

## Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos

Débora GOZZO<sup>1</sup>

Wilson Ricardo LIGIERA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo tem início com uma breve análise do direito ao livre planejamento familiar, do qual decorre a possibilidade que têm os casais de recorrerem às técnicas de reprodução humana assistida, entre as quais se inclui a chamada *gestação de substituição*. Nele são examinados os preceitos legais vigentes, bem como as normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina a respeito da matéria, além de dispositivos do Código Civil de 2002 que permitem a utilização de procedimentos de reprodução assistida. Examina-se, ainda, o Projeto de Lei n.º 4.892/2012, que visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais, em especial, a cessão temporária de útero. Questiona-se, por fim, ao longo do texto, o postulado milenar *mater semper certa est*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Planejamento familiar; Reprodução humana assistida; Maternidade de substituição; Cessão temporária de útero.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Planejamento Familiar na Constituição de 1988; – 3. Reprodução humana artificial e o Código Civil; – 4. Crítica ao art. 1.597 do Código Civil: “*mater semper certa est*”?; – 5. Resolução n.º 2.121/15 do CFM e a Maternidade de Substituição; – 6. Projeto de Lei n.º 4.892/2012 e a cessão de útero; – 7. Conclusão; – Referências.

*ENGLISH TITLE: Surrogate Motherhood and the Legal Gap: Range of Problems*

*ABSTRACT: The article starts with a brief analysis of the right to free family planning. From this right derives the possibility for couples to make use of human artificial reproduction techniques, among them the so-called surrogacy. Brazilian legal provisions currently in force are examined, as well as the deontological norms of the Federal Council of Medicine on the subject. The appropriate rules of the Civil Code (2002) which allow the use of assisted reproductive procedures are considered. In addition to that the proposed bill nr. 4.892/2012 is examined. It aims at establishing a Statute on Assisted Reproduction and thus to regulate the application and the use of human assisted reproductive techniques and their effects in the sphere of civil-social relations, especially the temporary assignment of the uterus. All through this research the millennial postulate *mater semper certa est* is considered and questioned.*

<sup>1</sup> Pós doutora pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Ex-bolsista da Alexander von Humboldt Stiftung. Professora Titular do Mestrado em Direito e da graduação do UNIFIEO. Professora da Universidade São Judas Tadeu. Fellow do Käthe Hamburger Kolleg (Center for Advanced Studies in the Humanities), da Universidade de Bonn/Alemanha. *Ex visiting scholar* do *Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften*- Universidade de Bonn/Alemanha, e da *Bucerius Law School*, Hamburgo/Alemanha. Advogada.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Paulista. Especialista em Bioética pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito de Família e Sucessões da Universidade Nove de Julho. Advogado.

*KEYWORDS: Family planning; Assisted human reproduction; Surrogate motherhood; Temporary assignment of the uterus.*

*CONTENTS: Introduction; – 2. Family Planning in the Constitution of 1988; – 3. Human Artificial reproduction and the Civil Code; – 4. Critical view at Civil Code Art. 1.597: “mater sempre certa est”?; – 5. Resolution Nr. 2.121/15 of the CFM and surrogacy; – 6. Proposed Bill Nr. 4.892/2012 and the temporary assignment of the uterus; – 7. Conclusion; – References.*

## **1. Introdução**

A Constituição brasileira de 1988 garante a toda e qualquer pessoa e aos casais, unidos ou não pelos laços do matrimônio, o direito ao planejamento familiar, que deve ser exercido livremente, sem interferências externas de qualquer natureza, posto que cabe ao Estado apenas propiciar os recursos educacionais e científicos para o seu exercício. Assegurado, encontra-se, pois, o direito à reprodução sexual, o que abrange também as novas técnicas de reprodução humana artificial, como é o caso da maternidade de substituição.

A verdade é que o Código Civil de 2002 não se ocupou, dentro do capítulo do Direito de Filiação, dessa forma de reprodução humana, deixando, pois, uma lacuna enorme no ordenamento, uma vez que há muito o brocardo jurídico “*mater semper certa est*” começa a ser questionado pelo mundo jurídico. Afinal, pela técnica da maternidade de substituição será utilizado o útero de uma mulher, que não a doadora do material genético, isto é, o óvulo, que irá gerar o bebê para esta. E é neste sentido que se pode afirmar que, se era pela gestação e pelo parto que se identificava a mãe, hoje essa assertiva começa a cair por terra.

A ausência de uma lei regulamentando a matéria levou o Conselho Federal de Medicina, já nos idos de 1992, a discipliná-la por meio de normas deontológicas. E até hoje a única normatização existente no campo da reprodução humana vem da área médica. Por isso a Resolução atualmente em vigor, que é do ano de 2015 será devidamente analisada, naquilo que concerne ao ponto central deste artigo.

Desde 2012, encontra-se no Congresso Nacional Projeto de Lei que visa regulamentar a reprodução humana assistida, trazendo normas sobre a cessão de útero, isto é, a maternidade de substituição.

Assim é que, levando-se em conta em especial os dispositivos deontológicos que se tem do Conselho Federal de Medicina sobre a maternidade de substituição, buscar-se-á analisar o tema, tendo em vista o material doutrinário à disposição, um Provimento do CNJ que tem por objetivo facilitar o registro de filhos assim nascidos, bem como Projeto de Lei que aguarda tramitação. A partir daí serão levantadas questões que deverão levar à reflexão todos aqueles que se interessam pela dignidade da pessoa humana, valor e princípio que subjaz nesta temática.

## 2. Planejamento Familiar na Constituição de 1988

O planejamento familiar, em sua previsão constitucional, encontra-se inerentemente fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Com efeito, estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil acerca do planejamento familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7.º 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.

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto logo no art. 1.º da Constituição Federal, em seu inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito. Uma República baseada na dignidade da pessoa humana parte da ideia “do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”.<sup>3</sup> A dignidade corresponde, por conseguinte, a “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”.<sup>4</sup> Tendo sido inserido no texto constitucional como valor e princípio fundamental, há que ser considerado como norte a ser buscado por todo o ordenamento jurídico, como epicentro axiológico de todo o sistema normativo. Não obstante, assume especial relevo no campo da filiação, tendo sido expressamente atrelado ao princípio da paternidade responsável no

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 221.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

contexto da formação familiar e na consecução de seus mais nobres objetivos. Afinal, a procriação representa o início de uma nova vida, cujo titular também é uma pessoa dotada de dignidade e que não pode ficar à mercê da atitude inconsequente e impensada de alguém que não tem condições nem desejo de ser pai ou mãe.

O princípio da paternidade responsável, jungido ao princípio da dignidade, traduz a noção de “paternidade consciente, não animalésca”.<sup>5</sup> Daí resulta que a procriação deve ser um ato de profunda reflexão e não de mero impulso sexual ou instinto direcionado à preservação da espécie humana. Talvez fosse melhor denominá-lo de “parentalidade” responsável, porquanto abrange também o da maternidade responsável.<sup>6</sup> Na verdade, o princípio traduz a “responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana”.<sup>7</sup> A criança gerada tem total primazia ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, devendo ser garantidos seus direitos fundamentais de modo a lhe proporcionar uma existência digna — do que decorre a responsabilidade dos pais pelas relações jurídicas pessoais e patrimoniais relacionadas ao filho.

A Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regulamentou o § 7.º do art. 226 da Constituição Federal, dispondo que o planejamento familiar é direito de todo cidadão (art. 1.º), entendendo-se, por esse termo, “[...] o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2.º). Assim é que, conforme o art. 5.º da citada Lei, compete ao Estado, por meio do Sistema Único de Saúde, em associação, no

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 851.

<sup>6</sup> Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que “o exame mais aprofundado do próprio dispositivo, aliado a outras normas constitucionais — como, por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e em deveres —, permite a conclusão de que o Constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução do termo *parental responsibility*, que possui outra significação no âmbito do direito inglês”, diante do que, “sem o cuidado que se deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o Constituinte empregou o termo *paternidade responsável* quando, na realidade, o sentido é o da *parentalidade responsável*, referindo-se a expressão, logo, não apenas ao homem, mas também à mulher”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08 — família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 77 e 78. Saliente-se que o adjetivo “parental”, de onde provém o neologismo “parentalidade”, tanto pode se referir ao pai ou à mãe, quanto aos parentes, embora o significado primário seja relativo aos pais, do latim *parentalis*. SACCONI, Luiz Antonio. *Grande dicionário da língua portuguesa*: comentado, crítico e enciclopédico. São Paulo: Nova Geração, 2010, p. 1.538, verbete “parental”. Na realidade, ao se referir à “paternidade responsável”, a Constituição obviamente abrange tanto a paternidade (no sentido estrito do termo, relativa ao pai) quanto a maternidade. O próprio substantivo masculino plural “pais” refere-se ao “casal formado pelo pai e pela mãe” (DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Versão 1.0. [s.l.]: Instituto Antônio Houaiss; Objetiva, 2009.) Relembre-se que “parental”, em inglês, é um termo mais restrito, que se refere somente aos pais (pai e mãe), diferente do que ocorre com o vocábulo *parental*, em português, que pode significar também parentes. Daí a crítica de alguns, de que a tradução “parental” constitui um falso cognato, pois, a despeito da grafia idêntica, possui significado diferente.

<sup>7</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios*, cit., p. 78.

que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, “promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”.

Como se nota, a legislação trata de modo cuidadoso do tema. Apesar disso, e por incrível que possa parecer, ainda há no Brasil muita ignorância sobre a reprodução humana. Há pessoas humildes que sequer sabem utilizar um contraceptivo, o que acaba por resultar numa quantidade imensa de crianças indesejadas.<sup>8</sup> Enquanto isso, muitas outras que gostariam de ter um filho não conseguem atendimento médico adequado para a consecução da gravidez.<sup>9</sup>

O Código Civil, no § 2.º de seu art. 1.565, praticamente repetiu a redação do § 7.º do art. 226, ao dispor que o planejamento familiar “é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”. Certamente, o Poder Público tem falhado enormemente em fornecer a instrução e os recursos de que a população necessita.

Seja como for, ao mesmo tempo em que o ditame de índole constitucional abre espaço à autonomia do casal, vedando a coerção por parte do Estado e atribuindo a decisão ao homem e à mulher, impõe sobre todos um conjunto de direitos e deveres, não apenas jurídicos, mas também éticos e morais.<sup>10</sup> Diante disso, pode-se inferir que o regime

<sup>8</sup> Por ano, quinze milhões de mulheres engravidam porque não usam métodos contraceptivos. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/site/?p=10448>>. Acesso em: 3 jun 2016. LEAL, Ondina Fachel. Sangue, fertilidade e práticas contraceptivas. In: ALVES, p. C., MINAYO, M. C. S. (orgs.). *Sau´de e doença: um olhar antropológico* [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1994. 174 p. ISBN 85-85676-07-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/site/?p=10448>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

<sup>9</sup> Sobre o tema v., por exemplo.: “O longo tempo médio de espera pelo tratamento faz com que as mulheres avancem na idade e acabem ingressando no período de gravidez de risco sem terem conseguido tratamento.” (SAMRSLA, Mônica; NUNES, Juliana Cezar; KALUME, Carolina; CUNHA, Antônio Carlos Rodrigues da; GARRAFA, Volnei. Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF: estudo bioético. *Revista da Associação Médica Brasileira*. Brasília, DF, v. 53, n.1, p. 47-52, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v53n1/19.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2016.). “A maioria das instituições está com uma grande fila de espera e em alguns casos está com as inscrições suspensas.” (Onde encontrar reprodução assistida gratuita? *Guia do bebê*. Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/onde-encontrar-reproducao-assistida-gratuita/>>. Acesso em: 5 jun. 2016.). Por fim: “Em maio [de 2014], por exemplo, o Hospital Pérola Byington, em São Paulo, não aceitava mais agendamentos de pacientes, pois a fila de espera ultrapassava cinco anos.” (GRILLO, Fabiana; SULINA Vanessa. Com filas nos SUS e sem cobertura de plano, Justiça pode ser saída para tratamento de infertilidade. *R7 Notícias*. 9 ago. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/com-filas-nos-sus-e-sem-cobertura-de-plano-justica-pode-ser-saida-para-tratamento-de-infertilidade-11082014>>. Acesso em: 5 jun. 2016.)

<sup>10</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código civil comentado: direito de família, casamento – artigos 1.511 a 1.590*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV, p. 206. Explicam os autores, adicionalmente: “Se a criança for agregada à doadora do óvulo ou do embrião, sobretudo colocar-se-ia em questão a guarda da criança, porque a doadora em geral dificilmente é constatável e além disto, já de início, recusou uma responsabilidade pela criança. Através da legislação

jurídico do planejamento familiar constitui um misto de prerrogativas e responsabilidades, fazendo recair sobre os genitores, sob a supervisão do Poder Público, as consequências de suas ações, à medida que exercem sua faculdade exclusiva de decidir acerca da filiação.

Pelo menos em tese, o direito ao planejamento familiar deve permitir ao casal tomar decisões conscientes e planejadas acerca da utilização de métodos e técnicas alternativas à reprodução natural, recorrendo à fertilização *in vitro*, inseminação artificial, utilização de gametas provenientes de bancos de sêmen ou de doação de óvulos, ou mesmo à chamada “maternidade de substituição”, como será examinado mais adiante.

### 3. A Reprodução Artificial Humana e o Código Civil de 2002

Até o momento, a despeito de as técnicas de reprodução artificial humana serem aplicadas com êxito pelo menos desde o final dos anos setenta do século XX, quando nasceu o primeiro bebê de proveta do mundo<sup>11</sup>, o legislador brasileiro nada legislou sobre tema de tal importância para o estabelecimento dos laços de parentesco entre pais e filhos. Com isto, vive-se num verdadeiro limbo, no qual o Judiciário tem sido confrontado rotineiramente com as mais diversas questões envolvendo essa matéria, estabelecendo os critérios que certamente caberiam ao Poder Legislativo.

Apesar de o Código Civil não ter se ocupado da regulamentação da reprodução humana artificial, o legislador civilista não ignorou totalmente sua existência. Assim é que no campo do direito de filiação, o art. 1.597, que cuida das hipóteses legais de presunção de paternidade do marido em relação aos filhos nascidos de sua mulher, portanto, filhos nascidos dentro de uma relação matrimonial, traz três incisos (III, IV e V) que têm a ver com o uso da reprodução artificial humana. Dispõem citados incisos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

---

atual a criança não pode tornar-se objeto de litígio entre diferentes mulheres. Somente se garante uma determinação rápida, indubitável da maternidade, se isto for conectado a uma situação externa reconhecível para qualquer pessoa, ou seja o nascimento. A maternidade da mãe parturiente está, segundo o § 1591 BGB, inalteravelmente determinada e não pode ser anulada por falta de ascendência genética da criança.” FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo. *Código Civil*, cit., p. 206.

<sup>11</sup> COOKSON, Clive. Beyond Louise Brown. *FT.com* (Aug 29,2003), p. 1. Disponível em: <<http://www.proquest.com/>>. Acesso em: 19 mar.2016.

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>12</sup>

Nos casos dos incisos III e IV, clara a assertiva do legislador no sentido de considerar pai o marido da mulher casada, uma vez que o sêmen utilizado para qualquer uma das técnicas de reprodução humana atualmente disponíveis é dele. Tanto é assim que a norma legal emprega o termo “homóloga”, o que implica o uso do material genético do marido. Em momento algum, contudo, o mesmo legislador foi capaz, ou quis supor, que o óvulo a ser fecundado – dentro (inc. III) ou fora do útero (inc. IV) – pelo gameta daquele marido não fosse o de sua mulher.

O inciso V, por sua vez, prevê outra situação de presunção de paternidade, ou seja, a de sêmen doado por terceiro, desde que o marido autorize a prática. Em assim sendo, presume-se que ele é o pai da criança, não se admitindo que recorra ao Judiciário para contestar aquela paternidade, conforme permitido pelo art. 1.601 do Código Civil. Isto porque, se ele concordou, não poderá mais tarde alegar que registrou aquele filho como seu, com base em algum dos vícios do consentimento (erro, dolo ou coação), pois sabia que biologicamente o filho não era seu. Enfim, esta espécie de filiação baseada na reprodução artificial heteróloga, ao lado da adoção, que encontram amparo no

---

<sup>12</sup> Lamentavelmente, o legislador agiu com atecnia ao utilizar em cada um desses incisos um termo diferente: “fecundação” (inc. III), “concepção” (inc. IV) e “inseminação” (inc. V). Diante disso, propõe-se que tais expressões sejam lidas como “técnica de reprodução assistida”. Propõe-se, ainda nesse sentido, a alteração legislativa. “Enunciado 126 – Proposição sobre o art. 1.597, incs. III, IV e V: Proposta: Alterar as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 para ‘técnica de reprodução assistida’. Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino. As expressões ‘fecundação artificial’ e ‘concepção artificial’ utilizadas nos incs. III e IV, são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial. Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inc. V, quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão ‘técnica de reprodução assistida’, incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*.” dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida.’” – I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias. 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília – DF.

parentesco pela socioafetividade<sup>13</sup>, tem sido considerada espécie de parentesco civil. Na verdade, “a tutela legal desse tipo de concepção vem fortalecer a natureza fundamentalmente afetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade”.<sup>14</sup>

Estas, pois, as únicas disposições feitas pelo legislador de 2002 acerca da cada dia mais problemática utilização das técnicas de reprodução humana. Observe-se que em momento algum houve menção à possibilidade de não ser o marido o infértil do casal, mas a mulher. Este caso, em pleno século XXI, foi totalmente ignorado pela lei. O estabelecimento da maternidade continua sendo feito com base no famoso brocardo romano: *mater semper certa est*<sup>15</sup>, que tinha a ver com o fato de que mãe era aquela que dava à luz. Hoje em dia, uma mulher pode ser a gestatriz e mãe biológica da criança, ou ser a doadora do óvulo ou do embrião fecundado com seu gameta, sem que seja aquela que levará a gravidez adiante, parindo aquele filho. A ciência, enfim, chegou a um ponto de desenvolvimento em que a mulher inclusive não mais necessita ficar grávida para ter um filho genético seu.<sup>16</sup>

A verdade é que as hipóteses legais atuais não abrangem nem a utilização de óvulos doados nem a gestação de substituição. Embora o inciso V do art. 1.597 do Código Civil se refira à reprodução heteróloga, deixa claro que só haveria necessidade da autorização do marido, não da esposa, do que se deduz que só se referem à concepção realizada em seu próprio útero e com seu próprio óvulo.<sup>17</sup> Portanto, pode-se aduzir que não há menção sequer no Código Civil acerca da reprodução heteróloga feminina.

<sup>13</sup> Preceitua o Enunciado 256, também aprovado na III Jornada: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial* – artigos 1.591 a 1.693. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI, p. 54.

<sup>15</sup> Interessante a este respeito o artigo de Daniel Grünbaum: *Foreign Surrogate Motherhood: Mater Semper Certa Erat* (2012). 60 *American Journal of Comparative Law* 475 (2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2056899>. Acesso em 24 mar.2016.

<sup>16</sup> Para muitos, a mulher atualmente não precisa mais ficar grávida, podendo valer-se dos serviços de uma mãe de substituição. Neste caso, o exercício de sua profissão não seria afetado. Isto é o que sugere Viv Groskop, em artigo publicado no jornal “The Guardian”, em 2009, sobre a atriz americana Sarah Jessica Parker, que, juntamente com seu marido, teria recorrido a uma maternidade de substituição, a fim de que sua carreira não fosse prejudicada. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/apr/30/sarah-jessica-parker-twins-surrogate>>. Acesso em 18 mar.2016. Neste caso específico surgiram dúvidas de que a atriz não estaria disposta a levar uma gravidez adiante, por já estar com 44 anos, e isto poder alterar seu corpo. In: Fischer, Luchina. Sarah Jessica Parker, Matthew Broderick Jump on Hollywood's Surrogate Trend. Disponível em: <[/story?id=7465078&page=1](http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/apr/30/sarah-jessica-parker-twins-surrogate)>. Acesso em: 18 mar.2016.

<sup>17</sup> “Enunciado 257 - Art. 1.597: As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.” – Aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias 1.º a 3 de dezembro de 2004, em Brasília – DF.



O entendimento legislativo sobre o estabelecimento dos laços materno-filiais, portanto, deveria levar automaticamente à não aceitação da chamada maternidade de substituição em solo pátrio. Não obstante, como será analisado no item 5, infra, ela vem sendo empregada no país, uma vez que o Conselho Federal de Medicina a considera ética, desde que o profissional da área da saúde proceda de acordo com os ditames da Resolução n. 2.121/2015 do referido Conselho de Classe.

#### **4. Crítica ao art. 1.597 do Código Civil: *mater semper certa est*?**

Pontes de Miranda preleciona que a maternidade “manifesta-se por sinais físicos inequívocos: a prenhez e o parto”.<sup>18</sup> Daí advém a máxima: *Mater semper certa est* (A mãe é sempre certa). Quanto ao pai, supõe-se que seja o marido da mãe, de onde advém a presunção: *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (O pai é aquele que as núpcias demonstram ser), conforme visto no item supra (CC, art. 1.597). Durante séculos, esse foi o caminho percorrido na fixação do vínculo de filiação.

Entretanto, no final do século XX, os exames genéticos afastaram tanto a certeza quanto a dúvida que poderiam existir a respeito da maternidade e da paternidade. Pode-se dizer até que, atualmente, o pai/genitor é sempre certo, visto que é possível obter, com um grau de certeza razoável, se um homem possui ou não vínculo genético com uma criança.<sup>19</sup> Ao contrário, em relação à mãe, ainda que não tenha vínculo genético, pode pairar alguma dúvida acerca da maternidade, nos casos em que uma mulher dá à luz um filho gerado com o óvulo de outra.

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.

---

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, t. 9, p. 54.

<sup>19</sup> O Exame para a identificação do vínculo genético, por meio do DNA, deveria se aproximar dos 100% de certeza. No entanto, mesmo atualmente, “em alguns aspectos, dúvidas, polêmicas, controvérsias e questionamentos sobre laudos de exames através do método do DNA são praticamente iguais aos outros métodos, por isso toda a atenção em todos os procedimentos periciais é necessária, podendo ocorrer erro também com esses exames de DNA”. COUTINHO, Zulmar Vieira. *Exames de DNA: possibilidades de falsas exclusões ou inclusões: 100%?* Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 33.

Quanto à presunção *pater is est*, ou seja, de que o pai é o marido da mãe, conforme visto no item 3, supra, há que ser aplicada ao marido da mãe geratriz (que gerou a criança, com óvulo próprio ou de doação), e não ao da gestatriz (que a gestou em seu útero).<sup>20</sup> Por sua vez, a mulher que dá à luz não pode ser considerada parente natural daquele que nasce, haja vista que não é a mãe biológica ou consanguínea, quando não tem a criança sua carga genética. Ela pode, no entanto, tornar-se a mãe civil, socioafetiva, ou nas palavras do art. 1.593 do Código Civil, “por outra origem”.

A evolução da medicina possibilitou a procriação de um filho de uma mulher dado à luz por outra. Na chamada “maternidade de substituição”, pode-se, por exemplo, retirar um óvulo da mulher que deseja ser a genitora (mãe genética), fecundá-lo com o sêmen do marido e implantá-lo em outra mulher (mãe parturiente). Na Alemanha, porém, é proibida a mediação de mães de aluguel. A despeito da vedação, deve-se esclarecer a questão acerca das consequências familiares da implantação de um embrião numa mulher substituta, pois não se deve excluir a possibilidade da ocorrência de tal fato. A opção do legislador alemão pela mãe parturiente talvez seja resultado da reflexão sobre a relação física e psicológica que a gravidez produz entre a gestante e o feto (ou mesmo entre a mulher e o bebê logo após o nascimento). Ademais, essa “agregação do filho à mãe parturiente possibilita uma determinação segura, imediata da maternidade e com isto também a responsabilidade jurídica pela criança”, o que é essencial principalmente nessa fase da vida, em que a criança depende diretamente da existência de um adulto responsável que cuide de seu bem-estar.<sup>21</sup> Ocorre que apesar de todos os esforços envidados pelo legislador, cidadãos alemães se dirigiram ao estrangeiro para conseguir uma mãe de aluguel. Em 10 dezembro de 2014, o *Bundesgerichtshof* - o equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro -, em decisão que foi considerada histórica, autorizou parceiros do mesmo sexo ao registro conjunto de uma criança, filha biológica de um deles, que tiveram por meio dessa prática no estado americano da Califórnia.<sup>22</sup>

No Brasil, todavia, em virtude da ausência de dispositivo que atribua a maternidade à parturiente, a relação de filiação, em regra, deveria ser estabelecida com a mulher que deu à luz a criança. Por outro lado, poderia ser comprovado que a mãe genética era outra pessoa (e isso poderia eventualmente afastar a maternidade daquela que se

---

<sup>20</sup> Fala-se também em “genetrix”, para se referir àquela que forneceu o material genético, e “gestatrix”, para se referir à quem gestou a criança.

<sup>21</sup> SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão: direito de família (BGB – Familienrecht)*. 9. ed. rev. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 341.

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=69758&linked=pm>>. Acesso em 18. mar.2016.

pensava ser a mãe biológica). Tudo isso era capaz de criar enormes dificuldades para o registro da criança assim nascida, visto que a lei parte da presunção – que já se sabe, na prática, não ser mais absoluta – de que as qualidades de geratriz e de gestatriz recaem sobre a mesma mulher. Ora, podem-se imaginar as situações em que o casal não conseguiria registrar o próprio filho, pois a Certidão de Nascido Vivo constaria o nome da parturiente, isto é, daquela que cedeu o útero para a gestação da criança. Isto acabava por gerar não só constrangimentos para os pais, como violava direitos da própria criança.

O Enunciado 129 da I Jornada de Direito Civil<sup>23</sup>, propõe a inclusão de um dispositivo, após o art. 1.597 do Código Civil, com a seguinte redação:

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.

A modificação legislativa, pois, traria maior tranquilidade às pessoas que são obrigadas a recorrer à utilização do útero de substituição. Enquanto isso não ocorre, e a fim de evitar maiores inconvenientes, a Corregedoria Nacional de Justiça publicou no dia 14 de março de 2016 o Provimento n. 52. Em seu art. 2, § 2,º ele estabeleceu: “Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo -DNV.”<sup>24</sup> Embora o texto do Provimento não estabeleça, literalmente, que a DNV sairá em nome da mulher que cedeu o óvulo, deduz-se que esta é a solução pretendida. Se assim for, a lavratura do termo de nascimento, neste caso, estará resolvida. Afinal, a Declaração de Nascido Vivo sairá

---

<sup>23</sup> I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos dias. 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília – DF. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014. Consta da justificativa: “No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada.”

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>>. Acesso em: 17 mar. 2016.

normalmente em nome da mulher que cedeu o óvulo. Desta feita, os interessados não precisarão mais recorrer ao Judiciário para conseguirem a inclusão de seus nomes no documento.

Interessante mostra-se, por fim, a hipótese de mulher, infértil, resolver se valer de uma maternidade de substituição, “adotando” embrião deixado para doação em clínica de reprodução humana. Teria o Oficial do Cartório de Registro Civil competência, com base no Provimento do CNJ, para lavrar a respectiva certidão de nascimento dessa criança?

Ora, o Provimento estabelece que o doador deverá, por meio de instrumento público, autorizar o uso do material genético doado por ele. Assim, em se tratando de um embrião, a mulher e o homem, doadores respectivamente do óvulo e do sêmen, deverão autorizar, por escritura pública, o uso do embrião por eles deixado para doação na clínica. Ao agirem desse modo, eles, no fundo, abrem mão do exercício do poder familiar sobre o menor, transferindo-o para aquele que resolve “adotar” o filho que deles seria. Por isso, respondendo à questão acima formulada, tudo indica que o Oficial do Cartório de Registro Civil deverá lavrar o assento de nascimento em nome dela, desde que cumpridos os requisitos do art. 2º. do Provimento.

## **5. Resolução nº 2.121/15 do CFM e a maternidade de substituição**

A maternidade de substituição pode ocorrer de três modos: 1) com a utilização do óvulo da mãe intencional, caso em que ela terá vínculo genético com a criança; 2) por meio de óvulo doado, de uma terceira mulher; 3) com a utilização de óvulo da própria gestante. Nos dois primeiros casos, haveria a fecundação *in vitro* (FIV); no último, poderia ser feita a inseminação artificial no próprio útero da mulher “hospedeira”. Nas três situações, todavia, pode-se questionar quem deve ser considerada como mãe, para todos os efeitos civis, embora na última hipótese poder-se-ia entender que a gestante seria, num primeiro momento, a mãe do nascituro — por ter vínculo genético com ela.

Há quem entenda que a gestação por conta de outrem é vedada constitucionalmente, por afrontar o art. 199, § 4.º, da Constituição Federal, que proíbe todo tipo de comercialização envolvendo órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, o processamento e a transfusão

de sangue e seus derivados.<sup>25</sup> Sustenta-se que a vedação “alcança inclusive a cessão gratuita de útero para gestação por conta de outrem”.<sup>26</sup> Alega-se que a maternidade de substituição “tem o condão de desestruturar o conceito de filiação, no sentido de que permite uma total dissociação das etapas do processo de procriar, que engloba: conceber, gerar e ser mãe”.<sup>27</sup>

Com efeito, do ponto de vista da bioética, a utilização da maternidade de substituição pode ser bastante questionável.

Em que pesem tais objeções, o procedimento de útero de substituição tem sido utilizado com cada vez mais frequência em nosso país, inclusive na modalidade

---

<sup>25</sup> Argumenta Maria Berenice Dias: “A gestação por substituição seria um *negócio jurídico* de comportamento, compreendendo para a mãe de aluguel obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria *nula* por ilicitude de seu objeto (CC 104 II). Também se poderia ver configurado *ilícito penal*, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242).” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 332, grifos da autora.

<sup>26</sup> CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao código civil: parte especial – do direito de família* (artigos 1.591 a 1.710). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 35. Preleciona a autora: “Pode, no entanto, ser feita, no mundo fático, embora seja ilegal, no meu modo de ver. Essa forma de concepção trará, ainda, outros complicadores. Para o que nos interessa é também um meio pelo qual haverá dissociação entre mãe que gera — geratriz — e mãe que gesta — a gestatriz. Em interpretação literal do art. 1.593 — que divide o parentesco em natural ou consanguíneo e civil —, a mãe que gesta com óvulo de outra, dá à luz, cria seu filho com desvelo e amor, seria ‘mãe civil’, pois não deu a ele sua carga genética.” CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários*, cit., p.35.

<sup>27</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 169. Acrescenta a autora: “Convivem de forma antagônica duas figuras potenciais para a maternidade: a mãe biológica — que forneceu o aparato genético para a geração do embrião — e a mãe portadora — que fornece o aparato orgânico para que esse embrião se desenvolva: o útero, os hormônios, o calor, o aconchego, a nutrição, entre outros. [...] Nesse processo de reprodução que envolve duas mães, uma biológica e outra hospedeira, são constantes as indagações de ordem ética, moral e, principalmente, muitos são os questionamentos a respeito do estabelecimento da filiação. [...] É importante ressaltar, em nosso entendimento, que a tendência contemporânea em matéria de filiação pauta-se no princípio da socioafetividade em detrimento da parentalidade biológica, além do precípuo interesse do menor, assim como da supremacia do seu bem-estar. No campo específico da gestação de substituição, urge valorizar-se o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, cânone constitucional, art. 1.º, III, do qual decorre que o corpo não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial; o princípio da preservação do patrimônio genético humano e da biodiversidade, art. 225, [§ 1.º] II, da Constituição Federal; o princípio da regulação estatal, à luz do art. 225, [§ 1.º] V, da Carta Constitucional, e o princípio da responsabilidade por danos. Por via de consequência, qual seria no direito pátrio a viabilidade de estabelecimento de um contrato de gestação visando sedimentar os trâmites para a realização da maternidade substituta? Teria alguma eficácia? Realizado em muitos casos de maternidade substituta, se contar com compensação financeira não terá validade, sendo nulo, por ser nulo o seu objeto? Seria correto defini-lo como um contrato de locação de coisa ou de serviços? [...] Discute-se ainda acerca da validade dos contratos de gestação, considerando-se tratar-se de compra e venda de menor; possibilidade de gerar um consentimento viciado por parte da gestante baseado em ganância; tratar-se de procedimento ilegal o contrato oneroso de gestação substituta. Para os adeptos da validade desses contratos, aponta que entendem tratar-se de contratação de um serviço pessoal; não ser possível aferir-se até que ponto o consentimento é isento de vícios, além de considerar-se o contrato de gestação uma modalidade autônoma de contrato sem correlação com outras formas definidas, como os transplantes. Entende, posição com a qual compactuamos, que devem-se valorizar os princípios constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da prevalência do interesse do menor sobre qualquer outro, desestimulando assim a prática de contratos de gestação devido ao caráter ético que resguarda, tendo em vista a prática predatória do homem no sentido de coisificar o seu semelhante.” MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso*, cit., p. 169 a 171.

onerosa<sup>28</sup>, o que não é permitido, eticamente, pelo Conselho Federal de Medicina. Na ausência absoluta de uma legislação que regule a procriação humana assistida, têm sido aplicadas as normas éticas do Conselho Federal de Medicina. A que se encontra em vigor, atualmente, é a Resolução n.º 2.121, de 24 de setembro de 2015<sup>29</sup>, que adotou as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revogou a Resolução CFM n.º 2.013/2013.

Segundo a Resolução n.º 2.121/15, as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na solução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, podendo ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

O item VII da Resolução trata especificamente da gestação de substituição, também denominada pelo Conselho de “doação temporária do útero”. Conforme previsto, as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de reprodução assistida “para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva”.

A resolução atual revogou a de n. 2.013 de 16 de abril de 2013, que por sua vez revogou a anterior, de 2010 (Res. n.º 1.957). Esta era bem mais sucinta e não previa a possibilidade de utilização da técnica em casais formados por pessoas do mesmo sexo.

De acordo com ela, as “doadoras temporárias do útero” deviam pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. Além disso, a resolução também trazia a advertência de que a doação temporária do útero não poderia ter caráter lucrativo ou comercial.<sup>30</sup>

Importante salientar que, tal qual as resoluções ora revogadas, a vigente também declara que a “doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Ora, a remuneração dá a impressão de precificação do ser humano, de sua

---

<sup>28</sup> Sobre a remuneração na maternidade de substituição no Brasil, v.: Folha de São Paulo de 16/6/2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/06/16/apesar-de-proibido-mulher-vende-barriga-de-aluguel-por-r-100-mil.htm>>. Acesso em 12 fev.2016.

<sup>29</sup> Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFN/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFN/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 12 fev.2016.

<sup>30</sup> Idêntica redação tinha a primeira resolução que definiu os parâmetros deontológicos da reprodução humana assistida, Resolução CFM n.º 1.358/1992.

instrumentalização. Parece afrontar tanto a dignidade da gestatriz quanto do futuro ser a nascer.<sup>31</sup>

Dentre os requisitos que devem constar no prontuário, encontra-se o “contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança”. Também deve estar presente a “garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez”. Por fim, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, a resolução exige que ela apresente, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Ainda que dotada de boa intenção e mesmo visando evitar conflitos de interesses, a Resolução 2.121 padece de certa atecnia e possível ineficácia. Isto porque não é o Conselho Federal de Medicina o órgão competente para decidir acerca dos procedimentos legais e jurídicos para a validade do procedimento de gravidez por substituição. Para clarear essa assertiva, tome-se por exemplo, a exigência de que o companheiro ou marido da gestatriz forneça aprovação por escrito, embora prudente. E se ele se recusar, o procedimento não poderia ser feito? Caso fosse realizado mesmo assim, qual a consequência da falta de concordância do marido? Provada que a gravidez se deu por meio de utilização de técnica artificial de fecundação, restaria alguma presunção de paternidade em relação ao marido? Teria ele algum direito sobre a criança gestada — mas não gerada — por sua mulher? Qual seria a consequência de eventual recusa dos pais genéticos em registrar a criança? Aliás, se o casal interessado na gestação não pudesse fornecer seus próprios gametas, o procedimento não seria permitido? Não se poderia realizar a fecundação de óvulo doado com espermatozoides de um banco de esperma? Que validade teria todo o procedimento, diante da ausência de norma legal sobre a matéria?

Enfim, a partir do exposto constata-se que o problema da maternidade de substituição gera mais e mais incertezas num tema que sempre foi coroado da mais absoluta certeza, a saber: *mater semper certa est*.

## 6. Projeto de Lei nº 4.892/2012 e a cessão de útero

---

<sup>31</sup> V. sobre o tema: Débora Gozzo. A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-61.

Relata-se que no direito alienígena a cessão de útero não é geralmente permitida.<sup>32</sup> Nos Estados Unidos, a maioria dos estados também entende que a mãe é quem deu à luz. Na Europa “há uma tendência generalizada na recusa de todas as formas de maternidade de substituição”.<sup>33</sup> Na França, o art. 3.º da Lei n.º 94-653, de 22 de julho de 1994, modificou o art. 16-7 do *Code Civil Français*, a fim de negar validade aos pactos de gestação de substituição. Na Alemanha, tanto a Lei de Proteção ao Embrião (*Embryonenschutzgesetz*, § 1º, 7), de 1990, quanto a Lei de Adoção (*Adoptionsvermittlungsgesetz*, § 13a, b, c y d), de 1976, proíbem esta prática. Mencione-se, ainda, o § 1591 do BGB, que dispõe ser mãe a mulher que dá à luz. Na Espanha, o art. 10 da Lei n.º 35, de 22 de novembro de 1998, prevê que o contrato de gestação é nulo.<sup>34</sup> Em Portugal, conforme o art. 1.796 do Código Civil, a filiação resulta do fato do nascimento.<sup>35</sup>

No Brasil, o Projeto de Lei n.º 4.892/2012, de autoria do Deputado Federal Eleuses Paiva, visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Apensado ao Projeto de Lei n.º 1.184/2003 (que, em seu art. 3.º, proíbe expressamente a gestação de substituição, e, no art. 19, III, define o procedimento como crime), a proposição está sujeita à apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados.

Inicialmente, o Projeto n.º 4.892 aponta algumas técnicas de reprodução humana assistida (art. 3.º). Veda determinadas práticas, como a fecundação de oócitos humanos com finalidade diversa da procriação humana e a criação de seres humanos geneticamente modificados (art. 6.º). Define os princípios jurídicos que devem ser seguidos em qualquer procedimento (art. 7.º).

Em seguida, em seu Capítulo IV, declara ser lícita a doação de sêmen ou gametas sem fins lucrativos ou comerciais (art. 9.º), prevê que o doador deve ser maior de 18 anos, capaz e concordar expressamente com a doação, após ser informado sobre o destino de seu material e as implicações de seu ato (art. 10) e que deverá concordar ainda em se

---

<sup>32</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso*, cit., p. 171 a 173.

<sup>33</sup> NEVES, Carlos. *Bioética: temas elementares*. Lisboa: Fim de Século, 2001, p. 67.

<sup>34</sup> Se, apesar da proibição legal, o procedimento for realizado, apesar de muitos entenderem que mãe deveria ser aquela que deu à luz, em razão do melhor interesse do menor, também defendido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a criança está sendo eventualmente registrada em nome daqueles que contrataram a mãe de substituição, como aconteceu no caso alemão acima citado.

<sup>35</sup> Artigo 1796.º (Estabelecimento da filiação) 1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º. 2. A paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento.



submeter a uma avaliação médico-laboratorial, incluindo testes para doenças infectocontagiosas, para a liberação do material doado (art. 11). Segundo o Projeto, todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada qualquer informação que permita a identificação civil do doador ou receptor (art. 13). Ressalva-se, entretanto, o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Em continuidade, no Capítulo V, o Projeto dispõe acerca da “Cessão Temporária de Útero”. De acordo com seu art. 21, a técnica só “é permitida para casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento”. O art. 22 prevê que o procedimento “não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação”. Segundo o art. 23, a futura gestante “deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2.º. Grau”, ressalvando-se, em seu parágrafo único, que excepcionalmente e “desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina”. Urge indagar: terá o referido Conselho maior autoridade do que o Poder Judiciário para permitir ou impedir a maternidade de substituição em caso de falta de parentesco próximo? Em consonância com o que prescreve o art. 24 do Projeto de Lei, “a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação”. Seria necessário e realmente exigível a homologação judicial em procedimentos realizados entre parentes, em que restasse evidente a motivação correta e a ausência de interesse econômico? Se o assunto terá que ser tratado antecipadamente pelo Judiciário, haveria necessidade de parecer do Conselho Regional de Medicina aprovando a realização da reprodução? Não bastaria um laudo médico? O parágrafo único do art. 24 ainda prevê que serão “nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer”. Isso atenderia aos interesses da criança, ou dificultaria o registro de nascimento?

Entre as disposições óbvias, o projeto declara que a gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (art. 25). Exige, ademais, para o assento de nascimento da criança nascida em gestação de substituição, que seja levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais “o pacto de substituição homologado, juntamente com a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, declaração do médico responsável pelo tratamento descrevendo a técnica empregada e o termo de consentimento médico informado” (na verdade, o termo de consentimento informado do paciente). Voltamos a questionar, ademais, a necessidade de homologação judicial do pacto. Não bastaria um documento pela forma pública, para que se pudesse proceder ao registro?<sup>36</sup> O CNJ, pelo Provimento n. 52/16, cuidou do tema de forma simples mas esclarecedora, conforme mencionado no item 4, supra.

Digno de menção, por fim, é que o projeto em consideração ainda tipifica criminalmente a cobrança de “qualquer espécie de remuneração para a cessão temporária de útero”, estabelecendo pena de detenção de dois a cinco anos e multa (art. 86). Prevê, ainda, que incorre nas mesmas penas “quem viabiliza ou facilita, com fins lucrativos, o contato entre quem concedeu o útero e a pessoa que busca a descendência” (art. 86, p.u.). Entretanto, será que a repressão criminal trará maior benefício para o recém-nascido? O Código Penal já tipifica a conduta de “dar parto alheio como próprio” (CP, art. 242), deixando de antever, naturalmente, à época da criação do dispositivo, que chegaria um dia em que a mulher que daria à luz não seria necessariamente a mãe. No entanto, nem a chamada “adoção à brasileira” tem sido punida em nosso país, por ser praticada por motivo nobre, desprezando-se a falsa filiação biológica em favor da verdadeira filiação socioafetiva. Deveria, então, ser punida com tal gravidade a conduta de quem apenas deseja possibilitar o nascimento de uma criança, a ser amada e cuidada

---

<sup>36</sup> Em outubro 1990, já se defendia que não seria necessário um procedimento judicial para garantir o registro da criança: “No caso de implantação de embrião em útero de outra mulher, que não fosse a mãe biológica, deveriam os pais biológicos obter dela uma declaração feita mediante escritura pública, que é ato unilateral, e por seu caráter humanístico e terapêutico, principalmente por versar sobre a vida humana, seria irrevogável. Seria semelhante àquela que é feita para reconhecimento de filho. A razão disto seria garantir o direito de reconhecimento da filiação, por parte dos pais biológicos, uma vez que o embrião fosse implantado no útero ‘hospedeiro’: Seria esta escritura lavrada com base no art. 10, §§ 1.º e 2.º da Lei 5.479/68 e seria auto-executável, não precisando, portanto, de sentença declaratória que garantisse o direito nela contido. Assim que o seu procedimento para fins de registro de reconhecimento de filho seria igual ao trâmite já adotado para o mesmo fim. Seria recomendável, também, que deste instrumento público constasse o nome e os dados pessoais do médico que executou a manobra terapêutica, vinculando-o ao procedimento. [...] Através, então, de escritura pública poder-se-ia salvaguardar todos estes direitos que são inquestionavelmente de ordem pública e que merecem a proteção do Estado, mas que nascem de relações humanas de extrema privacidade. Por esta razão, é que apenas em caso de litígio dever-se-ia chegar com tal matéria diante do Judiciário.” MENEZES, Thereza Christina Bastos de. *Novas técnicas de reprodução humana – o útero de aluguel*. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. I, (Coleção Doutrinas Essenciais), p. 1.117 e 1.118.

por um casal que deseja muito ter um filho, mas a quem os infortúnios da vida lhe negaram a possibilidade de serem pais pelos meios naturais?

Em suma, percebe-se que ainda há muitas indagações que clamam por uma resposta, antes que o projeto seja aprovado — se é que deve ser.

## **7. Conclusão**

O desejo de ter um filho leva as pessoas a empreenderem uma série de esforços para a consecução de seu sonho de formação familiar. Neste breve artigo, pudemos verificar que a Constituição Federal de 1988 assegura aos casais o direito do livre exercício do planejamento familiar, o que envolve decidir se desejam ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter, proporcionado pelo Estado o conjunto de informações necessárias para a tomada de uma decisão consciente e responsável, bem como a faculdade de recorrerem ao auxílio da medicina reprodutiva para a utilização de técnicas de reprodução humana assistida que viabilizem a gravidez.

No passado, não se cogitava acerca da hipótese de que uma mulher pudesse gestar o filho de outra. Nos últimos anos, porém, o progresso da medicina possibilitou essa façanha. Cabe ao Direito, por sua vez, a função precípua de acompanhar a evolução científica, regulando as relações jurídicas decorrentes do chamado útero de substituição.

Infelizmente, nossa legislação é completamente omissa a respeito. O Código Civil de 2002, que poderia ter disciplinado a reprodução humana assistida, que já era feita no Brasil há muitos anos — já tendo sido regulamentada em 1992 pelo Conselho Federal de Medicina, à margem da legislação —, simplesmente se quedou silente, não obstante tenha previsto a paternidade do filho gerado por meios artificiais pela mulher casada.

A Resolução 2.121, de 2015, do Conselho Federal de Medicina, reproduz em parte o que já constava da Resolução n.º 2.013, de 2013, que por sua vez reproduzia o que já constava da Resolução anterior (Res. n.º 1.957/2010) e da primeira Resolução do CFM sobre reprodução humana (Res. n.º 1.358/1992), ampliando, contudo, as hipóteses de ocorrência da maternidade de substituição e pretendendo estabelecer os requisitos éticos e legais para a realização do procedimento.

No Congresso Nacional, tramita o Projeto de Lei n.º 4.892/2012, tendente à criação de normas que regulem a reprodução humana, incluindo a cessão temporária de útero. Percebe-se, no entanto, o descaso que o legislador brasileiro tem dispensado ao tema, gerando a possibilidade de inúmeros conflitos, diante da aplicação das regras regulamentares da profissão médica, que, todavia, não possuem força de lei, nem regulam as consequências e os efeitos jurídicos das técnicas artificiais de reprodução humana.

Conclui-se, por derradeiro, que ainda temos um longo caminho a trilhar, inclusive para tentar evitar que a maternidade de substituição seja uma exceção, em razão dos inúmeros questionamentos levantados ao longo do texto, banindo-se que seja remunerada. Esta prática atinge de forma certa a dignidade não só da mulher que cede seu útero, bem como a do ser humano que virá a nascer, fruto dessa contratação.

## Referências

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao código civil: parte especial – do direito de família (artigos 1.591 a 1.710). Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.
- COOKSON, Clive. Beyond Louise Brown. *FT.com* (Aug 29,2003), p. 1. Disponível em: <www.proquest.com>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- COUTINHO, Zulmar Vieira. *Exames de DNA: possibilidades de falsas exclusões ou inclusões: 100%?* Florianópolis: OAB/SC, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código civil comentado: direito de família, casamento – artigos 1.511 a 1.590*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.º 11.698/08 – família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARRAFA, Volnei et al. Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF: estudo bioético. *Revista da Associação Médica Brasileira*. Brasília, DF, v. 53, n.1, p. 47-52, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v53n1/19.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2016.
- GOZZO, Débora. A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. NICOLETTI CAMILLO, Carlos Eduardo. *Direito e Medicina: novas fronteiras da ciência jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-61.

GRILLO, Fabiana; SULINA Vanessa. Com filas nos SUS e sem cobertura de plano, Justiça pode ser saída para tratamento de infertilidade. *R7 Notícias*. 9 ago. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/com-filas-nos-sus-e-sem-cobertura-de-plano-justica-pode-ser-saida-para-tratamento-de-infertilidade-11082014>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial – artigos 1.591 a 1.693*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

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

MENEZES, Thereza Christina Bastos de. Novas técnicas de reprodução humana – o útero de aluguel. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. I, p. 1.113 a 1.118 (Coleção Doutrinas Essenciais).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ONDE encontrar reprodução assistida gratuita? *Guia do bebê*. Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/onde-encontrar-reproducao-assistida-gratuita/>>. Acesso em: 5 jun. 2016.

POR ANO, quinze milhões de mulheres engravidam porque não usam métodos contraceptivos. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/site/?p=10448>>. Acesso em: 3 jun 2016. LEAL, Ondina Fachel. Sangue, fertilidade e práticas contraceptivas. In: ALVES, p. C., MINAYO, M. C. S. (orgs.). *Sau´de e doença: um olhar antropológico* [online]. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1994. 174 p. ISBN 85-85676-07-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/site/?p=10448>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

NEVES, Carlos. *Bioética: temas elementares*. Lisboa: Fim de Século, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, t. 9.

SACCONI, Luiz Antonio. *Grande dicionário da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão: direito de família (BGB – Familienrecht)*. 9. ed. rev. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

civilistica.com

Recebido em: 18.04.2016  
Aprovado em:  
22.04.2016 (1º parecer)  
02.06.2016 (2º parecer)

**Como citar:** GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/maternidade-de-substituicao-e-a-lacuna-legal-questionamentos/>>. Data de acesso.