

## A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O CONFLITO DE PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE CERTA: ESTUDO DE CASOS

**Caroline Rocha Pereira Teixeira**

SURROGACY MATERNITY AND THE CONFLICT OF CERTAIN MATERNITY ASSUMPTION: CASE STUDY

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a relatividade da presunção de maternidade certa, conhecida como *mater semper certa est*, no caso de maternidade de substituição. Para tanto, serão demonstradas as mudanças ocorridas na estrutura familiar, como a liberdade de planejamento familiar, estabelecida na Constituição Federal, dentre outras advindas da evolução científica. Posteriormente, conceitua-se a maternidade de substituição, ao elucidar os aspectos jurídicos e os procedimentos médicos necessários. Por fim, será feito o estudo de dois casos. O primeiro é conhecido como o caso *Baby M.*, julgado na Suprema Corte de *New Jersey*, que foi escolhido em virtude da discussão jurídica sobre a definição da maternidade na hipótese de barriga de aluguel. O segundo caso versa sobre o registro civil no processo nº 104.323/2009, decidido pelo Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, escolhido também pela definição da maternidade cuja peculiaridade foi ter ocorrido a cessão temporária de útero para gestação de uma criança encomendada por outro casal, seja de forma onerosa, seja gratuita. Conclui-se que a presunção de maternidade pela gravidez e pelo parto foi relativizada, uma vez que a ciência possibilitou outras maneiras de concepção, como a maternidade de substituição; logo, não convém definir uma regra absoluta, mas decidir conforme o melhor para a criança, de acordo com a dignidade das pessoas envolvidas e consideradas as particularidades de cada caso. Na hipótese de futura lei, a norma deve impor soluções viáveis, sem grandes dificuldades para a aplicação do direito, como as cláusulas abertas.

» **PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO CIVIL. PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE CERTA. MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. ESTUDO DE CASOS. RESOLUÇÃO Nº 2.013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

### ABSTRACT

*This article aims to analyze the relativity of certain maternity presumption, known as *mater semper certa est*, in the case of surrogate motherhood. Therefore, the changes will be demonstrated in the family structure, such as freedom of family planning, established in the Constitution, among others resulting from scientific developments. Later, conceptualizes to surrogacy, elucidating legal aspects and the necessary medical procedures. Finally, a case study will be done. The first is known as the case of "Baby M", judged in the Supreme Court of New Jersey, which was chosen because of the legal debate on the definition of motherhood, in the case of surrogacy. In the second case, will be talked about the civil registry in case nº. 104323/2009, decided by the Magistracy Superior Council of São Paulo, also chosen in order to analyze the definition of motherhood, but in this case, occurred the practice of temporary uterus cession for gestation of a child ordered by another couple, whether costly or free. Based on the foregoing, it was concluded that maternity presumption by pregnancy and the birth was relativized, since science has enabled other ways to design, such as surrogate motherhood, therefore, should not set an absolute rule, but decide according to the best for the child, ensuring the dignity of the people involved and considering the particularities of each case. In the event of a future law, the rule must requiring viable solutions and no major difficulties in applying the law, such as open clauses.*

» **KEYWORDS:** CIVIL LAW. PRESUMPTION OF RIGHT MOTHERHOOD. SURROGACY. CASE STUDY. RESOLUTION Nº. 2.013/2013 OF THE FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE, IN BRAZIL.

### INTRODUÇÃO

Desde o início dos tempos, a sociedade está em contínua transformação, principalmente nas relações familiares. Em razão disso, os valores tradicionais que pautavam a entidade familiar mudaram, assim como a legislação. O direito de família, acompanhando o progresso científico,

passou por sucessivas mudanças, inclusive na área da reprodução humana medicamente assistida, o que causou inúmeras implicações jurídicas.

Dentre essas implicações, há a relativização da presunção de maternidade certa pela gravidez e parto, no caso de maternidade de substituição, tema central deste artigo. Para compreender as questões jurídicas que envolvem essa técnica de reprodução, surge a necessidade de esclarecer alguns pontos cardeais, para que, depois, seja feito o estudo de casos sob a perspectiva da presunção *mater semper certa est*.

No primeiro tópico, aborda-se a construção da ideia de família ao longo do tempo. Uma das conquistas mencionadas é o direito ao livre planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, que assegura a efetividade do direito à reprodução ou à descendência para pessoas que têm restrições físicas e precisam de intervenções médicas para procriarem. Em continuidade, serão explicados alguns conceitos básicos da reprodução assistida e da maternidade de substituição.

No segundo tópico, serão delineados os aspectos jurídicos da maternidade de substituição, a qual, resumidamente, envolve a cessão temporária do útero para a gestação da criança que será entregue, após o nascimento, para um casal que pode ou não ser composto pelos seus pais genéticos. Por fim, serão apresentados traços comparativos entre a decisão da Suprema Corte de *New Jersey* e a do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de discutir como seria decidido o primeiro caso se a legislação brasileira fosse aplicável e se, em ambos os casos, a presunção de maternidade certa pelo parto ou pela gravidez fosse mantida ou afastada.

Convém informar que o tema foi escolhido, porque o Direito de Família lida com o cotidiano da sociedade, regulando as relações familiares que estruturam a sociedade e têm papel fundamental no desenvolvimento psicológico dos seus membros. Além disso, percebe-se como a impossibilidade de gerar uma criança provoca trauma considerável no casal e, se há solução para isso, deve ser analisada sob o enfoque jurídico, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança.

Para a Academia de Direito, vale ressaltar que o útero de substituição tem diversas situações que devem ser discutidas, como a sua legalidade, se o contrato de gestação celebrado é válido e em quais locais é permitida a sua onerosidade, também a questão da legalidade da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, além do tema central que é a definição da maternidade. Todas essas questões demandam normatização, para que os julgadores tenham no que se basear. Desse modo, não será tirado o direito do casal de ter filhos e serão resguardadas a segurança da criança no convívio familiar e a sua dignidade como pessoa humana.

A metodologia de pesquisa usada será a bibliográfica; logo, serão citados os entendimentos de pesquisadores, estudiosos de diversas áreas de conhecimentos, explicações de clínicas médicas, além de leis, doutrinas e jurisprudências, todos obtidos por meio de pesquisa no acervo bibliográfico da biblioteca do UniCEUB e na internet. Saliente-se que são poucos os doutrinadores que versam

sobre a maternidade de substituição – MS de forma completa, tendo em vista a carência de tratamento jurídico sobre o tema no Direito Brasileiro. Em razão disso, serão abordadas as suas vertentes no mundo jurídico, por meio da análise casuística.

Portanto, será apresentado todo o conhecimento adquirido sobre a MS, a fim de entender os aspectos jurídicos nela envolvidos e de concluir como é definida em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

## 1 A INSTITUIÇÃO FAMILIAR E A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB O ENFOQUE DO DIREITO

Inicialmente, é essencial discorrer sobre como a Constituição Federal se posiciona quanto à família, uma vez que aquela é a norma principal vigente em nosso País, à qual estão subordinadas todas as outras normas, inclusive o atual Código Civil. A Constituição alargou o conceito de família e passou a proteger igualmente todos os seus membros, principalmente o homem e a mulher e os filhos havidos ou não na constância do casamento, assegurando-lhe os mesmos direitos.

Também dispôs sobre os princípios gerais de proteção à família, como a igualdade entre os filhos, não importando se as origens eram consanguíneas ou adotivas, de acordo com o que dita o artigo 227, §6º, da Carta Magna, que diz: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Dias, 2007).

Percebe-se, então, que a igualdade entre os filhos foi grande conquista da Constituição, que afastou o conservadorismo, marcado pela desigualdade, de outras épocas. Nada obstante, a Constituição expandiu a proteção familiar pelo Estado, entendendo como família a entidade que assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações, observados os interesses das pessoas humanas que a integram (Lôbo, 2008 apud Pereira, 2014).

Novos paradigmas e modelos de famílias surgiram, estruturados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar, pois objetivam a realização integral de seus membros e afastam a prevalência dos laços sanguíneos e patrimoniais em prol do vínculo afetivo (Pereira, 2014). A família passou a ser o meio de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram, como consequência das alterações modernas substanciais sofridas, constituindo um espaço de realização pessoal em que seus integrantes estão munidos de dignidade e os pais, de paternidade responsável (Lôbo, 2008 apud Pereira, 2014).

Nesse sentido, há o direito ao livre planejamento familiar, que se define na gerência da família de forma a constituir um vínculo entre os seus integrantes, seja solidário, seja genético, desde que presente o ânimo familiar, conforme art. 226, §7º, da Constituição Federal. Em outras palavras, consiste na autonomia de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros para determinar

as prioridades e as regras próprias do âmbito doméstico. Além disso, esse direito coíbe a adoção de medidas coercitivas, por parte das instituições públicas ou privadas, da implementação do planejamento familiar, como determina o artigo 1.565 do Código Civil (Pimentel, 1993).

O planejamento familiar é decisão livre do casal, logo, os pais, em regra, exercem o poder familiar, devendo sustentar, educar, assistir e criar seus filhos menores, conforme artigo 229 da Constituição Federal. Contudo, é importante destacar a previsão pela Constituição da comunidade monoparental como entidade familiar, pois isso implica a tomada de decisões diárias e simples por apenas um responsável (Lôbo, 2011).

Portanto, essa responsabilidade é assegurada aos pais como obrigação, mas também aos filhos como direito fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O primeiro princípio visa ao direito de se viver plenamente, segundo as suas possibilidades e expectativas, indispensáveis à realização pessoal e à busca da felicidade. Inclusive, esse princípio está previsto em diversos dispositivos legais, tendo em vista ser cláusula geral de tutela da personalidade e fundamento da República Federativa do Brasil, em conformidade com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (Pereira, 2014).

Como direito fundamental, desdobra-se em vários subprincípios, como a liberdade, a solidariedade, a igualdade, entre outros; assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser aplicado a todos os ramos do direito, especialmente ao direito de família (Venosa, Gagliardi, & Nasser, 2012).

Já o princípio da paternidade responsável, também envolvido no planejamento familiar, objetiva o melhor interesse da criança e limita a liberdade dos pais. Isso ocorre, porque não é possível conduzir a organização da família sem permitir o mínimo de liberdade; entretanto, não se pode olvidar a responsabilidade de assistência moral e material à criança. A propósito, Guilherme (2000) destaca que a “parentalidade responsável” (termo que ele julga mais adequado do que “paternidade responsável”) pode surgir em razão tanto do risco do exercício da liberdade sexual quanto da vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, que geram assunção de responsabilidades inerentes ao vínculo formado.

No artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, há o direito à maternidade, que consiste justamente em garantir a dignidade humana e toda a proteção necessária à mulher durante a gravidez, o parto e a amamentação (Diniz, 2011). Leis próprias também concederam direitos maternos, como a Lei n. 8.213/91<sup>1</sup>, que concede o salário-maternidade, ou a Lei n. 11.942/2009<sup>2</sup>, que impõe a existência de berçários em estabelecimentos penais, para as condenadas amamentarem seus filhos. Também há intervenção estatal na instituição familiar no art. 10, §5º, da Lei n.º 9.263/1963, transcrito abaixo:

Art. 10. **Somente é permitida** a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do **consentimento expresso de ambos os cônjuges**. [Grifo nosso]

Quanto ao poder familiar, observa-se a necessidade de ações preventivas e educativas que versem sobre o seu exercício. Em razão disso, foi promulgada a Lei nº 9.263/1996, que passou ao

Sistema Único de Saúde – SUS a responsabilidade pela definição das normas gerais do planejamento familiar, regulando o §7º do art. 226 da Constituição Federal.

Nota-se facilmente a intervenção estatal no gerenciamento familiar, assim, é importante que haja a preocupação com a possibilidade de conflito entre os direitos de liberdade e os protetivos, principalmente quanto à disposição do próprio corpo e aos direitos reprodutivos e sexuais. Esses direitos conferem aos casais e aos indivíduos a decisão livre e responsável quanto ao número de filhos, à distância entre as concepções de cada um, entre outras coisas, e estão plenamente reconhecidos como direitos básicos pela Organização das Nações Unidas – ONU na Conferência ocorrida em 1968, denominada Proclamação de Teerã (Diniz, 2011).

Sendo assim, a família não se baseia mais em simples união com fim de procriação, mas em instituição organizada para o desenvolvimento individual e coletivo, na qual se busca a felicidade individual por meio de um processo de emancipação de seus membros, denominada família eudemonista (Welter, 1999). A proteção jurídica conferida à família teve seu sentido alterado pela absorção da família eudemonista, que objetiva a realização pessoal dos seus membros como seres úteis que se reúnem não apenas por vínculo sanguíneo, mas por afetividade, pela comunhão de vida (Dias, 2007).

Portanto, a liberdade de escolha na criação da prole, inclusive quanto ao número de filhos, é direito constitucional e internacional, o que permite aos casais estéreis ou com outro problema reprodutivo o direito à concepção e à descendência, ainda que por meio de reprodução assistida (Diniz, 2011).

As descobertas científicas na área da genética modificaram o processo natural de procriação, ao inserirem a reprodução assistida pelos médicos (Sauwen & Hryniewicz, 2000). Esse processo de evolução é contínuo e influencia as relações familiares e suas escolhas reprodutivas, permitindo a todos, em tese, que realizem o desejo de serem pais ou mães. A reprodução medicamente assistida alterou a forma de se ver o direito de família, principalmente quanto à filiação e às presunções de paternidade e de maternidade (Gama G. C., 2000).

Todas essas informações são necessárias para entender a maternidade de substituição, tema principal e espécie de reprodução assistida, principalmente no tocante à viabilidade de sua execução e aos seus limites, sob o enfoque do Direito (Nader, 2010). Acerca dos aspectos médicos, a concepção natural ocorre quando o óvulo, gameta feminino, se une ao sêmen masculino no interior do aparelho reprodutor feminino, por meio do ato sexual. Contudo, nos casos em que a concepção natural é inviável, há outras alternativas para que haja a concepção mediante intervenção médica (Nader, 2010).

Nesse ponto, conceitua-se a reprodução humana assistida como uma série de etapas que visam reunir o gameta masculino com o feminino em laboratórios, de forma acompanhada por médicos, dando origem a um ser humano pelos métodos ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer* – Transferência Intratubária de Zigoto) ou GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer* – Transferência Intratubária de Gametas) (Diniz, 2011).

Segundo Maria Helena Diniz, o método ZIFT ocorre com a retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo, na proveta, com o sêmen do marido ou de um doador, para, depois, introduzir o embrião formado no útero da própria mulher ou no de outra. Essa forma é denominada de ectogênese (formação do embrião fora do corpo) ou fertilização *in vitro*. Por sua vez, o método GIFT é a fecundação *in vivo*, isto é, o espermatozoide é inseminado nas Trompas de Falópio para encontrar com o óvulo não manipulado, formando o embrião dentro da mulher. Assim, no método GIFT, a concepção ocorrerá inteiramente no útero da mulher, ao passo que, no ZIFT, a fecundação dos gametas acontece na proveta, para que, posteriormente, o zigoto seja introduzido no útero (Diniz, 2011).

Os avanços da ciência contribuiram para o desenvolvimento sadio da família, pois viabilizaram a concepção para quem sofre com a infertilidade, geradora de consequências psicológicas que abalam a estrutura familiar. Além disso, ainda que, felizmente, não se exija mais que a mulher tenha filhos, os casais e até mesmo as pessoas solteiras têm o direito de escolher tê-los, conforme o direito constitucional do livre planejamento familiar (Sá, 2002).

Ainda convém lembrar que há muitos meios para tentar sanar os problemas de infertilidade humana (Sauwen & Hryniewicz, 2000) que satisfazem o direito à descendência, dentre os quais deve ser escolhido o que melhor se adequa ao problema reprodutivo enfrentado, observadas as recomendações médicas e os direitos envolvidos (Diniz, 2011).

Antigamente, a infertilidade era solucionada por meio do uso do útero da escrava e do adultério consentido (Sauwen & Hryniewicz, 2000), ou seja, a esposa aceitava que o homem fecundasse outra mulher ou uma escrava para que tivesse filhos em seu nome, sem romper o vínculo conjugal (Rizzardo, 2011). Há, inclusive, passagens bíblicas que retratam tal realidade, como pode se ver abaixo:

Na passagem que Sara disse à Abraão: “Não tendo Javé permitido que eu tivesse filhos, peço-te que te unas à minha criada: ao menos por meio dela, talvez, eu tenha filhos (Gênesis, 16,2)”. Em outro exemplo, Raquel suplicou a Jacó: “Dá-me filhos, senão eu morro! Aqui tens minha criada Balá. Une-te a ela. Que ela dê à luz sobre meus joelhos, e assim por meio dela terei filhos” (Gênesis, 30, 1 e 3).

Depreende-se disso, portanto, que os métodos alternativos para se ter filhos existem há muitos anos, ainda que estes fossem gerados por outra mulher e não possuíssem laços sanguíneos com as mulheres inférteis. Todavia, atualmente, existem maneiras diversas (Rizzardo, 2011), como a inseminação artificial adotada por casais que não podem procriar por razões como a esterilidade, a deficiência na ejaculação, a obstrução do colo uterino ou, até mesmo, as doenças hereditárias (COSTA JR., J. B. de O, 1977 apud Diniz, 2011).

Todas as questões mencionadas acima envolvem a saúde do indivíduo e, por isso, o Estado deve adotar medidas para assegurar a sua proteção por meio da disponibilização de serviços essenciais, facilitando o acesso a eles em consonância com os artigos 6º e 196 da Constituição Federal (Catão, 2004). Nessa linha, inicia-se a análise de uma técnica de reprodução assistida que pode relativizar a presunção de maternidade certa pelo parto ou pela gravidez, ao ser legalizada ou aceita como prática que não ofende a ordem pública e os bons costumes: a maternidade de substituição.

A maternidade de substituição ou útero de substituição é um método em que uma mulher cede seu útero para a gestação de um embrião fertilizado *in vitro* e se compromete a entregá-lo, após o parto, para outra mulher e seu (sua) companheiro(a) (Santos, 2001). São várias as razões que ensejam a adoção desse método, como alterações no útero que impeçam ou atrapalhem a implantação e o desenvolvimento do embrião, a histerectomia acarretada por patologia pélvica, os insucessos decorrentes de tratamentos convencionais de reprodução assistida, a ausência de útero ou a impossibilidade de engravidar por risco de saúde elevado (Scheffer et al., 2003).

No Brasil, a maternidade de substituição, técnica de reprodução medicamente assistida, é uma opção para casais que não conseguem ter filhos por algum problema de saúde e não por preocupações estéticas ou pelas dores do parto, por exemplo. Ressalte-se ainda que o artigo 199, §4º, da Constituição Federal proíbe qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, incluindo coletas, processamento e transfusão de sangue e derivados. Desse modo, por analogia, o contrato de “barriga de aluguel”, isto é, negócio jurídico em que uma mulher aluga o seu útero para quem pague pelo serviço de gestação, não tem respaldo legal e, conseqüentemente, seria nulo pela ilicitude de seu objeto nos termos do artigo 166, inciso II, do Código Civil.

Nesse contexto, a Resolução nº 2.013/2013 do CFM impediu que a maternidade de substituição fosse feita mediante remuneração, em virtude da exigência de parentesco de até quarto grau entre a mulher que gestará a criança e um dos parceiros. Assim, confirma-se a viabilidade da prática no Brasil, uma vez que há o conhecimento de toda a dificuldade que os pais tiveram, ao tentar a gravidez natural, além dos gastos despendidos e dos traumas sofridos.

Dessa forma, essa exigência reduziu os riscos de a mãe substituta não querer entregar a criança, de não ter cuidados durante a gravidez, até mesmo porque está carregando, em seu ventre, o seu sobrinho(a) ou primo, logo, já há laços afetivos com a criança, que não precisarão ser rompidos após o parto. Em continuidade, de acordo com o problema enfrentado, a inseminação artificial indicada pode ser homóloga, na qual os pais genéticos são os que desejam a criança, e a mãe de aluguel apenas gestará o embrião, ou heteróloga, se recorrerem a um banco de espermas ou a óvulos para formarem o embrião que será gestado (Camargo, 2003).

O procedimento, intitulado de Fertilização *in vitro* – FIV ou substituição uterina, ocorre mediante a gestação, na mãe hospedeira, de embriões gerados pela fertilização *in vitro* de gametas dos pais biológicos ou de um doador fértil (Camargo, 2003). Portanto, é possível a fertilização *in vitro* com gameta que não pertença à mulher que deseja engravidar e criar a criança, como também há a possibilidade de a gestante não ter colaborado com o óvulo, nem pretender criar a criança, pois se comprometeu apenas a gestá-la para quem não consegue fazê-lo em razão de algum problema anatômico.

Diante disso, discute-se a quem pode ser imputada a maternidade do bebê gerado, isto é, quem doou o óvulo, quem “encomendou” e vai criar a criança, ou ainda aquela que apenas cedeu

seu útero para o desenvolvimento do feto (Sauwen & Hryniewicz, 2000), mas a controvérsia será debatida no próximo tópico.

Acerca da validade do contrato de maternidade de substituição celebrado entre os pais genéticos e a mãe de substituição, verifica-se que a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina exige o Termo de Consentimento Informado, que atesta a vontade manifestada de forma livre e consciente. Ademais, tem efeito pecuniário quanto aos gastos concernentes ao procedimento, como o pagamento da clínica e das consultas, mesmo que não possua aspecto essencialmente patrimonial, lucrativo ou comercial etc., pois são pactuados valores necessários para a sua fiel execução, o que não caracteriza o “comércio de bebês”.

No contrato, os direitos familiares e sucessórios estarão definidos, bem como será acordada a confidencialidade e o preço que será pago à mãe de aluguel, se assim for permitido no ordenamento jurídico sob o qual estão submetidos. Em continuidade, os contratantes devem ser capazes de preencher o primeiro requisito disposto no art. 104 do Código Civil e os requisitos da Resolução n. 2.013, que exigem a adequação clínica e emocional da doadora temporária, o parentesco de até quarto grau e a idade máxima de 50 anos, além de outros aspectos médicos, biológicos, jurídicos, éticos e econômicos.

Para mais, não há falta de aptidão específica que impeça a capacidade das partes, pois o direito dos pais ao planejamento familiar é constitucional, e a maternidade de substituição se baseia nos mesmos pilares que as demais reproduções artificiais, como já foi explanado anteriormente. Desse modo, na realização do contrato, há a boa-fé objetiva, pois os contratantes ingressam na relação jurídica pela solidariedade familiar. Além disso, há a função social dos contratos, pois estes atendem ao interesse social de proteção da instituição familiar e da reprodução.

Observe-se que a cessão temporária do útero é o objeto contratado, vedado o caráter lucrativo, com o objetivo altruístico demonstrado na solidariedade familiar; logo, é lícita e cumpre o que determina o art. 14 do Código Civil, pois não se deve confundir a obrigação da mãe substituta de entregar a criança após o nascimento com o objeto do contrato de cessão temporária e altruística do útero. Essa distinção se mostra fundamental para que não seja o contrato considerado ilegal, por coisificar o feto ao negociá-lo e, conseqüentemente, retirar dele sua dignidade humana.

Também pode ser constatado que o objeto do contrato é determinado, uma vez que estará pactuado o “empréstimo” ou a cessão temporária do útero para a gestação do embrião por um período aproximado de nove meses, portanto, não há que se falar de indeterminação de forma e tempo. Nada obstante, postula-se o direito de conceber a vida, respeitada a dignidade humana. Assim, o contrato também é possível juridicamente, visto que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso IX, assegura a liberdade da atividade científica, contudo, assevera também serem reconhecidos outros direitos, como a vida, a integridade física e psíquica e a privacidade.

Por consequência, a maternidade de substituição possui respaldo legal, e, se gratuita, seu contrato não fere a moral e os bons costumes, pois objetiva assegurar o desenvolvimento sadio da família, como tentativa de minimizar eventuais conflitos psicológicos, sociais, familiares decorrentes da infertilidade e possíveis demandas judiciais, principalmente quanto ao registro civil da criança.

## 2 O CONFLITO DA PRESUNÇÃO DE MATERNIDADE CERTA: ESTUDO DE CASOS

Na reprodução humana, as obras doutrinárias sempre deram mais enfoque à paternidade, pois, tradicionalmente, a maternidade era sempre confirmada pela gravidez ou pelo parto conforme o princípio da maternidade certa, conhecido como *mater semper certa est* (Gama G. C., 2003). O parto e a gravidez são relatados como sinais exteriores inequívocos da maternidade; todavia, esse entendimento tem sido relativizado, pois essa presunção deve ser usada somente se há coincidência entre o fator biológico, o parto e a vontade de procriar (Gama G. C., 2003).

Para demonstrar a relativização, pontuam-se algumas considerações sobre um caso decidido pela Suprema Corte estadunidense, conhecido como *Baby M.*, e também sobre a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que reconheceu a paternidade e a maternidade de uma criança gestada pela companheira de seu tio paterno sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. Após, será realizada análise comparativa entre os dois casos de forma contextualizada.

### 2.1 O CASO INTERNACIONAL: BABY M.

Na cidade de *Tenafly*, em *New Jersey*, viviam o senhor W.S., engenheiro bioquímico, e a senhora E.S., pediatra. O casal S. desejava ter filhos, mas a senhora E.S. sofria de esclerose múltipla, e uma gravidez seria muito arriscado para sua saúde (Sandel, 2013). Além disso, o senhor W.S. era o último descendente vivo de sua família, quase extinta pelo nazismo na Segunda Guerra Mundial (Santos, 2001).

Nesse caso, foram ao centro de tratamento de infertilidade *New York Infertility Center*, que intermediava relações de locação de útero (Sandel, 2013). A sra. M.B.H., de 29 anos, casada com o sr. R.W. e mãe de dois filhos, candidatou-se e aceitou não só ceder seu útero, como também ter o seu óvulo fertilizado pelo espermatozóide de senhor W.S. e, após o nascimento, entregar o bebê ao casal S. (Santos, 2001).

Segundo o contrato celebrado entre as partes, M.B.H. renunciava a quaisquer direitos maternos e viabilizava a adoção da criança pela senhora S. Acordaram também que M.B.H. receberia do casal US\$ 10,000.00 (dez mil dólares) pelo parto, acrescidos das despesas médicas e do pagamento à Clínica, quantia totalizada em US\$ 7,500.00 (sete mil e quinhentos dólares) (Sandel, 2013).

Em março de 1986, nasceu Baby M. mediante inseminação artificial do espermatozóide de senhor W.S. na sra. M.B.H. Conforme o contrato, a criança deveria ser entregue ao casal S., mas a sra. M.B.H. dissera estar acometida de depressão e solicitou ficar alguns dias com a criança (Santos, 2001).

Alguns meses depois, Baby M. ainda não havia sido devolvida ao casal S., logo, estes recorreram ao Judiciário de *New Jersey*, solicitando a execução forçada do contrato, isto é, a entrega do bebê gestado por M.B.H., e, assim, foi permitido.

Em sede de sentença, o juiz Harvey R. Sorkow concedeu a guarda da criança para o casal S., uma vez que o acordo se baseava no direito constitucional de procriar e, pela proteção da reserva da intimidade privada, o Estado não deveria coibir um contrato que não estava proibido pela legislação (Santos, 2001). A corroborar a fundamentação, convém citar trecho da decisão do juiz Harvey R. Sorkow:

Nenhuma das partes estava em vantagem em relação à outra. Cada uma tinha aquilo que a outra queria. O valor do serviço que cada uma teria de realizar foi estipulado e o trato foi feito. Ninguém foi forçado a coisa alguma. Tampouco lançou-se mão de qualquer artifício que colocasse a outra parte em desvantagem. Ambas as partes tinham o mesmo poder de barganha.

Acerca da proibição de venda de crianças, o magistrado fundamentou que o sr. S. já era pai biológico, assim, não poderia comprar algo que já lhe pertencia. Nessa linha, decidiu conforme a força do vínculo contratual, pois decretou a adoção da criança pela sra. E.S., haja vista que a mãe genética e hospedeira havia desistido de quaisquer direitos maternos no contrato (Santos, 2001).

Para o juiz, não houve comércio de bebês, mas prestação de serviço mediante o pagamento de US\$ 10 mil dólares, ou seja, a quantia era devida pelo serviço de engravidar e de dar à luz o filho do senhor W.S., concebido a partir de seu esperma, e não pela criança como produto. Além disso, Sorkow comparou a gravidez de aluguel à doação de esperma, ao asseverar que: “se um homem pode oferecer meios para a procriação, uma mulher pode, igualmente, fazê-lo”, sob pena de violação à proteção igualitária de homens e mulheres (Sandel, 2013).

Em conclusão, o juiz afirmou que a união dos senhores M.B.H. e R.W. era instável, marcada por contínuas separações de fato, além de o marido ser alcoólatra. Por outro lado, o casal S. tinha boas condições financeiras e um casamento estável, logo, foi escolhido para criar a criança pelo critério do melhor para a criança e da força do vínculo contratual (Santos, 2001).

Contudo, a sra. M.B.H. não se resignou e apelou à Suprema Corte de *New Jersey*, que anulou, por unanimidade, a sentença do juiz Sorkow e invalidou o contrato celebrado entre as partes, alicerçada no comprometimento da vontade e na constituição de comércio de bebês. O relator e presidente da Suprema Corte de *New Jersey*, Robert Wilentz, declarou que o consentimento de M.B.H. era inválido por ela não ter como saber o que isso realmente implicava, tendo em vista que ainda não conhecia a força dos seus laços com a criança (Sandel, 2013).

Asseverou também que a grande necessidade financeira e a falta de informação quanto às consequências levaram-na a concordar, pois duvidava que o oposto ocorreria: casais ricos dispostos a fazer um acordo de barriga solidária com casais de camadas sociais mais baixas. Sobre a mercancia dos bebês, entendeu que o pagamento não se deu pela gravidez, mas sim pela venda dos direitos da mãe sobre a criança, uma vez que a quantia só seria paga depois que M.B.H. desistisse da custódia do bebê e também de seus direitos maternos (Sandel, 2013).

Assim, segundo ele, a transação foi comandada pelo objetivo de lucro, e o exercício do pátrio poder passaria a ser de quem pagou mais a uma mulher que só almejava dinheiro com a gestação e renunciaria a seu estado familiar, antes mesmo de ter a criança. Ao reformar a sentença, declarou que o direito constitucional de procriar do senhor S. não foi violado, pois pôde ter filhos pela inseminação artificial, mas não teria o condão de anular o mesmo direito da sra. M.B.H.

Posto isso, anulou a adoção em prol da sra. S. e reconheceu que os pais eram a sra. M.B.H. e o sr. S. A criança foi entregue ao sr. S., pois este tinha melhores condições para garantir o desenvolvimento sadio e a educação de Baby M. pelo critério do melhor para a criança. Todavia, à sra. M.B.H. foram concedidos todos os direitos maternos, inclusive o de visita (Santos, 2001).

## 2.2 O CASO BRASILEIRO DA BEBÊ M.L.C.

Inicia-se a análise do caso brasileiro, em que o Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, órgão responsável pelas decisões de última instância que envolvam registros públicos daquele estado, foi solicitado para determinar a quem caberia a maternidade de uma criança gerada mediante fertilização *in vitro*. A sra. S.R.L. não podia gestar por condições fisiológicas, mas podia ceder o óvulo. Sendo assim, ela e H.F.C.Jr. forneceram os materiais genéticos, isto é, o óvulo e o espermatozoide, que foram fertilizados *in vitro*, e o embrião foi implantado em mulher distinta da fornecedora do óvulo (Venosa, Gagliardi, & Nasser, 2012).

A mãe de substituição e cunhada do sr. H.F.C.Jr., sra. M.E.T., comprometeu-se apenas a ceder o útero para o desenvolvimento do embrião e o posterior nascimento da criança, sem qualquer intenção de assumir a maternidade desta, conforme declaração emitida pela própria mãe gestacional (Venosa, Gagliardi, & Nasser, 2012). Após o nascimento da criança em 2009, a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr. requereram ao Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Barão Geraldo, da Comarca de Campinas, que figurassem como genitores no assento de nascimento de bebê M.L.C. (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Na solicitação, havia diversos documentos, tais como o Termo de Consentimento para Substituição Temporária de Útero, em que a sra. M.E.T. e o sr. A.F.C., seu companheiro e irmão do sr. H.F.C.Jr., apareciam como doadores do útero. Já a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr. figuravam como pais genéticos. Também anexaram o Termo de Consentimento Pós Informado para FIV e outro para Criopreservação de Pré-embriões/ Embriões após Fertilização *in vitro* (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Ademais, incluíram a declaração do médico que confirmava a origem dos materiais genéticos usados na fertilização e inseminação artificiais e outra em que a sra. M.E.T. confirmara não ter pretensão de assumir a maternidade da criança gerada. Em oposição a esses documentos, na Declaração de Nascido Vivo, expedida pelo Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher – CAISM, Unicamp, constava como genitora da bebê M.L.C. a mulher que deu à luz e não a que forneceu o

óvulo, adotado o entendimento da presunção de maternidade certa pela gestação e parto (Processo nº 2009/00104323, 2010).

O Juiz Corregedor Permanente ordenou que a lavratura do assento de nascimento consignasse como pais a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr., que forneceram os materiais genéticos utilizados na fertilização *in vitro*. Também determinou que fosse arquivado o procedimento administrativo (Processo nº 2009/00104323, 2010). A decisão fundamentou-se na inexistência de proibição legal para o procedimento de maternidade de substituição adotado e no melhor interesse da criança.

Contudo, o Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu, alegando que o contrato celebrado entre os envolvidos não supera o princípio da maternidade certa pela gestação e parto e que não existia segurança jurídica da origem dos materiais genéticos. Em continuidade, o Juiz Auxiliar da Corregedoria conheceu do recurso, mas, no fim, entendeu pelo não provimento, pois, de acordo com o art. 1.605 do Código Civil, a filiação pode ser provada por qualquer meio admitido no direito, quando há começo de prova escrita, proveniente do pai ou da mãe, e quando há fatos certos que gerem a presunção de maternidade e paternidade, como no presente caso (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Nada obstante, ressaltou que, naquela esfera administrativa, para estabelecer a filiação mediante registro, não havia presunção de paternidade para o companheiro sem que existisse declaração expressa deste, tendo em vista que o art. 1.597 do Código Civil exige o consentimento para inseminações artificiais heterólogas (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Sendo assim, entendeu-se que não havia presunção de paternidade em favor do sr. A.F.C., pois este consignou não ser o fornecedor do material genético, e que a fecundação em análise não se tratava de tentativa de gerar prole para ele e sua companheira, pois não havia autorizado fecundação heteróloga de sua companheira com esse intuito e sabia que se tratava de cessão temporária e solidária de útero (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Portanto, segundo as declarações de sr. H.F.C.Jr., que afirmou ser o pai biológico e reconhecia a paternidade de bebê M.L.C., gerada por meio da fertilização *in vitro*, a imputação da paternidade não encontrava óbices, e a lavratura do assento de nascimento foi feita em conformidade com essas declarações.

Quanto às presunções de maternidade, afirmou que as formas disciplinadas no Código Civil eram relativas, uma vez que podiam ser contestadas na forma da lei, conforme artigos 1.601 e 1.608 do referido Código, ressalvada a irrevogabilidade do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (Processo nº 2009/00104323, 2010). Salientou também que é tida como mãe aquela que consta no termo do nascimento do filho, nos termos dos artigos 1.603, 1.604 e 1.608 do Código Civil, elaborado em consonância com a Declaração de Nascido Vivo, conforme art. 10, incisos II e IV, da Lei 8.069/90, que respectivamente dizem:

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo ou, ou das declarações nele contidas.

Art. 10 . Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

[...] II – identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente.

[...] IV – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato.

Depreende-se pela leitura destes artigos que aquela que deu à luz é presumida como mãe, independentemente da origem do óvulo, como delineia o princípio *mater semper certa est*. A esse respeito, o Juiz citou o entendimento de Rolf Madaleno, que afirmou ser o contrato de gestação substituta sem efeitos jurídicos, uma vez que a maternidade é definida pelo parto. Também citou outros autores que se posicionaram de diferentes formas, inclusive Guilherme Calmon Nogueira, que asseverou (Processo nº 2009/00104323, 2010):

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

Assim, concluiu que a definição da paternidade e maternidade deveria se pautar pelo melhor interesse da criança desse modo concebida e nascida, logo, no caso em concreto, a lavratura do assento de nascimento se daria com base nos laços biológicos da filiação, atribuindo como pai o sr. H.F.C.Jr. e como mãe a sra. S.R.L. (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Ademais, explicou que os documentos instruídos nos autos foram decisivos para constatar que a concepção e a maternidade foram almeçadas pelos pais biológicos desde o início, quando doaram os materiais genéticos necessários para a fertilização *in vitro*, uma vez que a sra. S.R.L. não podia gestar, e a sra. M.E.T. concordou em servir para a gestação e parto. Também por esse prisma foi o entendimento do Procurador de Justiça, o qual menciona que não houve violação à preservação da história da criança, pois o que se buscava era exatamente que o registro fosse condizente com a verdade biológica e afetiva (Processo nº 2009/00104323, 2010).

É importante destacar que a mãe substituta era cunhada dos genitores biológicos, logo, não assiste razão a alegação do recorrente de ausência de parentesco, pois o parentesco por afinidade também existe nas relações entre companheiros, por força do art. 1.595, parágrafo 1º, do Código Civil (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Em 19 de março de 2010, o Juiz Auxiliar da Corregedoria entendeu pelo não provimento do recurso e determinou que fosse anotado que o assento de nascimento da criança já fora lavrado por determinação do Juiz Corregedor Permanente em consonância com o seu entendimento. Após, o Corregedor-Geral da Justiça aprovou o parecer mencionado e negou provimento ao recurso interposto (Processo nº 2009/00104323, 2010).

### 2.3 A ANÁLISE COMPARATIVA DOS CASOS BABY M. E BEBÊ M.L.C.

Relatados os casos, atentando-se para a ausência de regulamentação por norma em sentido estrito, será feita a comparação entre as decisões prolatadas nos casos das crianças M. S. e M.L.C. para entender os critérios que definiram a maternidade e para verificar se a presunção de maternidade certa foi ou não relativizada.

No caso da bebê Baby M., ocorrido na cidade de *Tenafly*, em *New Jersey*, a forma de reprodução assistida escolhida pelos senhores S. foi a heteróloga, pois utilizou-se do gameta feminino de senhora M.B.H., que contribuiu não só com a gestação, mas com o óvulo necessário para a fecundação e para a concepção da criança. A demanda em tela foi escolhida justamente por enfatizar a discussão acerca da definição da maternidade no caso de barriga de aluguel (Sandel, 2013).

A Suprema Corte de *New Jersey*, em sede de apelação, anulou a adoção concedida pelo juiz Sorkow à sra. S., ao considerar o consentimento da sra. M.B.H. inválido, tendo em vista o desconhecimento das forças de seus laços com a criança, assim como a necessidade financeira como motivo determinante (Sandel, 2013).

Quanto ao contrato celebrado, este não foi observado justamente por implicar que a mãe genética e parturiente não criasse laços emocionais com sua filha, o que substituiria a norma de parentesco por uma de produção comercial, violando a dignidade da pessoa humana (Sandel, 2013). O reconhecimento de M.B.H. como mãe de Baby M.S., tanto pelo fator genético quanto pelo fato de ter sido ela quem deu à luz, adotou o critério do brocardo *mater semper certa est* (tradução livre: a mãe é sempre certa), ou seja, a verdadeira mãe é aquela que dá à luz a criança, ou a que a pariu (Rizzardo, 2011).

Todavia, essa presunção não pode ser acolhida como absoluta nos dias de hoje, pois admite prova em contrário, tendo em vista as formas de reprodução medicamente assistidas, inclusive o “útero de substituição” ou a “barriga de aluguel”. Assim, a determinação da maternidade tem fundamentos distintos dos tradicionais (Rizzardo, 2011).

A decisão da Suprema Corte de *New Jersey*, que adotou a presunção de maternidade pelo parto (*mater semper certa est*), foi adequada, considerando que, apesar de existir um contrato entre as partes, este não teria força suficiente para anular o vínculo materno entre a sra. M.B.H. e a criança, além disso, a vontade declarada pela mãe de aluguel foi invalidada, pois se pautou em necessidades financeiras.

Ademais, definir que a sra. S. era a única mãe da criança não seria justo, nem digno, pois assim a decisão estaria apenas transferindo a dor de uma mulher, que não consegue ter filhos, para outra, que consegue tê-los, mas que teria sido obrigada a ficar sem uma filha por força contratual.

Nessa perspectiva, seria interessante analisar a possibilidade de as duas figurarem como mãe, pois, atualmente, essa é uma discussão relevante e possível, ao serem observados tantos os laços sanguíneos quanto os afetivos, contudo, não é o objeto deste artigo. Assim, resguardou-se o melhor interesse da criança e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, se a decisão fosse prolatada por um juiz ou tribunal brasileiro provavelmente seria a mesma, pois, no Brasil, é proibido o aluguel de útero pelo Conselho Federal de Medicina.

Já no segundo caso analisado, diferentemente do ocorrido em *New Jersey*, a sra. S.R.L. era a mãe genética (*genitrix*) e M.E.T. figurou como a mãe gestacional (*gestatrix*), para que esta carregasse em seu útero uma criança que não lhe pertencia. Esse caso foi escolhido por demonstrar que a presunção de certeza da maternidade pelo parto foi relativizada no parecer dos MM. Juiz Corregedor Permanente e Auxiliar da Corregedoria, uma vez que o registro de nascimento da criança espelhou a verdade biológica e afetiva, independentemente de quem deu à luz (Leite, 1995).

Do ponto de vista jurídico, decidiu-se pela verdade biológica da filiação, ou seja, no assento de nascimento lavrado, consta a sra. S.R.L. como mãe, ainda que não tenha sido ela quem deu à luz, mas por ter contribuído juntamente com seu marido com os materiais genéticos e ter desejado a concepção e a maternidade (Processo nº 2009/00104323, 2010).

Comparando os dois casos estudados, percebe-se que as decisões foram feitas visando tanto à verdade biológica como às condições socioafetivas, a fim de assegurar as responsabilidades inerentes ao poder familiar, em especial os deveres de sustento e educação (Rizzardo, 2011).

No caso de Baby M., a maternidade foi concedida à M.B.H. não só por ela ser a mãe genética e gestante, mas também pela afetividade intensa que teve pela criança após o nascimento, o que comprometia sua vontade de entregá-la anteriormente atestada, pois desconhecia tal sentimento. Impedir que a mãe crie seu filho por um contrato de aluguel, degrada a criança por tratá-la como mercadoria, assim como degrada a dignidade da mulher, por tratar seu corpo como uma fábrica e por pagá-la para não criar laços afetivos com a criança que gerou (Sandel, 2013).

Desse modo, a presunção da maternidade ser sempre certa em razão do parto foi aplicada no primeiro caso, mas não de forma isolada, pois teve como fundamento o princípio do melhor interesse da criança assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (Sandel, 2013, p. 122). Se o caso de *New Jersey* fosse decidido no Brasil, a decisão provavelmente seria a mesma, até mesmo porque as regras da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina são claras no sentido de que é vedado o caráter lucrativo ou comercial nos casos de maternidade de substituição, logo, a mãe seria a parturiente.

Por outro lado, no caso do bebê M.L.C., a mãe substituta não forneceu o óvulo, mas apenas o seu ventre para a gestação; posto isto, a maternidade socioafetiva e a biológica eram correspondentes, mas diferentes de quem deu à luz (Sandel, 2013). Ademais, há estudos que afirmam que, ainda que a gestante não tenha contribuído geneticamente com o óvulo, existem trocas de material genético durante a gestação. Contudo, segundo o Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador e o ser gerado por meio de reprodução assistida.

Portanto, nos dois casos, para definir a filiação, os juízes observaram o que seria melhor para a criança gerada mediante a técnica de maternidade sub-rogada, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e, no caso de *New Jersey*, em detrimento da força da obrigação contratual (Sandel, 2013).

Atualmente, no Brasil, os casos que envolvam o registro civil de filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais heteroafetivos e homoafetivos observarão o Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, de 14 de março de 2016, elaborado em razão da necessidade de uniformização, em todo o território nacional, do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para os filhos.

O Provimento informa que o assento de filhos concebidos por reprodução assistida será inscrito independentemente de prévia autorização judicial e ordena quais são os documentos necessários para o registro e a emissão da certidão de nascimento e, no art. 2º, § 2º, explica que, no caso de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na Declaração de Nascido Vivo – DNV.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, este artigo esclarece como funciona a maternidade de substituição, quais as questões jurídicas que podem ser suscitadas e como poderiam ser resolvidas, principalmente quanto ao registro civil, além de expor diferentes posicionamentos doutrinários que se mostraram favoráveis ou não à técnica.

A maternidade de substituição pode proporcionar alegria e bem-estar para as famílias, além disso, não substituiu a adoção, pois esta não deve ser imposta aos pais que não podem gerar uma criança naturalmente, sob pena de prejudicar o desenvolvimento sadio de uma criança, considerando que as vontades são diferentes.

Para alguns autores, o correto seria vedar a implantação do embrião em mulher diversa da que contribuiu com o material genético, seja de forma onerosa, seja gratuita, uma vez que poderia gerar alguns conflitos éticos ou jurídicos, mas isso não solucionaria as controvérsias dos casais que já tiveram a criança por gestação em útero alheio. Nada obstante, não parece apropriado impedir a oportunidade de conceber um filho tão desejado, quando observados os requisitos da Resolução nº 2.013/2013 do CFM, somente para não ter que lidar com o assunto no Judiciário e nos demais Poderes, além disso, não se deve olvidar todas as questões emocionais e psicológicas que envolvem a dificuldade em poder ter filhos.

Como foi dito, no Brasil, a mulher que gestará a criança deve ser parente de até quarto grau de um dos parceiros, confirmando a viabilidade da prática, uma vez que há o reconhecimento de toda a dificuldade que os pais tiveram ao tentar uma gravidez natural, além dos gastos despendidos e dos traumas sofridos. Dessa forma, essa exigência reduziu os riscos de a mãe substituta não querer

entregar a criança, de não ter cuidados durante a gravidez, até mesmo porque está carregando em seu ventre o seu sobrinho(a) ou primo, logo, já há laços afetivos pela criança que não precisarão ser rompidos após o parto.

Não se pode esquecer que ter filhos envolve uma série de responsabilidades além da parte afetiva; sendo assim, o Direito não pode simplesmente deixar que as decisões do casal sejam totalmente livres e não respeitem alguns princípios constitucionais e fundamentais para um desenvolvimento sadio da prole. As famílias buscam a felicidade como seres dignos e dotados de direitos, inclusive os de reprodução e livre planejamento familiar. Consequentemente, ao pedirem que outras mulheres engravidem de seus filhos, não estão infringindo o ordenamento brasileiro nem os bons costumes, pois não há lei que o proíba, e os requisitos definidos pela Resolução nº 2.013/2013 do CFM são pertinentes.

Sobre a barriga de aluguel, vedada pela Resolução nº 2.013/2013, sabe-se que a chance de existirem conflitos é maior, entretanto, também apresenta aspectos benéficos, pois o dinheiro arrecadado já possibilitou que muitas mulheres melhorassem a própria qualidade de vida e a de seus familiares.

Desse modo, deve-se ter em mente que gerar a criança para alguém realmente deveria envolver exclusivamente um fim altruístico, mas as desigualdades sociais e econômicas influenciam nas escolhas da sociedade, assim, essa gestação pode não caracterizar um comércio de bebês, mas apenas a forma de unir o sonho de alguém sem a possibilidade de gestar com a necessidade de outras pessoas.

Saliente-se também que não se trata de venda de uma criança ou dos direitos da mãe sobre um filho, salvo se a mãe parturiente também contribuiu com o material genético necessário, pois, se não foi assim que ocorreu, a verdadeira mãe é a pessoa que teve o ânimo materno desde o início e forneceu o óvulo para ser fecundado e inseminado na mãe de aluguel.

Portanto, alugar o útero pode ter uma análise diferente da usual, não só com pontos negativos, mas com base em benefícios, como o bem-estar das pessoas envolvidas, seja quem encomendou, seja quem se comprometeu a prestar o “serviço”, pois quem recorre ao aluguel de útero alheio consegue ter filhos biológicos, bem como a mãe de aluguel pode conseguir mudar as condições em que vive ao proporcionar alegria para outras famílias.

Após análise dos aspectos positivos e negativos da maternidade de substituição e da barriga de aluguel, passa-se a apreciar, de forma conclusiva, a definição da maternidade nos casos da Suprema Corte de *New Jersey* e o do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo (órgão competente para decidir sobre registros públicos deste Estado).

A decisão da Suprema Corte de *New Jersey* adotou a presunção de maternidade pelo parto (*mater semper certa est*), determinando que a mãe era a senhora M.B.H., tendo em vista que foi ela quem forneceu o óvulo, gestou e pariu Baby M. A guarda ficou com o pai, pelo melhor interesse da criança, mas M.B.H. teria direitos de visitação. Essa decisão foi adequada, considerando que, apesar de existir um contrato entre as partes, este não teria força suficiente para anular o vínculo materno

entre a sra. M.B.H. e a criança, além disso, a vontade declarada pela mãe de aluguel foi invalidada, pois se pautou em necessidades financeiras.

Ademais, definir que a sra. S. era a única mãe da criança não seria justo, nem digno, pois assim a decisão estaria apenas transferindo a dor de uma mulher, que não consegue ter filhos, para outra, que consegue tê-los, mas que teria sido obrigada a ficar sem uma filha, por força contratual. Nessa perspectiva, seria interessante analisar a possibilidade de as duas figurarem como mãe, pois, atualmente, essa é uma discussão relevante e possível, ao serem observados tanto os laços sanguíneos quanto os afetivos, contudo, este não é o objeto do presente trabalho.

Relacionando todo o conteúdo pesquisado sobre a maternidade de substituição e suas vertentes, percebe-se que adotar a presunção da maternidade certa foi o mais apropriado, pois foi fundamentada no princípio do melhor interesse da criança e, conseqüentemente, no princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, no Brasil, é proibido o aluguel de útero, logo, se a decisão fosse prolatada por um juiz ou por um tribunal brasileiro, provavelmente seria a mesma.

No caso da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, houve maternidade de substituição e não barriga de aluguel, pois a Sra. M.E.T. cedeu seu útero para que seu cunhado e esposa, o sr. H.F.C.Jr. e a sra. S.R.L., pudessem ter um(a) filho(a) descendente de sangue, mas não recebeu nada por isso.

A sra. M.E.T. não tinha qualquer intenção de ser mãe da criança que gestaria, até mesmo porque ela e seu companheiro não contribuíram com qualquer material genético. Destaque-se que havia parentesco por afinidade, pois a união estável entre a sra. M.E.T. e A.F.C. tinha sido declarada; logo, a primeira era cunhada dos pais biológicos do bebê M.L.C.

Em razão disso, ficou decidido que a sra. S.R.L. era a mãe do bebê M.L.C., ao levar-se em conta que, desde a concepção, a sra. S.R.L. e o sr. H.F.C.Jr. se consideravam os pais da criança e assumiram todas as responsabilidades devidas como tais, bem como eram os pais biológicos, logo, concluindo pela melhor opção para a criança. Portanto, na demanda em tela, a presunção *mater semper certa est* foi relativizada, pois, em vez de deliberarem pela mulher que deu à luz, definiram como mãe a genética e afetiva.

Como foi dito anteriormente, o CNJ editou o Provimento nº 52, a fim de uniformizar nacionalmente o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão para filhos oriundos de reprodução assistida. Dessa forma, o Provimento sana várias discussões quanto ao registro da maternidade extrajudicialmente, favorecendo a desjudicialização de conflitos.

Por fim, feitas as pesquisas para a elaboração deste artigo científico, depreende-se que a presunção de maternidade pelo parto não pode ser tida como incontestável, pois, como visto, a regra inflexível dificilmente subsumirá em todos os registros de maternidade. Deve-se considerar as particularidades de cada caso, conforme o melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

## NOTAS

- <sup>1</sup> BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 26 maio 2015.
- <sup>2</sup> BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm)>. Acesso em: 26 maio 2015.
- <sup>3</sup> BRASIL. **Lei Nº 9.293, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 20 maio 2015.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm)>. Acesso em: 26 mai. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 26 mai. 2015.
- CAMARGO, Juliana Frozel. **Reprodução Humana – Ética e Direito**. São Paulo. Edicamp. 2003, p. 27.
- CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito**: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade. São Paulo: Madras, 2004.
- COSTA JR., J. B. de O, 1977 apud DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. 3. Tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família: As Famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. 2008 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 485.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e Reprodução Assistida**: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. Revista Brasileira de Direito de Família nº 5, abr. jun/2000, p. 16.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos e psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 402.
- LÔBO, Paulo, 2008 apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. v. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2006 apud Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morhy, 2007 apud Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direito de Família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. V.
- PIMENTEL, Sílvia. “Direitos reprodutivos e ordenamento jurídico brasileiro”. **Caderno da Comissão de Cidadania e Reprodução**, dez.1993.

- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SÁ, Maria de Fátima Freire. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 117.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. et al. **Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 2009/00104323. Corregedor José Marcelo Tossi Silva. São Paulo, 19 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 29 ago. 2015.
- SAUWEN, R.; HRYNIEWICZ, S. **O Direito "in vitro": Da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHEFFER, Bruno Brum. et al. **Reprodução Humana Assistida**. Rio de Janeiro: Atheneu, 2003.
- VENOSA, S. S.; GAGLIARDI, R. V.; NASSER, P.M. **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 32.

**Caroline Rocha Pereira Teixeira**

Especialista em Direito Civil pela AVM – Faculdade Integrada.

Graduada em Direito pelo UniCEUB.

Advogada.

Avenida das Américas, Vila Iara, nº 100

Formosa/GO

CEP 73803-075

[carolinerocha11@hotmail.com](mailto:carolinerocha11@hotmail.com)