

# REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO\*

*Heloísa Helena Barboza\**

Encontra-se sob exame da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o Projeto de Lei do Senado nº 90<sup>1</sup>, de 1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que dispõe sobre a **Procriação Medicamente Assistida**, o qual, após emendas, originou substitutivo que recebeu voto favorável do relator, Senador Roberto Requião, seguindo sua tramitação naquela Casa Legislativa.

Embora não seja o primeiro projeto sobre a matéria, a proposta chama a atenção por enfrentar a maior parte dos problemas afetos à reprodução assistida, adotando posição razoável sobre aspectos tormentosos e que tem o mérito da preocupação ética.

Observa com propriedade o relator que, mesmo não se tratando de matéria prioritária para a saúde pública, indispensável sua regulamentação em virtude dos inúmeros conflitos éticos e jurídicos que suscita. O crescente em-

---

\*Palestra proferida em 15.09.00 no Congresso Jurídico – Brasil 500 anos.

\*Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

<sup>1</sup>O projeto e o parecer referido se encontram, na íntegra, no *site*:  
<http://www.senado.gov.br/web/senador/requião/Pare9099.htm>.

prego das técnicas de reprodução assistida, nos centros urbanos de maior importância e a inversão da curva demográfica no país, que revela declínio na fertilidade, por si só constituem fatores que exigem imediata disciplina desses “tratamentos” que tão graves implicações acarretam para a Ética e para o Direito.

O projeto reacende questões jurídicas, variadas e intrincadas, que se fazem fortes para o Direito Civil que vê atingidos, a um só tempo, diversos de seus institutos, da teoria geral às sucessões. Mais uma vez, convocam-se os operadores do Direito à reflexão sobre todas essas questões.

Dentre as diferentes técnicas, sem dúvida, as que maiores questionamentos apresentam são as que contam com a participação de terceiro para se obter a reprodução, ou seja, os casos em que há doação de gametas e/ou mãe gestacional que geram problemas por vezes em áreas semelhantes. Lembre-se haver maior incidência da presença de doador e de mãe substituta nas fertilizações *in vitro*. Assim, em ambos os casos há profundas indagações no que respeita ao estabelecimento do vínculo de filiação, na medida em que as normas vigentes estão longe de apresentar qualquer solução. Os exames de DNA, aptos a determinar a paternidade e maternidade biológicas, não resolvem o problema quando há doador ou mãe substituta. Do mesmo modo, multiplicam-se as questões sucessórias nas duas hipóteses.

Contudo, no que respeita à responsabilidade civil<sup>2</sup>, a gestação de substituição parece provocar maior número de indagações. O mencionado projeto não cuida do assunto, dedicando escassos dispositivos à mãe substituta.

---

<sup>2</sup>Sobre responsabilidade civil na reprodução humana assistida ver: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. Papa dos. **Responsabilidade Civil do médico na inseminação artificial. Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar.** Coordenação de Carlos Alberto Bittar. São Paulo. Saraiva., 1991. pp 33-57. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995. pp. 237-256.

Atribui o projeto a denominação de *genitora substituta*<sup>3</sup> à mulher que tenha *autorizado* sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os beneficiários, designação dada aos cônjuges ou ao casal em união estável.

Ao disciplinar o consentimento livre e esclarecido, como o ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Procriação Medicamente Assistida e manifestam seu consentimento para a sua realização, não se incluiu a genitora substituta o que parece de todo indispensável. A menção à simples *autorização* da mulher, acima assinalada, não parece suficiente em face das conseqüências que advêm de tal ato para a mesma, de acordo com o projeto: não existência de qualquer vínculo com a criança assim gestada, principalmente de maternidade (art. 19), e eventuais riscos para sua saúde (observe-se tal preocupação no art. 2º, I), além da responsabilidade ou não quanto às despesas com a gravidez, parto e tratamentos que se façam por acaso necessários.

Interessam, no momento, em particular, esses quatro últimos aspectos, não obstante algumas considerações assumam caráter preliminar, notadamente no que respeita ao consentimento informado da genitora substituta.

Observe-se que o consentimento “livre e esclarecido” é obrigatório para “ambos os beneficiários”, para “o doador e seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável” e “dos envolvidos” (art. 4º e § 1º, art. 5º), contendo, necessariamente, esclarecimentos quanto: *a*) à possibilidade e probabilidade de incidência de danos ou efeitos indesejados

---

<sup>3</sup>Projeto: “Art. 1º – *Parágrafo único*. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de: I – ...; II – gestação de substituição ao caso que uma mulher, denominada genitora substituta, tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os beneficiários, observadas as limitações do art. 3º desta Lei; ...”

para as “mulheres” (inciso IV); e *b*) as implicações jurídicas decorrentes da utilização da prática (inciso V). De realce que a vontade da “mulher receptora” deverá ser respeitada quando da transferência de embriões, a cada ciclo reprodutivo (art. 14).

Evidencia-se que, em interpretação “extensiva”, podem se aplicar tais dispositivos à mãe substituta, incluindo-a entre as “mulheres” ou entre os “envolvidos” na técnica, acima mencionados, estendendo-lhe as “implicações jurídicas” decorrentes da procriação medicamente assistida. Todavia, pelas graves conseqüências que podem lhe advir, merecia, à semelhança dos doadores de gametas, tratamento explícito, na medida em participa física e psiquicamente, de modo intenso, do processo.

Do mesmo modo, pode-se incluir a genitora substituta na classe dos “doadores”. Contudo, a rigor não há doação, mas “cessão gratuita” ou “comodato” de útero; já que está sendo utilizada, naturalmente na falta de outra, terminologia própria das relações obrigacionais, melhor seria adotar-se a denominação adequada, prevenindo futuras dúvidas na aplicação da lei. Registre-se que na Seção *Das Doações* (art. 8º-17) não se alude, em momento algum, à doação de útero.

Considere-se, ainda, que, segundo o projeto, na linha já firmada pelo Conselho Federal de Medicina<sup>4</sup>, a gestação de substituição fica permitida, sob forma não remunerada, desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta, vale dizer, que a mãe gestacional deverá ser a avó ou a tia (poderá ser relativamente incapaz? Não há exigência expressa quanto à plena capacidade...) da criança assim gerada. Não parece razoável, em lei de cuida de relações de tal complexidade, sejam preteridos os aspectos psicológicos envolvidos, devendo ser ouvidos os espertos da área. Notórios são os efeitos psicológicos da gravidez para

---

<sup>4</sup>Resolução 1.358/92, VII, 1.

qualquer mulher, além de serem questionáveis as futuras reações da criança.

Por oportuno, observe-se que, se é louvável a vedação da denominada “barriga de aluguel” (art. 3º, parágrafo único), implicando sua prática em crime (art. 32), criticável é a não exigência do consentimento informado da genitora substituta, na medida em que a prática das técnicas sem o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores constitui igualmente crime (art. 25).

A gestação de substituição estabelece, necessariamente, relações jurídicas entre: **a)** o casal (casado ou em união estável) e o médico/clínica responsável pela realização da técnica; **b)** o casal e a genitora substituta; **c)** a genitora substituta e o médico; e **d)** todos os envolvidos e a criança gerada que vier a nascer.

Haverá uma única relação, com pluralidade de sujeitos nos diferentes e recíprocos pólos, ou vários e distintos vínculos? Qual a natureza dessas relações, contratuais ou extracontratuais, ou ambas? A relação com o médico, do casal e da mãe gestacional, pode ser compreendida dentre as relações de consumo? Em que medida a *autorização* da mulher, antes referida, ou mesmo o seu consentimento informado, inibe a responsabilidade dos demais partícipes? A resposta a tais indagações é indispensável para a atribuição de responsabilidade e reparação dos eventuais danos.

Tradicionalmente a responsabilidade civil tem recebido tratamento bipartido: há a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, também denominada delitual, e a contratual. A crescente e múltipla atividade humana, aliada ao espantoso crescimento tecnológico, ampliou o espectro de “danos” de tal sorte que não os comportam mais os conceitos consagrados. A propagação dos efeitos de determinados eventos no espaço-tempo, muitas vezes não mensurável, bem como a dificuldade de se estabelecer, em alguns casos, o nexo de causalidade, estão a demonstrar a insuficiência dos contornos até

então conhecidos. Assim também, os limites entre a responsabilidade contratual e extracontratual vão perdendo, a cada dia, a nitidez. Bom exemplo de tais hipóteses é os denominados “danos ambientais”.

Não é sem razão que *Cavaliere Filho* afirma que “avulta cada vez mais a teoria que sustenta a unificação das responsabilidades delitual e contratual”, na medida em que a responsabilidade é sempre e necessariamente delitual, visto haver identidade de princípios para ambas modalidades, sendo o ilícito civil a transgressão de um dever jurídico<sup>5</sup>. Acrescenta o citado autor que a culpa importa sempre a violação desse dever por falta de cautela, havendo erro de comportamento, conduta mal-dirigida a um fim lícito.

Com maior amplitude, *Tepedino*<sup>6</sup> destaca a “crise” com que nos deparamos ao constatar a tendência indiscutível de fragmentação dos conceitos jurídicos, construídos nos primeiros cinquenta anos deste século no bojo de teoria gerais (dos negócios jurídicos, dos contratos, das obrigações), atingindo esse estilhaçamento, sucessivamente, a propriedade, as relações familiares, os negócios jurídicos e a responsabilidade civil.

Esses mesmos “fenômenos” podemos constatar no campo dos fatos da biomedicina, onde se constata, a cada momento, a insuficiência dos conceitos tradicionais. É o que ora se verifica no caso em análise. Há a utilização do corpo da mãe substituta: será razoável admitir-se uma relação contratual, ainda que a título gratuito? Se esta, na verdade, não precisa de qualquer tratamento, atendendo o interesse dos beneficiários, em que nível e a que título esses respondem? Não se trata apenas das despesas com a efetivação da técnica de

---

<sup>5</sup>CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999, 2ª ed, 3ª tiragem. p. 196.

<sup>6</sup>TEPEDINO, Gustavo. **As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999. pp. 199-215.

reprodução, mas principalmente das conseqüências danosas que daí podem resultar: seqüelas físicas, compreendendo desde o comprometimento da saúde até o da estética; suspensão de atividades laborativas etc.

Sob ângulo oposto, qual a responsabilidade da mãe substituta perante os beneficiários e a criança, caso não observe as prescrições médicas ou mesmo adote conduta prejudicial, como os excessos físicos, má alimentação, drogas etc? Ainda que todas as cautelas sejam tomadas, terá ela algum tipo de responsabilidade por eventuais doenças genéticas que venha a transmitir à criança?

A natureza dos fins colimados e a existência de parentesco entre os beneficiários, não bastasse o impedimento de qualquer remuneração, a primeira vista, rejeita a idéia contratual, à semelhança de uma relação patrimonial. Contudo, deve-se recordar que a própria filiação admite seu estabelecimento mediante escritura, caso da adoção dos maiores de dezoito anos, na forma prevista pelo Código Civil. Portanto, não há novidade em se formalizar, mediante instrumento próprio, relação não patrimonial. Com maior razão pode-se aceitá-lo para estabelecer as relações em causa, às quais são inerentes compromissos de natureza patrimonial, no que respeita à responsabilidade por despesas e cobertura de danos eventuais.

No tocante às relações com os profissionais que executam as técnicas de reprodução, considerando a proliferação das denominadas “clínicas de fertilidade” que se utilizam, inclusive, dos veículos de comunicação para oferta de seus serviços ao público, razoável se entenda ter a matéria migrada da Lei Civil para o Código de Defesa do Consumidor, submetendo-se, portanto, às normas de consumo e aos princípios que lhe são próprios. Mas até que ponto, dada a peculiaridade da relação?

Não é só. Admitida que seja a existência de um vínculo obrigacional entre os beneficiários, a genitora substituta e o

médico (ou clínica), qual o tipo de obrigação que se constitui: de meio ou de resultado? Se a indagação é difícil com relação aos beneficiários, muito mais tormentosa se torna em face da genitora substituta.

Mais do que nunca se constata a procedência da afirmativa de *Tepedino*, ao discorrer sobre as relações de consumo e a nova teoria contratual, segundo o qual, no momento em que se rompe com o caráter absoluto dos institutos jurídicos, obrigatório se torna considerar sempre em mutação nossas categorias e teorias, todas historicamente condicionadas<sup>7</sup>.

Essas são algumas das reflexões que a gestação de substituição apresenta no que respeita à responsabilidade civil. O encaminhamento das possíveis soluções há de passar pela definição da natureza das relações geradas e seu enquadramento no nosso ordenamento, sem se perder, por um só momento, a atenção aos princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança.

---

<sup>7</sup>TEPEDINO, Gustavo. *ob. cit.* p. 200.