**BIODIREITO E DIREITO DE FAMÍLIA:** uma análise jurídica da

maternidade de substituição[[1]](#footnote-1)

Eline Lopes dos Santos*[[2]](#footnote-2)*

José Carlos Santos Rodrigues*[[3]](#footnote-3)*

José Raimundo Froz Chagas Junior[[4]](#footnote-4)

**Sumário**: 1 Introdução. 2 Mudanças decorrentes do avanço tecnológico na área biológica: da maternidade assistida à maternidade de substituição. 2.1 Aspectos conceituais da maternidade de substituição. 3 Maternidade de substituição e o direito de família. 3.1 Considerações gerais sobre direito de família. 3.2 Compreensão dessa forma de maternidade sob a ótica de institutos do direito de família. 4 Análise das questões pertinentes e direcionamento dado pela legislação, doutrina e jurisprudências sobre maternidade de substituição de acordo com ordenamento vigente. 4.1 Discussões acerca da maternidade de substituição em âmbito jurídico. 4.2 Das possíveis soluções para a problemática. 5 Conclusão. Referências

**RESUMO**

O presente trabalho tem por fim mediato analisar as diretrizes legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias na realidade brasileira que oferecem amparo para a relação de maternidade de substituição, bem como das propostas pelo Direito comparado. Desta forma, visa ainda a verificar a existência de direitos à liberdade de acesso às técnicas de procriação artificial, em benefício daqueles que não podem ter filhos de maneira natural, bem como procura verificar a existência de limites que possam ser estabelecidos através da observação de princípios bioéticos e dos princípios jurídicos constitucionais. Igualmente atentar para a necessidade da construção de um Biodireito capaz de regulamentar de maneira específica às situações decorrentes dos processos reprodutivos. Além de procurar estabelecer os critérios para a atribuição da maternidade de substituição.

**Palavras-chave:** Biodireito. Inovações tecnológicas. Reprodução assistida. Maternidade de substituição.

**1 INTRODUÇÃO**

A sociedade contemporânea apresenta particulares mudanças que fazem com que se observe a necessidade de uma análise jurídica diferenciada em determinados casos. Na realidade atual, profundas mudanças comportamentais são percebidas, alterações essas decorrentes de inovações tecnológicas atribuídas em diversos setores.

Com o avanço tecnológico da medicina, nos deparamos atualmente com o que é denominado de reprodução assistida, que consiste na interferência humana no processo natural de procriação, sendo que com esse método possibilita a maternidade ou a paternidade a pessoas com problemas de infertilidade. Assim, nesse contexto, por exemplo, temos a possibilidade de a mulher conceber seu filho em um útero de terceiro.

A reprodução humana assistida tem despertado não somente discussões de cunho ético, haja vista a interferência humana na reprodução natural, bem como tem despertado discussões de cunho jurídico, pois, com essa técnica, se suscitam indagações quanto a institutos basilares do direito de família.

Então, dessa forma, observando a ideia de que o direito possui a finalidade de não somente conhecer, mas também compreender a sociedade humana a fim de buscar normatizar a mesma, deverá este mesmo direito adequar-se a essas novas mudanças vivenciadas por essa sociedade. Destarte, eis, que é latente a necessidade de que o Direito regule esses novos acontecimentos, possibilitando limites para a utilização da técnica de reprodução assistida, sem deixar de pontuar aspectos éticos, morais, bem como, sociais.

**2 MUDANÇAS DECORRENTES DO AVANÇO TECNOLÓGICO NA ÁREA BIOLÓGICA:** da maternidade assistida à maternidade de substituição

O desenvolvimento científico e tecnológico é perceptível na sociedade, em várias áreas do conhecimento. A exemplo de uma área de conhecimento onde se teve a introdução de inovações tecnológicas, temos a medicina, especialmente, no que concerne à reprodução, que é o nos interessa no presente trabalho. Com o avanço tecnológico da medicina nos deparamos atualmente com o que é denominado de reprodução assistida, que consiste na interferência humana no processo natural de procriação, sendo que, com esse método, se possibilita a maternidade ou a paternidade a pessoas com problemas de infertilidade.

Não há dúvida de que isso represente um avanço, pois, tradicionalmente, a única esperança para os casais impossibilitados de reproduzirem e alcançarem a maternidade e a paternidade, seja por problema de infertilidade ou esterilidade, era por meio do processo da adoção.

Contudo, com tal avanço tecnológico na área de reprodução humana assistida, surgiu um novo horizonte de esperança para os casais com problemas de infertilidade e aos casais estéreis, uma vez que tornar-se-ia a possível realizar o desejo de ter filhos, provenientes de seu patrimônio genético. Assim, nesse contexto, por exemplo, temos um cenário no qual a mulher pode ter a possibilidade de conceber seu filho em um útero de terceiro. A partir dessa técnica, existe a oportunidade de um casal ter seu filho formado por meio do uso do óvulo da mulher e do espermatozoide do marido, porém, a gestação não se dará na mãe "genética", mas sim, no útero de um terceiro, no caso de uma mulher doadora.

Simples assim? Obviamente que não, pois se estar diante um método novo e o novo sempre apresenta suas facetas de questionamentos variados, principalmente por se tratar de um procedimento que envolve a reprodução humana. Nesse sentido, a utilização das técnicas de reprodução assistida suscitou situações jamais enfrentadas no mundo do Direitos.

Desse modo, é preciso falar que, ao passo que se evolui para resolução de um problema que afeta inúmeros casais – a reprodução humana assistida, surgiu também uma gama de dificuldades que exigem do Direito, no mínimo, uma reflexão, com ênfase no âmbito do Direito de Família, uma vez que o direito não acompanha a velocidade dos progressos da Medicina. A ausência de uma legislação específica faz com que as várias técnicas de reprodução assistida suscitem discussões éticas e questionamentos jurídicos que provocam instabilidade jurídica e consequentemente uma infinidade de conflitos.

**2.1 Aspectos conceituais da maternidade de substituição**

De acordo com Junges (1999), o desenvolvimento das tecnologias reprodutivas foi colocado a serviço das mulheres, em um primeiro momento, para atender ao desejo de evitar filhos através das técnicas de contracepção. Atualmente, estão à disposição do desejo de gerar filhos por meio das técnicas de reprodução humana assistida. Isso vem atender a necessidade de mulheres que apresentam dificuldade de engravidar, bem como satisfazer o desejo efetivo dos casais estéreis de terem filhos.

Após tais esclarecimentos, optamos, nessa seção, em descrever as perspectivas conceituais sobre a maternidade de substituição. Sigamos adiante.

Para Pessini e Barchifontaine (1991, p. 215), técnicas de reprodução humana assistida são o “conjunto de procedimentos que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo”, através da união dos gametas masculino e feminino. Na atualidade, as principais técnicas de reprodução assistida, são:

A inseminação artificial (IA), a transferência peritonial de gametas (POST), a transferência intratubária de gametas (GIFT) – gametha intra fallopian transfer –, a transferência intratubária de zigotos (ZIFT) – Zibot Intra Fallopian transfer, a fecundação ‘in vitro’ (FIV), seguida da transferência de embriões (FIVETE), e ainda, técnicas mais complexas que podem envolver doação de óvulo, doação de embriões e, até mesmo, a maternidade de substituição (AMORIM, 2006, p. 11).

Interessa-nos, entretanto, aprofundar apenas a maternidade de substituição, a fim de atender os objetivos do presente trabalho.

Amorim (2006) assevera que a maternidade de substituição se constitui quando uma mulher estéril recorre a uma outra mulher, terceira em relação ao casal, para que esta assegure a gestação do embrião, e, ao termo, entregue a criança ao casal solicitante. Nessa perspectiva, ao se referir à técnica, acrescenta Mariangela Badalotti: poderá ocorrer “com a transferência de embriões ao útero de uma mulher que o alugue ou o empreste, ou através de uma inseminação artificial ou FIV em que a mulher ponha seu óvulo, além do útero” (BADALOTTI, 2004, 07). Como já mencionado anteriormente, nesses tipos de caso, a maternidade poderá ocorrer de três maneiras distintas, tais como: a mãe genética, a mãe substitutiva, ou a mãe social.

Renata Raupp Gomes oferece, ainda, contribuição valorosa na discussão:

Poder-se-ia verificar, a princípio, ao menos duas paternidades e três maternidades distintas: óvulo e espermatozoide de doadores, gestados por mãe substituta. Assim, a paternidade biológica difere da jurídica e a maternidade por sua vez, desmembra-se em genética, gestacional e psicossocial (GOMES, 2004, p. 346).

Por esta e outras questões é que a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, tenta restringir o uso da prática, ao estabelecer que a maternidade de substituição só poderá ocorrer quando da existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da mulher que pretenda ter um filho e forneça o óvulo – pertencente ao casal solicitante (AMORIM, 2006).

Nas palavras de Eduardo Leite, a procriação assistida “surge como um meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de dar filhos” (LEITE, 1995, p. 26). Não há o que se contestar diante desse desejo por parte dos casais. Aliás, vale ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura em seu artigo 12º que “homens e mulheres em idade adequada ao casamento têm direito a casar e constituir família”, configurando-se em direito fundamental, portanto.

**3 MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO DE FAMÍLIA**

A maternidade de substituição, como supramencionado, tem consequências tanto éticas quanto jurídicas. No universo do Direito, as discussões são suscitadas pelo e no direito de família. Desse modo, entendemos que a elaboração desse trabalho não poderia se esquivar de discutir a problemática. Para tanto, reservamos esse capítulo para fazer a abordagem, primeira e brevemente sobre o direito de família em si e, posteriormente, sua relação direta com a maternidade de substituição.

**3.1 Considerações gerais sobre direito de família**

Conforme os ensinamentos de Diniz (2014), sabemos que, o direito de família constitui o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, bem como da dissolução deste e das relações entre pais e filhos etc. Assim, é notório que é extremamente necessária a compreensão desse instituto para que se estabeleça uma análise técnica entre a reprodução assistida e, consequentemente, maternidade de substituição com o ordenamento jurídico brasileiro.

Gonçalves (2013) considera o direito de família aquele mais intimamente ligado à própria vida. Para o autor, “os direitos de família são os que nascem do fato de uma pessoa pertencer a determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho etc.” (2013, p. 18).

Nas palavras de Caio Mário Pereira (2006), o direito de família ocupa posição destacada no Direito Privado. Nada distantes do pensamento de Diniz e Gonçalves, ele reforça que o direito de família constitui o complexo de normas disciplinares das relações de família, isto é, das que se passam entre pessoas ligadas pelo parentesco e pelo casamento (PEREIRA, 2006, p. 30).

**3.2 Compreensão dessa forma de maternidade sob a ótica de institutos do Direito de Família**

A Maternidade de Substituição, compreendida, a nível de conhecimento popular, enquanto "barriga de aluguel", como já sabemos, é uma prática de reprodução humana assistida, consistindo a mesma, em suma, na doação temporária do útero de uma mulher, tornando possível a realização de um projeto parental em favor de outra, sendo que foi esta que o idealizou.

Esse tipo de reprodução assistida, haja vista suas peculiaridades, provoca inúmeras indagações que não só envolvem perspectivas éticas, mas também jurídicas. Primeiramente, devemos lembrar que nesse tipo de maternidade poderemos ter diversas "combinações". À exemplo, podemos ter situações em que existirão três figuras, a saber, a pessoa que idealizou a maternidade, a pessoa que doou o óvulo e a que doou o útero para que se concretizasse essa maternidade. Vale destacar que, para o estudo em foco, nos atemos, principalmente, as indagações para o caso da maternidade de substituição onde pessoa que idealizou a maternidade é a mesma que doou o óvulo a terceiro que doou o útero.

Superado tal esclarecimento quanto ao direcionamento do trabalho, importante é afirmar que a maternidade de substituição, frente a sua particularidade recente e inovadora, gera para direito de família questionamentos aos seus institutos basilares, questionamentos estes que o Direito deve amparar, no caso de não haver amparo legal, conforme trataremos nos itens seguintes.

As questões suscitadas pela maternidade de substituição giram em torno da maternidade, paternidade, filiação e responsabilidade parental. Aqui entendemos que, existe a possibilidade de as duas "mães" quererem para si a criança gerada, o que gerará um conflito não somente quanto a natureza jurídica da relação entre a idealizadora doadora do óvulo e a doadora do útero, como também fará surgirem dúvidas quanto a filiação dessa criança, indagando-se de tal forma quem seria a mãe de fato.

Outro problema possível, que também adentra a seara do Direito de Família, é no caso da doadora ser casada, pois surge a ideia de que poderia esse marido ser considerado pai dessa criança. E, por conseguinte, ainda existe um problema ainda maior, que é a possibilidade de ambas as "mães" desistirem da criança, não o querendo mais para si, por decisão pura e simples ou pelo fato da criança ter nascido com alguma má formação genética, por exemplo.

É pertinente afirmar que, tais questionamentos geram "abalos" principalmente para a criança, pois a partir da existências dos mesmos percebe-se uma grande insegurança quanto a proteção e amparo paro aquele, sendo salutar discussões sobre a temática para que se encontrem soluções efetivas em âmbito jurídico, a fim de fornecer amparo suficiente para se dirimir dúvidas, principalmente quanto a filiação. Pois, a dúvida acerca desta, além de gerar insegurança física e psicológica, é sabido que a filiação envolve diretamente direito patrimoniais e não patrimoniais.

Lembrando que cabe, antes de mais nada, à essa criança o direito fundamental à identidade e à ampla proteção e segurança, devendo o Estado protegê-la ante a qualquer conflito entre filiação, para que não haja cerceamento de direitos. E, será justamente para se compreender esses conflitos e apontar possíveis soluções em âmbito do ordenamento jurídico brasileiro que seguem os tópicos a seguir.

**4 ANÁLISE DAS QUESTÕES PERTINENTES E DIRECIONAMENTO DADO PELA LEGISLAÇÃO, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIAS SOBRE MATERNIDADE DE SUBSTIUIÇÃO DE ACORDO COM ORDENAMENTO VIGENTE**

A prática da maternidade de substituição, embora seja recente e provoque diversas dúvidas tanto de cunho ético quanto jurídico, é mais frequente do que se possa imaginar, fazendo com que se acentue a pertinência de uma análise do tratamento que lhe é oferecido pelo ordenamento jurídico pátrio, sem contudo, deixar de se valer das possibilidades do Direito comparado.

Por isso, o presente trabalho, nesse momento, pretende tecer comentários referentes às discussões atinentes à essa temática em âmbito jurídico, buscando assim, compreender a problemática trazida para o Direito ao se deparar com uma nova realidade da família brasileira, fazendo com haja a necessidade de se repensar alguns institutos do direito de família, bem como a própria aplicabilidade do Direito nesses casos.

**4.1 Discussões acerca da maternidade de substituição em âmbito jurídico**

A Constituição Federal declara em seu Art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996, o direito ao planejamento familiar. Sob esta denominação, entende-se a livre escolha do casal no que diz respeito à reprodução, desde que tenha informações suficientes e acesso aos meios de contracepção adequados. Mediante o exposto, reafirma-se ser legitimamente aceitável que as pessoas atingidas pela infertilidade tenham a oportunidade de recorrer às técnicas de procriação artificial, a fim de satisfazer o desejo natural de ser pai e mãe biologicamente.

Diante disso, quais são os limites jurídicos enfrentados nessa questão? No Brasil, por exemplo, há regulamentação legal para a efetivação de tal procedimento?

É importante compreender, no cenário jurídico brasileiro atual, qual é o amparo legal para situação de reprodução assistida, bem como, consequentemente, para maternidade de substituição. De tal forma, observa-se que, no que concerne a regulamentação, é sabido que, no Brasil, tal prática recebe amparo pela Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, contudo, tal regulamentação não possui força de lei. E, dessa maneira, por conseguinte, não há de se falar em implicação de sanções. Porém, há de se lembrar que, com isso existe a promoção da regulamentação de tal prática de modo a indicar parâmetros para que a mesma ocorra regularmente, para que dessa forma exista a possibilidade de afastar o intuito mercantil (não que isso de fato traduza a realidade).

Contudo, há de se mencionar que a regulamentação do referido Conselho, anteriormente comentada, até possibilita um tratamento por meio de restrições à maternidade de substituição, entretanto, tal resolução é incipiente, haja vista que, trata-se de norma infralegal. Desse modo, é salutar a interferência do Direito em meio a tamanha precariedade normativa.

Dentre as indagações pertinentes no tocante a maternidade de substituição em âmbito jurídico, temos a questão da natureza jurídica dessa maternidade substituta, bem como também temos a problemática de quando ambas as mães, a que idealizou a maternidade e a que doou o útero, pretendem assumir a maternidade, gerando assim um conflito. Existindo também críticas por tal acordo constituir ameaça à dignidade da criança, entre outros conflitos.

Conforme assevera Martins et. al (2009), existe uma grande polêmica que gira em torno da natureza jurídicas da Maternidade de Substituição, onde, atualmente, nos EUA e na Índia a técnica é aceita e realizada por meio de Contrato de Gestação, no qual a mãe substituta obriga-se a entregar o bebê aos pais que idealizaram o projeto parental, logo após o parto. Contudo, tal tratamento dado é criticado pois fere a dignidade da criança, pois de acordo com tais críticas, não pode a criança ser objeto de contrato, muito menos antes de nascer.

É pertinente afirmar que, de acordo com Guilherme Oliveira(1992), existe uma corrente na qual se dá uma tratamento à maternidade de substituição como algo similar a adoção. Lembrando que, para Picolin, a adoção constitui:

O instituto da Adoção é uma modalidade artificial de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária e legal, um estranho no seio familiar. O vínculo criado pela Adoção visa imitar a filiação natural, ou seja, aquele oriundo de sangue, genético ou biológico, razão pela qual, também é conhecida como filiação civil (PICOLIN, 2007, p. 56).

Assim, levando em conta uma das finalidades da adoção, que é a de possibilitar a existência de um filho para quem esteja impedido biologicamente de ter um, até fica fácil a compreensão da perspectiva do autor Oliveira, anteriormente citado, contudo, no presente trabalho, não nos filiamos à esse pensamento, pois partimos da compreensão de que na adoção, houve privação do poder familiar dos pais da criança, primando pelo interesse da mesma. E, na maternidade de substituição não há de se falar de fato em privação do poder familiar, existindo sim, um idealização de maternidade por parte da mãe que doa seu óvulo, sendo que estamos tratando de uma criança que está por vir ainda.

Dessa forma, passaremos à discussão dessa técnica na realidade jurídica brasileira, valendo expor que, é notório observar que, de acordo com o que já fora exposto, no Brasil não existe um tratamento legal dado a maternidade de substituição, portanto, eis que existe uma lacuna, carecendo de lei específica. E, assim, não há contorno legal que seja, quer para delimitar os limites de sua prática, ou mesmo para proibi-la.

Nesse diapasão, é perspicaz a análise da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, que regulamenta o que versa o parágrafo 4° do artigo 199 da Constituição Federal. Tal artigo trata da assistência à saúde, admitindo que esta é livre à iniciativa privada, onde em seu parágrafo 4°, temos em sua parte final a proibição de todo tipo de comercialização. Tal determinação, em comparação a prática da maternidade de substituição, levando-se em conta essa gestação de terceiro sendo onerosa e, também, considerando que o útero é um órgão, suscita a ideia de que tal prática contrária é ao que preceitua a Constituição Federal.

Sobre tal discussão, esclarece Carvalho:

[...]o artigo 199, § 4º, da Constituição Federal, há que ter outra interpretação. Tem por escopo proibir a comercialização “de qualquer órgão, tecido ou substância”, desde que em prejuízo às próprias partes ou também desde que macule o princípio da dignidade da pessoa humana. Na gestação por substituição nada disso ocorre. Tudo acontece com anuências das próprias partes, em benefício do casal e da futura criança (CARVALHO, 2012, p. 78).

Outro problema pertinente enfrentado é a possibilidade da existência de um contrato para auxiliar essa relação entre a mãe idealizadora da gestação e a "mãe" que doa o útero para que tal projeto familiar se concretize, e por conseguinte, se havendo conflitos entre elas, se poderia levar tal "documento" ao judiciário para requerer, ou mesmo, exigir o cumprimento do que ali fora acordado, sem prejuízo de eventuais danos causados.

É sabido que, o Direito, por mais que objetive responder aos anseios sociais da realidade que o cerca, é um tanto quanto impossível para o mesmo prever cada mudança de comportamento social, bem como cada progresso decorrente da ciência e suas implicações jurídicas, antecipadamente. E, conforme, já comentado antes, não existe no Direito Brasileiro algo concreto que regule, ou mesmo, legalize a maternidade de substituição. De tal maneira, permanece a dúvida sobre a validade e a legalidade do contrato de cessão temporária, pois carece de preceito legal.

O último problema para seara jurídica que abordaremos aqui, é a questão filiação, que já objeto de comentários em itens anteriores, pois é de suma importância da prioridade a criança, até porque, mediante a situações conflituosas decorrentes de tal prática, o mesmo fica a mercê da insegurança tanto psicológica, quanto física. Lembrando que, é importante versar sobre a filiação, devido também a sua repercussão em direitos patrimoniais e não patrimoniais.

Sabemos que o atual Código Civil tornou mais amplo o entendimento de filiação, porque, determina que o parentesco pode ser tanto natural quanto civil, haja vista que pode ser resultante de consanguinidade ou origem diversa (artigo 1.593, CC). Dessa maneira, existe a possibilidade de se distinguir a filiação mediante três critérios, a saber, o jurídico, decorrente do vínculo parental que prevê o Código Civil, o biológico, que decorre da relação de consanguinidade e, o sócio-afetivo, que advém de princípios que primam pelo melhor interesse da criança e do adolescente, sem prejuízo ao princípio da dignidade da pessoa humana, onde aqui a função de pais não está vinculada a existência de vínculo sanguíneo. Porém, na maternidade de substituição temos uma característica singular que é o laço vinculado à vontade de aceitação dos filhos, revolucionando assim o tema jurídico de filiação, existindo, portanto, uma lacuna no ordenamento jurídico quanto à isso. Contudo, no nosso próximo item, tentaremos apontar o melhor caminho a ser tomado, considerando não só o Direito Brasileiro como o Direito Comparado.

**4.2 Das possíveis soluções para a problemática**

É sabido que o Direito possui a incumbência de atender os anseios da sociedade na qual está inserido, sendo assim, deve conhecer, compreender e lançar normas que possibilitem um bom convívio e ampare as relações dessa sociedade. Na maternidade de substituição, conforme observado anteriormente, existem discussões das quais nos interessam no presente trabalho, principalmente, as de cunho jurídico.

Para delimitar possíveis soluções acerca das problemáticas que permeiam a técnica de maternidade de substituição, recorremos aos preceitos da Carta Magna de 1988, resolução do Conselho de Medicina anteriormente citada, projeto de lei sobre o tema, lei de transplante de órgãos, conceitos e discussões doutrinárias, bem como do direito comparado, que já tem se adiantado bem mais que o judiciário brasileiro no tocante a tal assunto.

Primeiramente, há de apontar soluções quanto a possibilidade de proibição ou não de tal prática. Entendemos que, embora não tenha um lei que regule a maternidade de substituição, não há no ordenamento jurídico brasileiro algo que sustente de maneira consistente a proibição da mesmo e, consequentemente, sua imputação criminosa à exemplo do ocorre em Portugal, onde existe punição com pena de prisão de até 2 anos ou pena de multa de até 240 dias (lei n°32/2006).

No Brasil, assim como acontece também na Tailândia, embora não tenhamos um tratamento legal específico, se permite a cessão do útero, porém sem ter fim lucrativo, levando em consideração o que delimita a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Ainda no que diz respeito da legalidade da prática em si, compreendemos que, ao levar em consideração a Lei de Transplantes de Órgãos, no caso da mulher que oferece o útero vier a cobrar tal ação, não há de falar que poderia incorrer a mesma nas penas que decorrem de tal lei, pois concordamos com os ensinamentos de Leite (1995, p.405) que, a utilização do útero não se enquadra ao caso referido pela lei, não sendo o procedimento da maternidade de substituição assimilável ao transplante de órgãos. Sobre a mesma ótica, afirma Bufulin:

A Lei de Transplante de Órgãos não se aplica por analogia à gestação por substituição, pois além do procedimento que envolve o transplante de órgãos ser diferente da cessão temporária do útero materno, não há na gestação por substituição qualquer remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas (BUFULIN, 2013, p. 24).

Já no tocante à questão do contrato gestacional ser lícito ou não, vale observar que, ainda existem, na doutrina, discussões à esse respeito, onde uns defendem que é ilícito contratar útero, não possuindo o mesmo assim validade jurídica, enquanto outros entendem que embora possua lacuna, existe a necessidade da celebração de um pacto de gestação de substituição para dirimir conflitos existentes. Vale aqui, no tocante ao direito comparado que, nos EUA, essa cessão temporária não somente é permitida como se é dado entendimento de negócio jurídico contratual.

Existe um projeto de lei, n° 4.892 de 2012 que versa sobre a possibilidade dessa relação contratual, assim temos, o seguinte:

Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação.

Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer (BRASIL, 2012).

Contudo, embora entendemos que é viável a intenção do deputado para dar uma delimitação e possibilitar possíveis soluções ao tema, entendemos pela não licitude do contrato gestacional, pois compartilhamos do entendimento majoritário, bem como da mesma compreensão de Zeger:

[...] enquanto não houver uma legislação específica, a decisão final dependerá da forma como o juiz entender a questão. É importante observar que contratos nos quais alguém vende, aluga ou cede parte de seu corpo são ilegais; logo, ainda que a mãe gestante tenha assinado algum tipo de contrato [...], esse documento não possui nenhum valor legal (ZEGER, 2007, p. 103).

Frente ao conflito de que poderia ser considerada mãe nessa relação conflituosa, entendemos algumas soluções possíveis, tal como a de que mãe seria aquele que manifestou de fato a vontade para tanto, assim como entende Diniz (2002, p. 580), ou, conforme compreensão de Fernandes (2000, p. 114), a mãe em questão seria aquela que sócio-afetiva. De tal modo, entendemos que, não há a prevalência no caso do *brocardo mater semper certa est*, haja vista que a maternidade de substituição pela sua particularidade altera as implicações das presunções de maternidade e paternidade, conforme assevera Maluf (2012, p.451):

A cessão temporária de útero altera as aplicações das presunções de paternidade e maternidade. Até recentemente, poder-se-ia afirmar, com relativa segurança, ser a identidade da mãe sempre certa [...]. Ao contrário da paternidade, a maternidade era passível de provas diretas, como por exemplo, a gestação e o parto, onde o princípio “mater semper certa est” era estabelecido simplesmente com a prova do parto ocorrido na vigência do casamento. Com o surgimento das técnicas de reprodução assistida e o uso da prática da “mãe de substituição”, o princípio “mater semper certa est” foi colocado em dúvida (MALUF, 2012, p. 451).

Assim, compreendemos que, de acordo com os ensinamentos de Canezin (2007), tal princípio resta duvidoso, pois não há de se presumir por mãe aquela que gera e dá a luz, pois a mesma contribuiu apenas para que aquele ser tivesse condições de nascer, não havendo ela contribuído com suas células germinativas e, que assim resolveu proceder por altruísmo.

Por fim, entendemos que, deverá ser considerada mãe, aquela que idealizou o projeto familiar, pois, se considerarmos que mãe seria a que gerou ou a parturiente, estaríamos engessando, ou melhor, "sabotando" o próprio propósito da maternidade de substituição que é a ideia da pessoa que não pode por si mesma realizar o sonho de ser mãe, e se vale dos avanços tecnológicos e da ação "altruísta" de outrem para que tenha esse projeto realizado.

**5 CONCLUSÃO**

Os avanços tecnológicos na área científica tem contribuído em muito para propiciar melhoras na vida humana, contudo, observa-se que tais avanços muita das vezes influenciam de forma tão latente a vida humana que acaba por mudar consideravelmente o comportamento social e, tais mudanças geram reflexos também em âmbito jurídico.

Com esses avanços tecnológicos da medicina nos deparamos atualmente com o que é denominado de reprodução assistida, que consiste na interferência humana no processo natural de procriação, sendo que com esse método se possibilite a maternidade ou a paternidade a pessoas com problemas de infertilidade.

Diante dessa realidade, o presente estudo buscou a análise de um tipo de reprodução assistida que é a maternidade de substituição. Assim, nesse contexto, por exemplo, temos um cenário no qual a mulher pode ter a possibilidade de conceber seu filho em um útero de terceiro. A partir dessa técnica, existe a oportunidade de um casal ter seu filho formado por meio do uso do óvulo da mulher e do espermatozoide do marido, porém, a gestação não se dará na mãe "genética", mas sim, no útero de um terceiro, no caso de uma mulher doadora.

Contudo, esse tipo de reprodução tem despertado não somente discussões de cunho ético, haja vista a interferência humana na reprodução natural, bem como tem despertado discussões de cunho jurídico, pois, com essa técnica, se suscitam indagações quanto a institutos basilares do direito de família. As questões suscitadas pela maternidade de substituição giram em torno da maternidade, paternidade, filiação e responsabilidade parental, onde o problema maior centra-se na ideia dessa criança ficar a mercê de uma insegurança física e psicológica mediante a existência de conflitos, haja vista não existe ainda no Brasil lei específica que trate do tema.

Após discorrer sobre a cessão de útero, entendemos que, ao se analisar o direito comparado, existem diversas possibilidades de tratamentos dados à essa técnica de reprodução humana, à exemplo de Portugal que determina em sua lei até a implicação de sanção, ou mesmo à exemplo dos EUA que tem nessa cessão a existência de um negócio jurídico. Entretanto, em nível de ordenamento jurídico brasileiro, obtivemos o entendimento que, embora não tenhamos um tratamento legal específico, se permite a cessão do útero, porém sem ter fim lucrativo, levando em consideração o que delimita a Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

Ademais, ainda no que diz respeito da legalidade da prática em si, compreendemos que, ao levar em consideração a Lei de Transplantes de Órgãos, no caso da mulher que oferece o útero vier a cobrar tal ação, não há de falar que poderia incorrer a mesma nas penas que decorrem de tal lei, por tal prática não ser assimilável ao transplante de órgãos. Já no tocante à questão do contrato gestacional ser lícito ou não, observamos que, embora ainda existem, na doutrina, discussões à esse respeito, prevalece a defesa de é ilícito contratar útero, não possuindo o mesmo assim validade jurídica.

No que tange, a problemática de quem deverá ser considerada mãe da criança (quem idealizou a maternidade e forneceu o óvulo ou quem doou o útero), entendemos que, deverá ser considerada mãe, aquela que idealizou o projeto familiar, pois, se considerarmos que mãe seria a que gerou ou a parturiente, estaríamos engessando, ou melhor, "sabotando" o próprio propósito da maternidade de substituição que é a ideia da pessoa que não pode por si mesma realizar o sonho de ser mãe, e se vale dos avanços tecnológicos e da ação "altruísta" de outrem para que tenha esse projeto realizado.

Porém, por fim, compreendemos que, embora dê para se valer de análise doutrinárias ou mesmo do Direito Comparado para se tratar o tema, é mister a existência de legislação específica para dar tratamento específico e impor limites. Pois da forma que está, ficará a decisão a cargo da maneira de como o juiz entender a questão. Sem mencionar que, o principal problema se encontra em como encontrar a melhor solução para a criança, mediante tal lacuna da lei, de modo proporcionar segurança física e psicológica a mesma, sem detrimentos de direitos inerentes à sua filiação.

**REFERÊNCIAS**

AMORIM, Caroline Sebastiany. **Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf>> Acesso em: 25 out. 2015.

BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n° 1.358, de 1992**. Dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

\_\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406/2002**, institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.434/1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**,** Brasília, DF, 5 fev. 2007.

BUFULIN, Augusto Passamani. Contrato de gestação. **A Tribuna**. Vitória, 11 jun. 2013. Tribuna Livre, p. 24.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei nº 4892/2012**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=7684D02FB51B9340E1B156574FA15A89.node2?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012>. Acesso em set. 2015.

CANEZIN, Claudete Carvalho. O direito dos pais biológicos em registrar seu filho gerado por mãe hospedeira. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário:** decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Volume 2. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Newton Teixeira. **Ações declaratórias de existência e inexistência de filiação. Dom Total.** Disponível em:<http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf/5dce86a75ede3e6719a842abe122e106.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro.** 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol.5.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões.** Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, volume 6.

GOMES, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 346.

JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

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

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

MARTINS, Flavio Alves; ROCHA, Juliana Carvalho Brasil da; CARVALHO, Beatriz Santos; MONTEIRO, Bernardo Antonio Gonçalves; SANTOS, Luis Felipe Freind dos; MARTINS, Marina Rodrigues; QUEIROZ, Nathalia Martins Barbosa de. **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=6607>. Acesso em set 2015.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só 'uma' duas!:** o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 16 ed. rev. e atual. Forense, 2006, volume v.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. **Problemas atuais da bioética**. São Paulo: Loyola: 1991.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. **A adoção e seus aspectos.** In: Âmbito Jurídico, Santa Catarina, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128>>. Acesso em: set. 2015.

PORTUGAL. Lei nº 32/2006, de 26 de julho de 2006. **Diário da República,** 1. série, nº 143, 26 jul. 2006.

SÁ JÚNIOR, Geraldo Zimar de. **Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13892&revista_caderno=14>

>. Acesso em: set. 2015.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. **Gestação de Substituição: Direito a ter um filho.** Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, v.1, n.1, São Paulo: 2011.

ZEGER, Ivone. **Como a lei resolve questões de família.** São Paulo: Mescla, 2007.

1. *Paper* apresentado à disciplina de Direito de Família e Sucessões, do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do sexto período do curso de Direito da UNDB [↑](#footnote-ref-2)
3. Aluno do sexto período do curso de Direito da UNDB [↑](#footnote-ref-3)
4. Aluno do sexto período do curso de Direito da UNDB [↑](#footnote-ref-4)