



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA GESTAÇÃO-SUBROGADA: LIMITES E
CONFLITOS NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DE
ÚTERO

Fernanda de Carli da Silva Tomé

Rio de Janeiro
2019

FERNANDA DE CARLI DA SILVA TOMÉ

ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA GESTAÇÃO-SUBROGADA: LIMITES E
CONFLITOS NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DE
ÚTERO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA GESTAÇÃO-SUBROGADA: LIMITES E CONFLITOS NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

Fernanda de Carli da Silva Tomé

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O trabalho em voga visa analisar o instituto da gestação sub-rogada, também denominada de cessão temporária de útero ou comumente conhecida como barriga de aluguel, sob o prisma de três principais pontos de discussão, sendo eles: a ausência de uma regulamentação legal no ordenamento brasileiro que permita haver segurança jurídica sobre o tema; diante da parca regulamentação, a possibilidade ou não de se admitir um contrato de cessão temporária de útero, tendo em vista parte da doutrina entender que o seu objeto seria inconstitucional; e, por fim, as consequências advindas de sua realização, buscando-se determinar qual das partes envolvidas possui direitos sobre o feto. Para tanto, se analisam experiências estrangeiras e a dicotomia legislativa no Brasil, na busca por se concluir que a aceitação de um contrato regulamentando o instituto viabilizaria segurança e proteção a todos os envolvidos, assim como manteria o Direito no mesmo passo da medicina. No mais, que os problemas práticos advindos do negócio jurídico realizado poderiam ser resolvidos casuisticamente na dinâmica contratual ou na lei.

Palavras-Chave – Direito de Família. Maternidade. Gestação-Subrogada. Cessão temporária de útero. Contrato.

Sumário – Introdução. 1. Regulamentação da gestação-subrogada no Direito Brasileiro e a Resolução CFM N° 2168 de 21/09/2017. 2. Limites constitucionais para a realização de contratos envolvendo cessão temporária de útero. 3. Conflito de maternidade no uso de material genético de terceiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo a ser desenvolvido, pautado na pesquisa aprofundada da jurisprudência e, sobretudo, na doutrina brasileira, objetiva entender o instituto da cessão temporária de útero, a sua conformidade com o ordenamento jurídico e as possibilidades de solução de conflitos oriundos de uma prática pouco difundida no Brasil.

Os mecanismos de reprodução medicamente assistida são voltados a possibilitar que indivíduos com problemas biológicos para gerar filhos, ou que não o queiram fazer da maneira tradicional, consigam auferir resultados por intermédio da utilização de intervenções médicas ou de material genético de terceiros.

Dentre os métodos mais difundidos pela medicina mundial se encontra a cessão temporária de útero, comumente denominada de “barriga de aluguel. Em termos simplificados, consiste uso de interposta pessoa para carregar a gestação. No Brasil, tal modalidade somente é admitida na forma gratuita e com alto grau de parentesco. Entretanto, essa disciplina está ausente em instrumentos legislativos próprios, o que, em regra, inviabiliza a disposição contratual sobre a matéria e esvazia a possibilidade de autonomia privada das partes, dificultando, assim, a própria difusão dessa forma de reprodução assistida.

A cessão temporária de útero é amplamente propagada em diversos países ao redor do mundo. No território nacional, todavia, não existe uma forte regulamentação jurídica acerca do instituto, que permanece sendo regido, tão somente, por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial pela Resolução CFM Nº 2168/2017.

Neste contexto, o primeiro capítulo desta pesquisa visa analisar o vácuo legislativo deixado pela ausência de leis específicas. Busca-se perceber como um texto sem força legal figura-se incapaz de resolver juridicamente os conflitos advindos de um mecanismo de reprodução ainda incipiente no Brasil, deixando um ambiente de insegurança jurídica para as partes que não encontram uma fonte confiável de solução de conflagrações.

Por sua vez, o segundo capítulo da pesquisa se desdobra sobre a mais forte controvérsia do tema: a legalidade e os limites civis-constitucionais na confecção de um contrato dispendo acerca do corpo e da vida. A Constituição Federal de 1988 veda, em razão da dignidade da pessoa humana, a disposição do próprio corpo, corroborado pelo art. 13 do Código Civil Brasileiro. Assim sendo, articula-se a exequibilidade negocial da cessão temporária de útero, tendo como conteúdo o corpo da gestante e a posterior vida extrauterina, objetos, em regra, vedados pelo Direito em matéria contratual.

Transpassada essa temática, o terceiro capítulo da pesquisa perquire as soluções que podem ser empregadas nas disputas jurídicas entre as partes envolvidas na utilização de material genético de terceiros ou da gestante que cede o útero para utilização pelas partes contratantes, o que, por muitas vezes, acende discussões no que tange aos direitos sobre o nascituro.

Deste modo, o método a ser empregado para o desenvolvimento do trabalho será o método hipotético-dedutivo, em que se busca reunir argumentações hipotéticas, viabilizadoras de uma análise jurídica pormenorizada, em busca de se comprovar ou rejeitar tais hipóteses com base em uma exploração argumentativa.

Nesse aspecto, a abordagem a ser adotada será a qualitativa, uma vez que embasada na bibliografia disciplinada concernente ao tópico do trabalho, de forma a ser analisada de

maneira exploratória para conclusão da pesquisa, nos âmbitos da legislação, doutrina e jurisprudência, permitindo sustentar a tese defendida.

1. REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO-SUBROGADA NO DIREITO BRASILEIRO E A RESOLUÇÃO CFM Nº 2168 DE 21/09/2017

O ordenamento jurídico brasileiro tem sua estrutura legal hierárquica pautada na pirâmide de Kelsen, em que, no topo, apresenta-se a Constituição Federal, fundamento de validade para todas as demais normas vigentes. Por sua vez, abaixo, encontram-se os Tratados e Convenções Internacionais e, posteriormente, as leis propriamente ditas.

Por sua vez, os atos regulamentares, como Portarias e Resoluções, figuram abaixo da lei formal, de modo que encontram sua validade, primeiramente, nos ditames legais e, em última análise, no próprio texto constitucional.

Diante desse cenário, para que se possa afirmar que uma determinada matéria encontra tratamento que confira, de fato, segurança jurídica, se afigura necessário, ao menos, a existência de uma lei em sentido formal sobre a temática, para que, eventuais conflitos advindos da sua aplicação prática, possam ser dirimidos pela aplicação desta, seja de maneira textual, seja no uso de critérios hermenêuticos de interpretação.

Contudo, a cessão temporária de útero, tema desta pesquisa, carece desse tratamento legislativo mínimo que possa lhe conferir segurança jurídica e possibilitar que os conflitos advindos dessa prática de reprodução assistida sejam solucionados em conformidade com o sistema legal. A ausência de legislação básica prejudica a incorporação do instituto em consonância com a dificuldade de implementação de outros métodos de reprodução medicamente assistida, conforme dispõem Medeiros e Verdi¹:

[...] a não existência de regulamentação das práticas a respeito de RHA permite que arbitrariedades pautadas em valores morais interfiram no processo de determinação do direito de acesso a essas técnicas, o que demanda que pessoas capacitadas a discutir o assunto se insiram na confecção de proposições legislativas.

Nesse contexto, a preocupação existente no ordenamento jurídico brasileiro com o uso de métodos conceptivos alternativos se limitou ao disposto na Lei nº 9.263/1996, no bojo de

¹ MEDEIROS, Luciana Soares de Medeiros; VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 2, out., 2010. p. 3132.

seu artigo 9º, dispondo que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos”².

Ao passo, o Código Civil brasileiro trouxe, em seu artigo 1.597³, tão somente, disposições de presunção de paternidade, não abordando, em nenhum dispositivo legal, as questões atinentes ao uso de meios de reprodução não tradicionais e, em possíveis surgimentos de conflito, as soluções jurídicas passíveis de presunção de maternidade.

Embora esse tratamento tenha origem na concepção de que a mulher geraria o filho – *mater semper certa est* –, não havendo discussões relevantes quanto à presunção genética de maternidade na reprodução tradicional, fato é que os mecanismos de reprodução assistida vêm se difundindo com o avanço da medicina, modificando presunções consolidadas.

No Brasil, os únicos instrumentos que regulam a cessão temporária de útero, comumente conhecida como "barriga de aluguel", são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, por mais precisas que possam ser na esforçada tentativa de suprimir eventuais lacunas, são incapazes de fundamentar legalmente as pretensões das partes envolvidas.

Cumpra esclarecer que o Conselho Federal de Medicina é um órgão de atribuições constitucionais na regulamentação e na busca de melhores soluções no âmbito da saúde, exercendo, assim, as funções normatizadora e fiscalizatória, mas, contudo, a despeito do seu engrandecimento com o passar dos anos, ainda se mantém circunscrito a assuntos médicos, vinculando, assim, a categoria profissional a qual se destina.

Em outras palavras, a cessão temporária de útero não é legalmente definida ou tratada no ordenamento jurídico pátrio e, toda sua regulamentação volta-se, em especial, à classe médica. Com isso, apresenta-se um vácuo legislativo perigoso que pode comprometer a difusão de uma prática de reprodução que possibilita mulheres com dificuldades de reprodução pelos métodos tradicionais consigam ter filhos.

Nesse aspecto, o texto que melhor trata dessa matéria é a Resolução CFM nº 2168/2017⁴ que dispõe, em linhas gerais, as condições mínimas para que a cessão temporária de útero possa ser praticada, estabelecendo critérios, tais como: admissibilidade diante de problemas de saúde reprodutiva, não permissão de remuneração e gestação realizada por pessoas com parentesco de até 4º grau com quem requeira a cessão do útero.

² BRASIL. *Lei nº 9.263* de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

³ BRASIL. *Código Civil*. Saraiva. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

⁴ BRASIL. *Resolução CFM nº 2168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 07 abr. 2019.

Embora sejam diretrizes gerais, a Resolução CFM nº 2168/2017⁵ não tem força de lei, surgindo inúmeras discussões acerca da sua aplicabilidade e vinculação à população de uma maneira geral. Soerguem, assim, discussões sobre a presunção de maternidade que não podem ser efetivamente respondidas tendo como base, tão somente, regramentos infralegais. Nesse sentido, Silvo de Salvo Venosa⁶ resumiu a problemática:

Essa matéria traz a baila à discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Imposta saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia.

Nesse sentido, o doutrinador introduz uma das maiores discussões oriundas da ausência de tratamento formal por lei: até que ponto uma resolução soluciona os conflitos existentes entre as partes envolvidas na cessão temporária de útero, permitindo, assim, que se discuta qual seria a efetiva presunção de maternidade, uma vez que, por não adentrar no tema, não se pode definir se seria possível as partes formularem um contrato, em seus ditames formais, para reger a matéria.

O que se tenta demonstrar neste momento, portanto, não é a forma como a matéria deva ser efetivamente tratada, mas como a ausência de qualquer regramento só traz prejuízos às partes envolvidas. Em conformidade, entende Perlingieri⁷ que "mesmo se não fosse conforme ao ordenamento, as consequências deveriam ser previstas de todo o jeito, de maneira a não prejudicar o nascido".

Portanto, o que se propõe para o legislador brasileiro é que seja conduzido o devido processo legislativo para a edição de uma norma completa e eficaz, não somente para a cessão temporária de útero, bem como para os demais métodos de reprodução medicamente assistidos, evitando, assim, não somente um retrocesso legislativo, mas social.

Nesse flanco, a também denominada gestação subrogada é um sopro de esperança para muitas pessoas que se veem limitadas na construção de uma família, seja com qual estrutura for, na medida que confere a possibilidade de ter filhos biológicos a pessoas que não o poderiam fazer sem a ajuda da medicina.

No entanto, o raso tratamento legal permite que inúmeras discussões floresçam: quais os limites da cessão temporária de útero, quem poderia efetivamente participar, quais materiais

⁵ Ibidem.

⁶ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. 5. ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2006, p. 273-274.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 67.

genéticos podem ser utilizados, como será feito o ajuste entre as partes, dentre outras tantas questões que somente um tratamento jurídico formal seria capaz de dirimir, ou de, ao menos, iniciar essa caminhada.

2. LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A REALIZAÇÃO DE CONTRATOS ENVOLVENDO CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

Em virtude da parca regulamentação exposta, a doutrina brasileira ascendeu à discussão acerca da viabilidade constitucional na realização de um contrato de cessão temporária de útero.

Nesse diapasão, a Constituição Federal assegura, no art. 226, §7^o, o livre planejamento familiar, a dizer, os indivíduos têm o direito de optar pela formação de uma família, a quantidade da prole, a sua forma de constituição, dentre outros aspectos envolvendo a formação de laços familiares. Esses direitos decorrem, diretamente, da proteção fundamental conferida pela Carta Maior, assegurando direitos como vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade e, sobretudo, dignidade da pessoa humana⁹.

Essa proteção faz surgir um questionamento quando se trata da cessão temporária de útero: por um lado, há o direito de um indivíduo à livre escolha de como projetar sua criação familiar, seja optando por gerir e parir uma criança, seja escolhendo que uma interposta pessoa o faça em seu proveito. De outro, a proteção ao corpo e à dignidade da mulher que carregará a gestação e as garantias mínimas que lhe precisam ser asseguradas.

O Código Civil¹⁰ estabelece os requisitos de validade dos contratos em seu art. 104. Para tanto, elenca, além de agente capaz e forma prescrita ou não defesa em lei, a necessidade de um objeto lícito, possível, determinado ou determinável. É justamente neste último requisito que reside a discussão acerca da viabilidade de um contrato de cessão temporária de útero: haveria licitude no objeto, vez que dispõe sobre tanto sobre o corpo de uma mulher e quanto sobre a vida de um feto?

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm >. Acesso em: 03 ago. 2019.

⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil assegura um rol extenso de direitos fundamentais em seu art. 5^o, tutelando, com primazia, dentre outros, o direito à liberdade dos indivíduos o que, aqui, pode-se entender como liberdade de contratar e de dispor, ainda que limitadamente, do corpo, em seu melhor interesse. É reputado como corolário constitucional, ainda, a dignidade da pessoa humana, previsto em seu art. 2^o, podendo ser invocada no contrato de cessão temporária de útero pelo indivíduo que deseja constituir família, como lhe sendo um direito inerente a própria consecução de sua dignidade e de suas liberdades fundamentais. *Ibidem*.

¹⁰ BRASIL. *op. cit.*, nota 3.

Em atenção a esse questionamento, alguns autores, como Marina Pérez Monge¹¹, descrevem o contrato de cessão temporária de útero como sendo:

[...] contrato oneroso ou gratuito, pelo qual uma mulher fornece unicamente a gestação, ou também seu óvulo, comprometendo-se a entregar o nascido aos contratantes (uma pessoa ou casal, casado ou não), que poderão aportar ou não seus gametas; nesse último caso, os gametas procederiam do doador (masculino e/ou feminino).

Com base neste conceito, a doutrina cinge-se entre aqueles que admitem a feição do contrato com base na liberdade das partes e no caráter temporário da cessão, não havendo ofensa à integridade física; os que, intermediariamente, admitem a contratação, desde que rejeitada a sua onerosidade e, por fim, aos que rechaçam por completo essa modalidade contratual, calcados na proibição constitucional de disposição do corpo.

Embora o ordenamento constitucional reconheça a necessidade de manutenção da liberdade contratual do indivíduo, nem todos os doutrinadores atribuem viabilidade ao contrato de cessão temporária de útero, conforme reputado. Em um primeiro plano, Maria Helena Diniz entende ser um contrato nulo, na medida em que tornaria a mulher mero organismo reprodutor, reduzindo-a à condição de objeto, além de representar verdadeira ofensa ao feto¹²:

Constitui ofensa à dignidade da mulher, por levar ao ‘meretrício do útero’, por degradar a mulher a mero organismo reprodutor e mercenário e por haver instrumentalização da mulher como organismo sexual, por ofender a dignidade e a integridade psíquica do nascido.

Sua posição é compartilhada, ainda, por autores como Maria Celeste Santos¹³ que somente vislumbram validade neste contrato se não houver disposição onerosa de seu objeto, de modo a representar verdadeira comercialização do corpo e do feto:

Não existe contrato na cessão de útero, pois se houvesse este seria nulo de pleno direito, já que não se pode comercializar pessoas com vistas ao recebimento de pecúnia. Na verdade, o que pode haver é um pacto de confiança que é depositado entre as partes, de que uma gestará e que ao final entregará a outra pessoa o fruto dessa gestação sem receber nada em troca, por puro altruísmo.

¹¹ PÉREZ MONGE, Marina. *La filiação derivada de técnicas de reprodução assistida*. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, p. 329.

¹² DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 505.

¹³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, et al. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

A despeito dos fortes posicionamentos mencionados, em uma análise pormenorizada, vislumbra-se ser mais aconselhável a adoção da corrente doutrinária supracitada¹⁴ que pugna pela plena viabilidade desta modalidade contratual, diante da possibilidade de se dispor licitamente do corpo, desde que respeitando a dignidade da pessoa humana e ao direito à integridade.

Segundo esse entendimento, especificamente quanto à disposição do corpo pela futura gestante, entende-se que o contrato se inseriria na esfera de liberdade e autonomia privada do indivíduo. Embora para alguns doutrinadores possa parecer pouco sustentável a ideia de se contratualizar a gestação¹⁵, fato é que garantia do direito fundamental à liberdade comporta a tomada de decisões sobre o que fazer e os limites que se possa impor ao corpo.

Embora a liberdade de contratar seja limitada pelo art. 421 do Código Civil¹⁶, esta não pode ser suprimida, sob pena de violação da própria dignidade humana, conforme elenca Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷, ao dispor que "sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada".

Nesta seara, o art. 13 do Código Civil¹⁸ limita a disposição do próprio corpo, mas elenca, como limitadores, a diminuição permanente de integridade física e os bons costumes. No entanto, um contrato de cessão temporária de útero não se correlaciona com nenhum destes elementos.

A gestação não implica em diminuição da integridade física, vez que se opera de forma temporária e transitória. De igual modo, não se pode invocar bons costumes quando o que se tem como base deste contrato é justamente o direito fundamental dos indivíduos a constituírem uma família.

Menciona-se, ainda, que, a despeito de corrente doutrinária citada¹⁹ que sustenta a inviabilidade deste contrato, autores como Sara Pótron²⁰ afirmam não somente a sua validade,

¹⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 257.

¹⁵ Conforme sustentou Maria Helena Diniz em sua obra *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 505.

¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 3.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁹ DINIZ, op. cit., p. 505.

²⁰ PÓTRON, Sara. *Contrato oneroso de cessão temporária uterina, por quê não?* Disponível em: <<https://saraproton.jusbrasil.com.br/artigos/563149231/contrato-oneroso-de-cessao-temporaria-uterina-por-quena-o>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

mas reputam, inclusive, mais segura a sua confecção no aspecto oneroso, ainda que, atualmente, com base na Resolução CFM Nº 2168/2017, esta modalidade seja proibida²¹ no Brasil.

Ainda para os doutrinadores que reputam o contrato válido, como Aline Mignon²², a cessão do útero em nada se assemelha à vedação de comercialização de órgãos no ordenamento jurídico, vez que a mulher, tão somente, disporia transitoriamente do seu útero para gestação de um feto e que, ao fim, em nada comprometeria, em regra, a sua integridade física. De forma ainda mais ampla, permitir-se-ia a remuneração como escolha dos indivíduos.

[...] não podemos comparar a utilização de uma parte do corpo com a doação de um órgão do corpo humano; a simples utilização do útero da mulher saudável não causa problemas, mas a doação de um rim de pessoa viva pode causar problemas no futuro, porque o rim que não foi retirado ficará sobrecarregado, e além do mais, retira-se um órgão de pessoa viva ou morta para salvar uma vida ou amenizar, acabar com o sofrimento de alguém. Já o aluguel do útero é para satisfazer o desejo de um casal, não é um motivo vital, relevante para a saúde de alguém, um casal pode muito bem não ter filhos como também para satisfazer este desejo pagar por isso, ou adotar.

Derradeiramente, importa entender que, independentemente da posição que se adote, não se pode permitir que a direito estagne enquanto a medicina e a sociedade avançam. Negar a proliferação dos métodos de reprodução assistida seria leviano. E, em decorrência disto, não permitir a regulamentação, por meio contratual, de uma situação que se torna cada vez mais presente na sociedade prejudicaria, em última análise, o próprio feto.

Em outras palavras, a discussão acerca da viabilidade do objeto torna-se insuperável na teoria e pouco relevante na prática, pois sempre se ponderará direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade em dispor do corpo reunida ao livre planejamento familiar e ao direito de constituir família em contraposição à licitude do corpo como objeto contratual e a mercantilização da vida.

Nessa seara, Pietro Pellegrini entende que se furtar ao reconhecimento do contrato de cessão temporária de útero traz, tão somente, desvantagens ao nascituro que, em última análise, sequer dispõe de sua vontade de participar desse arranjo. Nas palavras do autor: "Mesmo se não fosse conforme ao ordenamento, as consequências deveriam ser previstas de todo o jeito, de maneira a não prejudicar o nascido".²³

²¹ Necessário destacar que, conforme elencado no Capítulo I deste trabalho, a Resolução CFM Nº 2168/2017 não possui natureza de lei em sentido estrito, de modo que, embora seja a única regulamentação existente no ordenamento brasileiro, sua aplicabilidade e coercibilidade ficam limitadas no aspecto prático. BRASIL, op. cit., nota 4.

²² ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 105.

²³ PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Renovar, 1997, p. 177.

Ou seja, ainda que a doutrina pudesse reputar inválido este contrato, a primazia do melhor interesse da criança, assegurado pela legislação pátria²⁴, deve ser respeitada, de modo que, superando-se a discussão teórica acerca da licitude do objeto, o que se tem na prática é a necessidade de se assegurar direitos e evitar consequências desastrosas para a vida futura do feto.

Poder-se-ia sustentar sua viabilidade contratual em todos os aspectos legais: agente, forma e objeto. Ao agente, por envolver a manifestação livre de pessoas capazes; à forma, preferencialmente, escrita, delimitando claramente os direitos e, por fim, ao objeto que, embora seja controvertido, não é, em sua essência, ilícito, vez que tutela a reprodução familiar dentro de uma esfera viável de disposição do corpo.

Resta mencionar que tramita no país, desde 2012, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4.892/2012 o qual, em seu Capítulo V, trata da cessão temporária de útero, com disposições semelhantes à Resolução CFM nº 2168/2017. Em seu art. 24, entretanto, dispõe que essa seria formalizada “por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação”²⁵.

Ainda que proponha um avanço em termos de regulamentação do instituto, fato é que o Projeto permanece para votação desde 2012 quando foi apresentada à Câmara dos Deputados. De igual modo, sua redação é ampla, não existindo, na verdade, uma definição do que seria este pacto a ser homologado judicialmente e em que medidas ele se assemelharia a um contrato. O que se conserva, durante este lapso temporal, é a incerteza jurídica já mencionada.

3. CONFLITO DE MATERNIDADE NO USO DE MATERIAL GENÉTICO DE TERCEIROS

Conforme explorado, o Brasil sempre adotou o princípio do *mater semper certa est*, o que não mais atende a um contexto social em que se permite a utilização de meios alternativos de reprodução assistida, como ocorre com a gestação subrogada, ou cessão temporária de útero, na qual, em regra, uma mulher – *geratriz* – se utiliza de seu material genético e faz uso de uma terceira pessoa – *gestratiz* – para gerar o feto em seu útero.

²⁴ Nesse aspecto, o Estatuto da Criança e do adolescente consagra o superior interesse da criança como um dos corolários do diploma legal em seu art. 4º. O art. 5º veda toda e qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. De igual modo, o art. 100, II protege integralmente a criança e o adolescente. Nesse âmbito, seria inviável reputar inválido um contrato que pudesse assegurar os direitos do feto simplesmente por não se considerar válida a sua formação quanto à licitude do objeto. O que se busca é assegurar o direito do recém-nascido e, para tanto, possuir uma regulamentação de vontade das partes seria indispensável. BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4892/2012*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

Nesse sentido, os autores Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera²⁶ relativizam o princípio do *mater semper certa est*:

Com efeito, a possibilidade atual de utilização de útero alheio acaba por destruir a regra de que *mater semper certa est*, pois a maternidade já não será definitivamente estabelecida pela gravidez e pela parição. Coloca-se em dúvida, outrossim, quem é a verdadeira mãe: a parturiente, que deu à luz a criança, ou aquela que, sem ter tido a possibilidade de conduzir uma gestação, é quem verdadeiramente desejou o filho e planejou seu nascimento e sua criação.

Caso seja esta, de fato, a dinâmica adotada, em que a solicitante da gestação é a doadora do material genético, não se sustentam muitas dúvidas em entender que os direitos sobre o feto seriam, pura e simplesmente, daquela que deseja a gravidez e contata uma terceira mulher para carregar a gestação. Esta, por sua vez, não teria qualquer relação biológica com a criança, de modo que, no registro, constaria o nome da solicitante.

É nesse sentido que se firmou a Corregedoria Nacional de Justiça²⁷, quando, em 2016, editou a Provimento 52, restando previsto, em seu art. 2º, §2º que "Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo -DNV ". Deste modo, entendeu-se, à época, que a maternidade se presume à doadora do material genético que quer gerar a criança, não efetivamente a quem tenha conduzido a gravidez.

Igualmente, foi proposta uma alteração ao Código de Direito Civil na 1ª Jornada de Direito Civil, visando, justamente, incluir um novo artigo no diploma capaz de, efetivamente, prever quem seria a mãe, para fins registrares e de direito, em casos de gestações subrogadas. O Enunciado 129 da 1ª Jornada de Direito Civil buscava a inserção do art. 1597-A, Código Civil²⁸, relativizando o seu antecessor, e prevendo:

Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

²⁶ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Maternidade de substituição e a lacuna legal*: questionamentos. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

²⁷ BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento Nº 52 de 14 de março de 2016*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_52_14032016_19032018105533.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

²⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *1ª Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios1/publicacoes-1/jornadascej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2019

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ julgou um caso em que, diferentemente do exposto acima, o material genético materno não pertencia à solicitante da gestação e sim à parturiente. No precedente analisado, o casal homoafetivo se utilizou do material genético de um dos solicitantes unido ao material da pessoa que carregaria a gestação. Nesse sentido, entendeu o Egrégio Tribunal que, apesar de ser mãe biológica, a parturiente não teria seu nome constando do registro de nascimento, diante da ausência de um vínculo afetivo com o feto e, sobretudo, por ter aberto mão previamente dos seus direitos à filiação.

Ocorre que, no caso citado, não havia um conflito jurídico entre as partes envolvidas acerca dos direitos sobre o feto, mas tão somente discussão acerca da possibilidade de inclusão de uma dupla paternidade no registro de nascimento³⁰.

No entanto, quando se analisa experiências estrangeiras em que já se discutiu a ocorrência de cessões temporárias de útero, tendo se chegado à discussão judicial acerca dos direitos sobre o feto, a questão não é tão bem delineada; sobretudo, quando se identifica que o material genético não foi conferido pela mulher que requer a gestação, mas sim por aquela que, efetivamente, cedeu o útero.

Imagine-se, no caso, a situação em que uma mulher, impossibilitada biologicamente de ter filhos, contata terceira para que esta, utilizando-se de material genético próprio, gestacione um feto e, ao final, entregue-o para a solicitante. Utilizando-se da mesma lógica apresentada, em regra, a maternidade seria daquela que quis gerar a criança e não da que, efetivamente, a gerou.

Nesses casos, no entanto, existe uma peculiaridade: há vínculo biológico entre a mulher que gerou a criança e a o feto. Não se pode, simplesmente, afirmar que a criança terá como mãe, em seus registros, aquela que requereu a gravidez, pois pode ocorrer, e frequentemente irá, de quem gerou criar laços com a criança, oriundos do próprio vínculo biológico. Em caso de recusa na entrega do feto, portanto, surge a dúvida: como lidar com esses casos em que o material genético não é da contratante, mas de terceiros ou da parturiente, e a gestante cria laços afetivos com o nascituro?

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1608005/SC*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4>>. Acesso em: 06 set. 2019.

³⁰ Entendeu-se, no caso, que, tendo tudo sido feito nos ditames da Resolução CFM Nº 2168/2017, considerando, inclusive, que a gestante seria irmã de um dos contratantes, de modo que não haveria problema em dispor contratualmente acerca da gestação. No caso, portanto, o Superior Tribunal de Justiça definiu, nos autos do *Resp nº 1608005/SC*, que a gestante havia aberto mão do seu estado de filiação, sendo aceita a inclusão da dupla paternidade, sem a menção desta no registro de nascimento do feto. *Ibidem*.

No Brasil, o caso mais conhecido ocorreu com o bebê M.L.C.³¹ Na situação, o material genético utilizado foi inteiramente do casal contratante. A mãe de substituição, e cunhada do casal, abriu mão dos direitos sobre a criança. Quando do seu nascimento, contudo, o casal contratante tentou registra-la perante Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Barão Geraldo, na Comarca de Campinas, não obtendo sucesso, uma vez que já constava no registro de nascimento o nome da mulher que geriu a criança e a ela deu a luz, ainda que não tivesse vínculo biológico.

Nos autos do processo Processo nº 2009/001043232010³², referente ao caso, o juiz determinou que fosse cancelado o registro, ordenando a lavratura em nome dos pais biológicos cedentes do material genético. Houve recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo que pugnava pela insegurança jurídica e inviabilidade do contrato firmado entre as partes.

No entanto, a decisão final, no caso, concentrou-se em analisar quem seriam os pais biológicos, firmando: "Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos"³³.

A despeito desse precedente, a jurisprudência brasileira é extremamente escassa sobre o tema, de modo que, para se buscar uma tentativa de responder ao questionamento que surge quando do uso de material genético de quem carrega a gestação, necessária a análise de soluções judiciais em outros países que levaram casos de gestações subrogadas e discussões acerca da entrega do feto ao Poder Judiciário.

Conforme citado, o recente julgado no âmbito do Resp 1608005/SC pelo Superior Tribunal de Justiça³⁴ não responde efetivamente à questão suscitada. Assim, cumpre-se analisar o caso midiático famoso que deu origem às discussões internacionais acerca dos direitos das mulheres envolvidas na cessão temporária de útero – o caso Baby M³⁵.

Em linhas gerais, um casal contratou uma mulher, denominada M.B.H, para carregar a gestação de seu filho. O material genético utilizado foi do homem contratante (denominado W.S.) e da mulher que carregou a gestação, uma vez que a contratante não podia ceder material genético³⁶.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 2009/00104323*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/ccco/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 29.

³⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de New Jersey. *Matter of Baby M*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 30 set. 2019.

³⁶ Ibidem.

Finda a gestação, M.B.H se recusou a entregar o bebê. No emblemático caso, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a maternidade era da mulher que carregou a gestação, em virtude de ser ela quem mantinha vínculo biológico com o feto. Por outro lado, concedeu a guarda da criança ao casal contratante³⁷.

Neste exemplo, o juiz do caso em primeira instância, Harvey R. Sorkow, definiu que o homem contratante, W.S., cedeu seu material, de modo que a criança era sua filha. No mais, que havia sido realizado contrato entre as partes previamente, no qual M.B.H. abria mão de todos os seus direitos sobre a criança. Este contrato seria válido, uma vez que W.S. não podia adquirir algo que já era seu, considerando legal a estipulação de um preço pelo “serviço prestado.”³⁸

O caso foi levado à Suprema Corte norte-americana que anulou o contrato realizado, entendendo, inclusive, que o pagamento do contrato estava condicionado às partes abrirem mão dos direitos sobre a criança. Reconheceu-se, assim, que os pais eram os doares de material genético, quis sejam, quem carregou a gestação (M.B.H.) e quem doou o sêmen (W.S.)³⁹.

A criança, contudo, foi entregue para adoção ao casal contratante, por entender que este tinha melhores condições de criar e conferir ao feto uma boa condição de vida. Assim sendo, o plano de fundo da decisão se concentrou na aplicação do princípio do melhor interesse da criança⁴⁰.

Portanto, pode-se concluir que, quando o material usado pertence às partes contratantes, assim como previa a tentativa de inclusão do art. 1597-A ao Código Civil⁴¹, a maternidade e paternidade serão atribuídas aos pais biológicos.

Por outro lado, quando o material usado pertence a quem cede o útero, surge a possibilidade de se reconhecer que esta será a mãe, tanto por ter carregado a criança e a ela dado à luz – militando, a seu favor, novamente, a existência, na nossa legislação, do *mater semper certa est* – como por ser mãe biológica da criança; ou, ainda, no caso concreto, se entender por conceder a guarda da criança e registra-la em nome dos contratantes, caso este seja o seu melhor interesse. Nesse sentido, se pronuncia Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁴²:

³⁷Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 28.

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 862-863.

[...] logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema.

Deste modo, o parâmetro para solucionar casos concretos envolvendo conflito de materiais genéticos, diante da parca regulamentação legal sobre o tema, será a análise de quem poderá dar melhores condições de vida para o feto. Ou seja, não há, ainda, como se afirmar, com precisão, como serão solucionados todos os conflitos oriundos de um instituto que ainda não encontra repouso legal no ordenamento jurídico brasileiro, mas se prioriza, em última análise, o melhor desenvolvimento da criança.

CONCLUSÃO

Primeiramente, o cerne do trabalho se pauta na necessidade primordial de inserção no ordenamento jurídico de uma lei, ou, ao menos, de artigos a serem acrescentados ao Código Civil capazes de discorrer, de forma específica, acerca da cessão temporária de útero. Por mais completa que a Resolução CFM Nº 2168/2017 tenha a pretensão de ser, fato é que seu âmbito de aplicação ainda se restringe, em regra, ao corpo médico.

Além do mais, a mencionada resolução é ato regulamentar, cuja validade fica sempre adstrita ao que dispõe a lei formal ou a Constituição. Logo, possui baixa segurança jurídica na resolução dos conflitos a serem dirimidos.

Em decorrência do aspecto legislativo, a grande discussão se insere na contratualização da cessão temporária de útero que, como exposto, tem sua constitucionalidade disputada dos dois lados pela doutrina: autores como Sara Próton e Alice Mignon defendem que não representa uma verdadeira disposição do corpo e, assim, contratualizar seria uma forma de trazer maior segurança às partes envolvidas; por outro lado, Maria Helena Diniz entende pela ilicitude do objeto, na medida em que envolve o corpo da gestante e a vida extrauterina, tornando eventual contratualização nula.

Por fim, ainda em decorrência da ausência de disposição legal, surge a controvérsia acerca de como se delimitar os direitos da pessoa que gera a criança se, no caso concreto, o material genético pertencer a ela, criando-se, assim, um vínculo biológico não pensado na modalidade mais tradicional da cessão temporária de útero, em que a mulher que quer a gestação e contata alguém para geri-la, fornece, de igual modo, o material genético.

Diante da parca produção jurisprudencial brasileira no assunto, busca-se uma pesquisa acerca dos casos semelhantes em outros ordenamentos jurídicos, o que se permite concluir, em última análise, ser necessário conduzir a atuação do Judiciário na solução de litígios envolvendo os direitos sobre o nascituro pautando-se, sempre, pelo melhor interesse da criança.

Deste modo, enquanto não houver uma legislação capaz de prever as consequências jurídicas do instrumento de cessão temporária de útero, o judiciário socorre-se da busca pela introdução da criança em um seio familiar que lhe possa conferir melhor subsistência, pois, ao fim, o que se busca é constituir família. E o feto, que em nada participou da tomada de decisões que levaram a sua gestação, não pode vir a ser, por esta, prejudicado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BRASIL. *Código Civil. Vade Mecum* Saraiva. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Conselho da Justiça Federal. 1ª Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. *Corregedoria Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_52_14032016_19032018105533.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. *Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acessado em: 06 abr. 2019.

_____. *Resolução CFM nº 2168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/20wi17/2168>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1608005/SC*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4>>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 2009/00104323*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cco/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Nova Jersey: *Matter of Baby M*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 30 set. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDEIROS, Luciana Soares de Medeiros; VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 2, out., 2010.

PÉREZ MONGE, Marina. *La filiação derivada de técnicas de reprodução asistida*. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.

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

PÓTRON, Sara. *Contrato oneroso de cessão temporária uterina, por quê não?* Disponível em: <<https://saraproton.jusbrasil.com.br/artigos/563149231/contrato-oneroso-de-cessao-temporari-a-uterina-por-que-nao>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite et al. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. 5. ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2006.