ou gestacionais.<sup>54</sup>

Argumenta-se também que o pagamento exerce influência decisiva no consentimento da gestante que, no mais das vezes não externaria a vontade interna de forma livre, espontânea e absolutamente consciente, como exigem os atos existenciais,

---

<sup>50</sup> Ana Carolina Brochado Teixeira, ob. cit., p. 314; Janaína de Lima Veiga, ob. cit., p. 476-477; Francisco Vieira Lima Neto, A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140.

<sup>51</sup> Guilherme Freire Falcão de Oliveira. *Mãe há só ~~uma~~ (duas)! O contrato de gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45.

<sup>52</sup> CF/88, art. 227, § 4º. 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 comércio.”

<sup>53</sup> Christine Keler de Lima Mendes, ob. cit., p. 42.

<sup>54</sup> Embora curiosa a situação, é perfeitamente legítima a pretensão de alimentos gestacionais deduzida pela gestante em face do casal ou da mulher titular do projeto parental. O indício de paternidade exigido pelo artigo 3º da Lei 11.804 estará satisfeito com a simples apresentação do contrato de gestação por outrem.

mas o faria de modo viciado, premida pela necessidade, antevendo na gestação por outrem um instrumento para minimizar uma vida de dificuldades.<sup>55</sup>

Eduardo Vera Ramirez apresenta o argumento:

Segun los críticos de la surrogación, la surrogada entra a dicho contrato por no tener alternativa. La necesidad económica, sumada a la carencia de educación mercadeable hacen de su decisión una involuntaria. Esta decisión involuntaria entraña a su vez riesgos que, por la posición comprometida en que está la contratante, ella no puede sopesar. La suma de los elementos de riesgo y de involuntariedad de la decisión de asumirlo, unido al beneficio que deriva un tercero, hacen del contrato uno explotativo y coercitivo.<sup>56</sup>

Em reforço ao argumento, Veja<sup>57</sup> noticiou que, na Índia, as mulheres geradoras chegam a receber até oito mil dólares norte-americanos como contraprestação da gestação e dos deveres anexos de conduta assumidos contratualmente, o que, naquele país, representa cifra muito expressiva. Ao encontro da alegação, estatística realizada em Porto Rico no distante ano de 1988 concluiu que 64% das mulheres contratantes auferiam rendimentos anuais superiores \$ 50.000,00; 37% delas tinham diploma universitário e 54% segundo grau ao passo que 66% das mães portadoras tinham renda inferior a \$ 30.000 anuais; 35% delas eram universitárias e apenas 4% tinham segundo grau.<sup>58</sup>

A carência de informação associada à necessidade financeira viciaria, assim, o consentimento, tornando sem o efeito o negócio encetado.

Outro argumento utilizado na defesa da gratuidade destes contratos atrelado a preservação da dignidade da pessoa humana diz respeito às supostas conseqüências psicológicas para a criança que, ciente de que seus pais pagaram pela sua gestação,

---

<sup>55</sup> Guilherme Freire Falcão de Oliveira. *Mãe há só ~~uma~~ (duas)! O contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 29.

<sup>56</sup> Eduardo Vera Ramirez. El contrato de Maternidad Surrogada: argumentos a favor y em contra de concederle eficacia jurídica. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico: número especial el derecho y la mujer*, p. 516-517.

<sup>57</sup> Revista Veja, edição de 21 de outubro de 2009, p. 118.

<sup>58</sup> Eduardo Vera Ramirez, idem.



nutrirá sentimentos de rejeição e baixa estima, notadamente se existirem irmãos havidos pela via natural.<sup>59</sup>

Em sentido diametralmente oposto, a corrente defensora da onerosidade afirma que não há afronta alguma da dignidade da gestante ou da criança, observando que não se trata de venda ou de mercantilização de crianças, mas apenas da capacidade reprodutiva.<sup>60</sup> A validade ou invalidade do contrato estaria, assim, condicionada a demonstração de que esta exploração seria danosa ou prejudicial à saúde da gestante.<sup>61</sup>

Contra o argumento de que o consentimento da gestante restaria viciado pelo pagamento, já que manifestado por mulheres menos favorecidas, premidas pela necessidade, os defensores da onerosidade ponderam que não pode ser tido como uma regra absoluta e geral, afinal o consentimento emitido por mulheres maiores, capazes, conscientes de seus atos e respectivas conseqüenciais, traduzindo expressão legítima de autodeterminação.<sup>62</sup> Ademais, a alegação de instrumentalização da mulher ignora solenemente que muitas mulheres aceitam a condição de geradoras movidas por interesses que não exclusivamente patrimoniais, como noticia a minuciosa pesquisa de Eduardo Oliveira Leite.<sup>63</sup> Por fim, sustentam que a exploração econômica de mulheres débeis economicamente diz respeito a um problema social; e não jurídico.

Prosseguindo na defesa da onerosidade, afirmam que dignidade da criança também não é violada já que, ao nascer, terá assegurado um lar, no seio de uma família que a ama, que a respeita, e que lhe proporcionará condições emocionais e socioeconômicas para o pleno desenvolvimento de sua personalidade; tradução da proteção integral e da tutela da personalidade. Instrumentalização existiria se os pretensos pais tivessem propósitos eugênicos ou condicionassem o ato de futura

---

<sup>59</sup> Guilherme Freire Falcão de Oliveira, ob. cit., p. 33; Laura Dutra de Abreu, *A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, p. 95.

<sup>60</sup> Pascoale Femea, *Interessi e Confitti Culturali*, p. 560, nota 877, apud Rose Melo Vencelau Meireles. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 209.

<sup>61</sup> Laura Dutra de Abreu. *Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no Direito Português e Brasileiro*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago/set 2009, p. 103.

<sup>62</sup> Laura Dutra de Abreu, idem.

<sup>63</sup> *Procriações Artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1995, p. 406-408.

perfilhação ao nascimento da criança em perfeitas condições físicas e mentais, o que não é o caso.<sup>64</sup>

Quanto às supostas conseqüências psicológicas para a criança, representadas por sentimentos de rejeição e de baixa estima provocadas pela descoberta da verdade, não passa de hipótese, sem fundamento científico. Em tempos atuais, nada indica que a onerosidade do contrato gestacional não venha a ser recebida como mais uma demonstração do desejo fervoroso de ter um filho.

Um derradeiro argumento favorável a tese da onerosidade seria a preservação da boa-fé e da proibição ao *venire contra factum proprium*. Sob estas duas premissas, a nulidade do contrato de gestação onerosa implicará, em eventual conflito sobre a maternidade, em uma tutela maior à mulher geradora que foi recompensada financeiramente, deixando ao desamparo àquela outra que agiu com propósito eminentemente altruísta, em verdadeiro desprestígio a boa-fé.

O raciocínio é simples. Para os defensores da gratuidade da gestação por outrem, a contraprestação financeira nulifica a contratação. Instalado um conflito positivo de maternidade, bastaria à mulher geradora demonstrar o caráter oneroso da contratação para viciá-la e, conseqüentemente, suprimir-lhe os efeitos, assegurando, pela via torpe, a permanência com a criança. Ao revés, a geradora que aceitou a contratação por altruísmo, que nada recebeu em contraprestação, estará adstrita a observar os termos do contrato, sem direito ao arrependimento, já que válida e eficaz a contratação. Sob essa perspectiva do direito ao arrependimento, a contratação onerosa seria infinitamente mais vantajosa para a geradora a contratação gratuita, o que não faz o menor sentido jurídico.

Semelhante postura fere a ética, viola a boa-fé, inverte completamente os valores, quebra o próprio sistema, indo de encontro ao razoável, razão pela qual não restaria alternativa senão emprestar juridicidade a contratação onerosa até como mecanismo de inibição de posturas contraditórias e, principalmente, fraudes.<sup>65</sup>

Constata-se, a partir do que foi exposto, que a cada argumento lançado em favor da tese da gratuidade da gestação por outrem existe um contra-argumento em favor da

---

<sup>64</sup> Laura Dutra de Abreu. *A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, p. 89.

<sup>65</sup> Em contato informal, professor de bioética de respeitada universidade paulista, pesquisador do assunto, confidenciou que inúmeras clínicas de São Paulo têm simulado contratos de gestação gratuita que, na realidade, encobrem pactos onerosos, com deveres anexos de conduta, com remuneração mensal até o final da amamentação. Existe até preço médio mensal para a gestação: R\$ 3.000,00.

contratação onerosa, tornando tormentosa a missão do julgador ante o caso concreto, notadamente pela relevância das ponderações feitas de parte a parte.

Ante os argumentos e contra-argumentos, todos válidos, temos que a gratuidade da gestação por outrem ecoa mais harmonicamente a natureza dos atos existenciais. Como tal, sua prática está associada ao desenvolvimento da personalidade dos envolvidos, seja dos titulares do projeto parental, seja da mulher geradora que, no ato generoso de *dar* filhos a quem não pode tê-los, também desenvolve a própria personalidade, afinal, o gesto desinteressado de ajudar o próximo aviva a alma, eleva o espírito, conforta, traz felicidade, dignifica.

Neste contexto, o altruísmo e a solidariedade ecoam com a diretriz solidarista e dignificante traçada pela Constituição Federal, cujo sistema rejeita a concepção da utilização do corpo como recurso para a instrumentalização do próprio ser humano.

Não se está com isso a sustentar que os contra-argumentos lançados à tese da violação a dignidade da criança e da geradora não sejam válidos. É que, em nosso sentir, eles analisam a questão de forma parcial, focalizando apenas o momento da contratação, esquecendo que destes contratos emanam uma série de deveres recíprocos e, destes deveres, e do inadimplemento deles, é que emergirá a instrumentalização dos envolvidos. Explica-se!

Na sua imensa maioria, os atos bilaterais de conteúdo patrimonial são correspectivos, ou seja, a prestação de um dos contratantes está intimamente ligada à contraprestação da outra. O inadimplemento total ou parcial da obrigação por parte de um dos contratantes abre um leque de possibilidades jurídicas para a outra parte contratante, que poderá recusar a sua contraprestação até o inadimplemento do outro e até mesmo considerar resolvido o contrato.

Essa lógica da correspectividade dos contratos patrimoniais é inteiramente estranha aos contratos existenciais, como é o caso da gestação por outrem. Se a onerosidade em si do contrato não é suficiente para instrumentalizar a criança, como querem os defensores da onerosidade, é inegável que a mulher geradora e a criança serão sim instrumentalizadas em caso de desacordo entre os contratantes, notadamente

quando estivermos diante de descordo quanto a pagamento dos valores ajustados ou na hipótese de violação aos deveres de conduta impostos contratualmente à geradora.<sup>66</sup>

Em hipóteses tais, não seria inimaginável, por mais absurdo e insensato que pareça, a geradora se recusar a entregar a criança alegando não ter recebido todo o preço (*exceptio non adimpleti contractus*) ou a rediscução de valores ao argumento de que a geradora descumpre as cláusulas de estilo de vida, ou ainda, o direito a resolução contratual pelo inadimplemento contratual bilateral. Todas as questões, atreladas ao pagamento, tornam inequívoco a potencial instrumentalização dos envolvidos<sup>67</sup>, tornando nulo o contrato.

Disso não resulta que a mulher geradora poderá se beneficiar do *venire contra factum proprium* para defender o direito de permanecer com a criança sonhada, idealizada, desejada pelos titulares do projeto parental. Como dito acima, o Direito não compadece com a má-fé e com a deslealdade em circunstância alguma.

A solução está no sistema, precisamente na aplicação do princípio constitucional a proteção integral da criança. De sorte que, válido ou não o contrato de gestação, gratuito ou oneroso, são os interesses da criança que deverão pautar a decisão do julgador na atribuição da parentalidade, como observa Pietro Pierlingieri<sup>68</sup>:

“uma coisa é o discurso sobre o *an* da inseminação, outra, é aquele sobre as suas conseqüências. Mesmo se o *an* não fosse conforme ao ordenamento, as conseqüências deveriam ser previstas de todo o jeito, de maneira a não prejudicar o nascido”

---

<sup>66</sup> Aliás, é mesmo de indagar, como impor deveres de conduta à mulher geradora se nem mesmo o marido pode obrigar a esposa a observar estes deveres?

<sup>67</sup> Rose Melo Vencelau Meireles. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209-210: “O ordenamento jurídico brasileiro tem contornos personalistas e solidaristas, uma vez que dentre seus princípios fundamentais tem-se a dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da Constituição Federal e a solidariedade social, no art. 3º, I, também da Constituição Federal. Disto resulta que o ordenamento jurídico refuta a concepção do corpo com um recurso coletivo ou individual, qualificando-o como atributo da personalidade. E sendo atributo da personalidade, o corpo é valor, não bem suscetível de apropriação econômica. Desse modo, o que dota de merecimento de tutela a disposição do próprio corpo é a intenção altruísta, de caridade, de solidariedade, se não for para o desenvolvimento da própria personalidade. A gratuidade do ato, de fato, é fundamental nas situações existenciais porque elas são completamente alheias a lógica do mercado e, portanto, absolutamente incompatíveis com o esquema da bilateralidade e correspectividade.” (...) “subordinar a disposição existencial a contraprestação submete a autonomia privada nas situações existenciais a uma lógica de mercado, de troca, de equivalência, o que é vedado”.

<sup>68</sup> *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 177.

Sob esse prisma, e mesmo padecendo de vício, o contrato oneroso produzirá efeitos em nome dos superiores interesses da própria criança que, pela regras ordinárias da experiência, estarão preservados se lhe for assegurada, *imediatamente após o nascimento*, o direito de receber o amor daqueles que sonharam, idealizaram, desejaram veementemente a sua vinda antes mesmo da concepção, quando ainda era apenas projeto parental. Desse forma estará materializado o princípio da proteção integral da criança e da convivência familiar tutelados constitucionalmente.

## 6. Conclusão

A reprodução, atrelada a um projeto parental, é um direito subjetivo. A forma como cada um exerce esse direito constitui exercício da autodeterminação, exteriorização da personalidade. Entretanto, Direito algum é absoluto. Assim também o planejamento familiar e, por conseguinte, o direito de reprodução. O contrato gestacional, enquanto ato de realização da personalidade dos titulares do projeto parental, é válido e eficaz, se celebrado por pessoas capazes que demonstrem legítimo interesse. Se oneroso, encontrará seus limites na dignidade dos envolvidos, com olhos especiais para a dignidade da criança, observando que que, na ponderação de interesses de idêntica grandeza, os da criança desfruta de primazia.

Esse superior interesse da criança estará protegido, via de regra, se assegurarmos a perfilhação aos titulares do projeto parental.

## Bibliografia

ABREU, Laura Dutra de. *A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro*. Dissertação de Mestrado, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, 145 p.

\_\_\_\_\_. Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no Direito Português e Brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ag/set. 2009, p. 93-104.

ASCENSÃO, José Oliveira. A Lei n. 32/06, sobre a procriação medicamente assistida, in: <http://www.apdi.pt/apdi/doutrina/lei%2032-06%20pma.pdf>, capturado em 19 de março de 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro. In: <http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>, capturado em 10 de outubro de 2009.

COULANGES, Fustel de. *Cidade Antiga*. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.

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

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 15 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Síntese, v. 17, ab/maio 2003, p. 7-35.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

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

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-149.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MACENA DE LIMA, Taísa Maria. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 13, abr-maio-junh 2002, p. 143-161.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães Substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 0, out-nov 2007, p. 34-56.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só ~~uma~~ (duas)! O contrato de gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3 ed., São Paulo: Renovar, 1997.

RAMIREZ, Eduardo Vera. El contrato de Maternidad Surrogada: argumentos a favor y em contra de concederle eficácia jurídica. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico: número especial el derecho y la mujer*. Porto Rico, v. 63:3:515, 1994, 515-529.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da Vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana

Carolina Brochado e LEITE, Gustavo Pereira (coords.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Melhoramentos, 2008.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a proibição de *venire contra factum proprium* – inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro. In: FARIAS, Cristiano Chaves (coord.), *Leituras Complementares de Direito Civil – o direito civil-constitucional em concreto*. 2 ed., Salvador: Editora Podivm, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito Positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: Carlos Maria Romeo Casabona e Jeuliane Fernandes Queiroz (coords.). *Biotecnologia e suas implicações técnico-jurídicas*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 309-322.

VEIGA, Janaina de Lima. Validade Jurídica do Contrato de Gestação de substituição. *Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v. 11, n. 23, jan-jul 2006, p. 451-485.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.