

ASPECTOS JURÍDICOS DA DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

LEGAL ASPECTS OF THE TEMPORARY DONATION OF UTERUS

Priscila Alves Patah¹
Rodrigo Rodrigues Correia²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da gestação por substituição. O avanço tecnológico representa um especial desafio para o Direito cumprir seus objetivos de concretização de justiça e segurança. As técnicas de reprodução assistida permitem as pessoas concretizarem seus direitos à saúde e ao planejamento familiar. Os interesses envolvidos na gestação por substituição desafiam a disciplina jurídica das relações familiares e do direito ao próprio corpo. O presente trabalho avalia, a partir da teoria dos direitos da personalidade, o exercício da disponibilidade sobre o corpo, relacionando a disciplina civil com as regras éticas da atividade médica (Resolução CFM 2.121/2015). Ao final, são apresentadas as conclusões sobre a legitimidade e limites dos contratos de doação temporária de útero.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direito ao corpo. Biodireito. Gestação por substituição.

ABSTRACT

The present study aims to analyze gestation by substitution. The technological advance represents a special challenge for the Law to fulfill its objectives of achieving justice and security. Assisted reproduction techniques allow people to realize their rights to health and family planning. The interests involved in gestation by substitution challenge the juridical discipline of family relations and the right to own body. The present work evaluates, based on the theory of personality rights, the exercise of availability over the body, relating civil discipline to the ethical rules of medical activity (Resolution CFM 2,121 / 2015). At the end, the conclusions on the legitimacy and limits of temporary uterine donation contracts are presented.

Keywords: Rights of the personality. Right to the body. Biolaw. Gestation by substitution.

¹ Mestranda em Direito na FADISP, Especialista em Direito: Contratual (PUC-SP), Processual Civil (FADISP), Civil (Anhanguera-UNIDERP), Notarial e Registral (Anhanguera-UNIDERP); Bacharel em Direito pela UNESP; e-mail: priscilapatah@hotmail.com

² Mestrando em Direito na FADISP, Especialista em Direito Imobiliário Notarial e Registral (EPM) e Imobiliário (EPD), Bacharel em Direito pela USP; rodrigo.r.correia@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico representa um especial desafio para o Direito cumprir seus objetivos de concretização de justiça e segurança, oferecendo soluções jurídicas para os novos problemas apresentados, devido à sua exponencial aceleração resultante da crescente capacidade de produção em pesquisa e tecnologia.

O desenvolvimento das técnicas médicas é fundamental para concretização da saúde e melhoria da qualidade de vida, mas suscita discussões sobre os seus limites morais e jurídicos. A busca de soluções jurídicas para estas questões que se localizam na convergência do Direito e da Medicina, integram o campo metodológico do Biodireito.

Se de um lado cabe à Ética Médica responder às questões morais que se colocam no exercício da atividade médica, por outro, cabe ao Direito desenvolver soluções para proteção dos bens jurídicos envolvidos.

A infertilidade humana é um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas. O atual estágio de desenvolvimento das técnicas médicas soluciona vários problemas de reprodução humana, permitindo as pessoas concretizarem seus legítimos interesses de superação da infertilidade.

Uma das principais técnicas de reprodução assistida é a gestação por substituição ou “*doação temporária do útero*”, aplicável aos casos de união homoafetiva e em que exista problema médico que impeça ou contraindique a gestação.

Os interesses envolvidos na utilização da gestação por substituição desafiam a disciplina jurídica das relações familiares e do direito ao próprio corpo. Soluções tradicionais como a máxima romana “*mater semper certa est*” revelam-se superadas. Começa a ser possível cogitar sobre contrapartidas pela utilização do próprio corpo para interesses de terceiros, a serem formalizadas em instrumentos de “*doação temporária do útero*”.

No exercício de suas funções regulamentares da atividade médica, o Conselho Federal de Medicina disciplinou as técnicas de reprodução assistida, inclusive a gestação por substituição, por meio da Resolução CFM nº 2.121/2015.

O presente artigo propõe-se a tratar sobre a possibilidade jurídica da disponibilidade sobre o próprio corpo, com a formalização de instrumentos de “*doação temporária do útero*”, com inclusão de contrapartidas financeiras, a partir da teoria dos

direitos da personalidade.

2. A PESSOA HUMANA, A PERSONALIDADE E OS SEUS ATRIBUTOS

O termo pessoa tem origem do latim *persona-ae*, advindo do verbo *personare* (per + sonare) que significa soar com intensidade. O vocábulo era inicialmente utilizado para referir-se às máscaras utilizadas por atores, nas apresentações teatrais, que lhes assegurava o aumento do volume de suas vozes. Por analogia, na Idade Média, a palavra começou a ser empregada para designar o ser humano no desempenho de papéis da vida jurídica (FRANÇA, 1966, p. 123).

Atuamos diariamente em nossos relacionamentos afetivos de amizade e família, profissionais, acadêmicos, comunitários e sociais. Constantemente, assumimos e trocamos de papéis sociais como os de pai, mãe, filho, aluno, professor, eleitor, de acordo com o ambiente em que nos inserimos.

O conceito filosófico de pessoa é o de substância natural dotada de razão, ou seja, o ser humano. Na ciência jurídica, pessoa é sujeito de direitos, o ente capaz de adquirir direitos e deveres. Em nosso atual estágio de evolução social, em que, por exemplo, superamos a legitimidade da escravidão e a abolimos a morte civil do direito, as noções filosóficas e jurídicas de pessoa são coincidentes. Todo ser humano é pessoa (FRANÇA, 1966, p. 123).

Logo, o conceito de pessoa contrapõe-se ao de coisa. Pessoa tem aptidão para ser titular de direitos e deveres, interagindo como sujeito em relações jurídicas. A coisa tem aptidão de ser objeto sobre o qual versam direitos e deveres.

O reconhecimento pelo Direito, da personalidade das pessoas jurídicas ou pessoas morais, é feito em consideração à natureza social homem. As associações de pessoas para fins determinados permitem o atendimento e a promoção de necessidades e anseios de seus integrantes, razão pela qual, de acordo com a teoria da realidade técnica, o direito reconhece a existência moral, física e jurídica de tais entes. São circunstâncias da ordem dos fatos que impõe ao direito positivo conferir autonomia a esses entes e reconhecer sua aptidão para

interagir em direitos e deveres³.

Personalidade é a qualidade do ente que o Direito considera como pessoa, relativa à aptidão para obter direitos e deveres. Os conceitos de pessoa (ente) e o de personalidade (qualidade da aptidão para interagir em direitos e deveres) são conceitos distintos. Para a teoria natalista, por exemplo, o nascituro é pessoa humana, mas a caracterização da sua personalidade depende do nascimento com vida⁴.

Filosoficamente, o nascituro é pessoa porque já traz em si o germe de todas as características do ser racional. Já carrega consigo toda a potencialidade para o seu desenvolvimento. O período de desenvolvimento intrauterino consiste em um dos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser, a pessoa humana (FRANÇA, 1966, p. 126).

O nascituro recebe privilegiada proteção jurídica, sendo-lhe reconhecida uma dignidade própria. Ao atribuir-lhes direitos e proteger seus interesses, o ordenamento afirma aptidão para interagir juridicamente. Quem afirma tal aptidão, reconhece sua personalidade. A personalidade é qualidade presente em toda pessoa, do início ao fim de sua existência (FRANÇA, 1966, p. 126).

Face à disposição do art.2º, CC, é possível concluir que o nascituro na vida intrauterina e o embrião na vida extrauterina, *in vitro*, possuem personalidade jurídica formal, relativa aos direitos da personalidade, em razão de sua carga genética diferenciada, desde a concepção. A personalidade jurídica material relativa aos direitos patrimoniais é adquirida pelo o nascimento com vida (DINIZ, 2015, p. 226).

Os atributos da personalidade são um conjunto de situações ou condições de

³ “A personalidade jurídica não é, pois, ficção, mas uma forma de investidura, um atributo, que o Estado defere a certos entes havidos como merecedores dessa situação. O Estado não outorga tal predicado de maneira arbitrária, e sim tendo em vista determinada situação, que já encontra devidamente concretizada. A pessoa jurídica tem, assim, realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Parte Geral**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, p. 131/132).

⁴ O nascimento é a separação do filho das vísceras maternas. Fato que se distingue do aborto, em que a separação ocorre antes do ciclo mínimo indispensável à conclusão da gestação. A presença da vida em um nascimento é verificada pelo critério da respiração pulmonar, sinal vital que representa indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Basta um instante de vida para que a personalidade esteja caracterizada. A presença desse sinal nos casos de morte logo após o nascimento com vida pode ser realizada pela medida pericial da docimasia hidrostática pulmonar de Galeno. Os pulmões Após a respiração, a criança tem os pulmões cheios de ar e quando colocados em um vasilhame com água, flutuam. (FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1966, v 1, p. 126).

significado jurídico que passam a dizer respeito à personalidade, ocasionando repercussões na esfera jurídica da pessoa. Rubens Limongi França ensinou que a personalidade apresenta atributos do estado civil, da capacidade, da sede jurídica e dos direitos da personalidade (FRANÇA, 1966, p. 129).

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE – EVOLUÇÃO NA DOUTRINA E LEI

Os direitos da personalidade são *“faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”* (FRANÇA, 1966, p. 321).

São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina, destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana (GOMES, 2007, p. 134).

No plano de sua interação com o poder público, a personalidade humana recebe tutela pela disciplina constitucional das liberdades públicas, onde toma conteúdo próprio das relações entre indivíduos e o Estado. Sob o prisma das relações privadas, a tutela é oferecida pela categoria dos direitos da personalidade (MATTIA, 1977, p. 150).

A identificação e sistematização dos direitos da personalidade como categoria autônoma do Direito Privado partiu das contribuições teóricas ao pensamento jurídico, de afirmação do valor da pessoa humana, alcançadas por movimentos como: (a) pelo Cristianismo, em que se assentou a ideia da dignidade do homem; (b) Escola do Direito Natural, responsável pela consolidação da consciência a respeito da existência de direitos naturais e inatos ao homem, correspondentes à sua essência, a ela unidos indissolivelmente e preexistentes ao reconhecimento pelo Estado; (c) e o movimento iluminista, cujas ideias promoveram a valorização do indivíduo frente ao Estado (BITTAR, 2006, p. 19).

De início, tais contribuições repercutiram no Direito Público, com a positivação de direitos de proteção dos indivíduos contra indevidas ingerências e abusos do poder estatal (liberdades públicas ou direitos fundamentais de primeira geração) (BITTAR, 2006, p. 19). Nas relações entre os particulares, portanto, os sistemas jurídicos se limitavam efetivar uma proteção de natureza pública, pela via da responsabilidade penal, o que era insuficiente, considerando que os critérios diferenciados para sua caracterização, como o dolo específico

(FRANÇA, 1966, p. 141). Daí a necessidade do desenvolvimento da análise jurídica dos aspectos privados e sanções civis.

O ordenamento jurídico do século XIX, inserido no contexto do Estado Liberal, tomou as orientações básicas romanas de divisão do sistema jurídico. No Direito Público, efetivou-se a afirmação do indivíduo através da previsão de mecanismos de sua proteção contra o Estado. O Direito Privado garantia a ausência de ingerência externa nas relações particulares. Partindo dos pressupostos da igualdade formal e da liberdade, verificou-se uma sublimação do indivíduo, substituído pela autonomia da vontade, situada em papel central e orientadora da ampla autonomia para contratar (TEPEDINO, 1999, p. 57).

A omissão da proteção da pessoa em si, pelo Direito Privado, é bem representada pelo Código Napoleônico, cuja única e tímida disposição a respeito localiza-se no seu artigo 166, segundo o qual o credor poderia exercer todos os direitos e ações do devedor, “*salvo os exclusivamente ligados à pessoa*”.

Os efeitos dos processos de industrialização, urbanização e massificação dos contratos evidenciaram as contradições existentes no modelo liberal, em que as desigualdades materiais eram ignoradas, contribuindo para a organização de disciplinas de proteção, efetivadas pelo dirigismo contratual, controle da liberdade contratual e a participação social (TEPEDINO, 1999, p. 57).

Em síntese, o pensamento jurídico evoluiu para concluir que

“na democracia capitalista globalizada, de pouca serventia mostram-se os refinados instrumentos de proteção dos direitos humanos, postos à disposição pelo direito público, se as políticas públicas e a atividade econômica privada escaparem aos mecanismos de controle jurídico, incrementando a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO, 1999, p. 57).

O Direito Privado foi desenvolvido como uma limitação ao poder soberano, recorrendo ao direito natural, à experiência romana e à tradição, para lidar com o paradoxo de uma autolimitação do poder no Antigo Regime. Mas na sociedade contemporânea, coexistem novos poderes, responsáveis por novas transgressões à liberdade humana, como o poder ideológico, o econômico e político (LORENZETTI, 1998, p. 120/121).

Inicialmente, houve dificuldades do ponto de vista estrutural, em reconhecer a natureza de direito subjetivo dos direitos da personalidade. Como protegem bens jurídicos inseparáveis do homem, há uma contradição em ser, simultaneamente, sujeito e objeto de uma

relação jurídica. Contudo, estão presentes os elementos de poder do titular e dever de abstenção de terceiros, razão pela qual a doutrina passou a sistematizar a partir do paradigma da relação de propriedade.

Mesmo negando a existência dos direitos da personalidade, Savigny apresentou à ciência jurídica o melhor caminho para a sua definição e sistematização, em sua análise sobre o objeto dos direitos (a própria pessoa, a pessoa prolongada na família e o mundo exterior). Para o autor, neste suposto direito, a figura do seu titular e objeto se confundem, de modo que a existência de um direito nestes moldes justificaria o suicídio (FRANÇA, 1980, p. 405. TEPEDINO, 1999, p. 25).

As doutrinas alemã e suíça do século XIX começaram a cogitar o enunciado de regras gerais sobre direitos da personalidade, no Direito Privado, mas somente em meados do século XX surgiram trabalhos que conferiam tratamento sistemático e versavam sobre uma ampla série de direitos, em que se destaca o trabalho do italiano Adriano de Cupis, “*I diritti della personalità*”, de 1950 (FRANÇA, 1977, p. 144).

4. FUNDAMENTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

As divergências existentes entre as escolas do pensamento jurídico naturalmente repercutiram na identificação, pela doutrina, da natureza e razão dos direitos da personalidade.

Em uma visão jusnaturalista, a categoria corresponde às faculdades exercitadas pelo homem, relacionadas com atributos inerentes à pessoa humana. São direitos inatos, existentes e atribuídos ao homem pela simples razão de sê-lo, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e dotá-los de proteção própria, de modo que a lei não lhe dita existência, mas confere proteção mais detalhada e eficaz. Eles transcendem o ordenamento positivo porque são ínsitos à pessoa e intangíveis pelo estado ou particulares (BITTAR, 2006, p. 6-10).

Pela ótica positivista, entende-se que os direitos da personalidade são direitos subjetivos que formam o conteúdo mínimo e essencial da personalidade humana, podem ser inatos, mas o reconhecimento estatal é imprescindível para aquisição de força jurídica porque fora de um determinado conceito histórico, não existe possibilidade de estabelecer um bem jurídico superior, pois sua compreensão depende de noções historicamente condicionadas,

inclusive pela experiência do direito positivo (TEPEDINO, 1999, p. 4, 39/40).

A reflexão sobre os direitos da personalidade partiu da necessidade de proteção de realidades antropológicas, como o corpo, a vida e a saúde, e de ordem moral, como a honra e a liberdade, o que levou à identificação de direitos diversos. Contudo, ainda no século XIX, doutrinadores alemães como Gierke e Köhler, defenderam o reconhecimento de um direito geral da personalidade capaz de promover a proteção integral da pessoa, em todos os seus atributos e pressupostos (MATTIA, 1977, p. 154).

Esta posição é confirmada pela Constituição Alemã de 1949, ao dispor em seu primeiro artigo que “*a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo o poder do Estado*”, fundamento pelo qual a Corte Federal de Justiça Alemã passou a reconhecer o direito de um particular contra outro particular, de respeito de sua dignidade de homem e de sua personalidade individual (MATTIA, 1977, p. 154).

Tanto a teoria pluralista quanto a monista utilizam o paradigma da propriedade para tratar sobre a personalidade, valendo-se do paralelo com os atributos do domínio ou da sua impossibilidade de ser fracionado em vários direitos (TEPEDINO, 1999, p. 46/55).

A tipicidade proposta pela teoria pluralista seria insuficiente, assim como pensar a personalidade do ponto de vista estrutural, protegendo-a somente de modo negativo, pela imposição do dever geral de abstenção, como propõe a visão monista (TEPEDINO, 1999, p. 46/55).

Em ambas as visões, a proteção é limitada aos momentos patológicos de danoreparação, desconsiderando a posição hierárquica do valor constitucional da dignidade da pessoa humana que demanda a previsão instrumentos de sua promoção (TEPEDINO, 1999, p. 46/55).

A proteção da pessoa está no plano do ser, onde existe uma dualidade do sujeito e objeto, razão pela qual ela não se ajusta à concepção de direito subjetivo, desenvolvida para situações relacionadas ao ter. A sua unidade de valor impossibilita a divisão em interesses, bens jurídicos e situações isoladas. A pessoa não se realiza por meio de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de posições, cuja integral proteção depende do reconhecimento de uma cláusula aberta de proteção dos bens da personalidade (PERLINGIERI, 1997, p. 155/156).

Mais do que isso, a personalidade assume a posição de valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter todas as relações particulares a novos critérios de validade, superar a dicotomia entre o público e o privado e atender à cláusula geral e maior de promoção da dignidade humana. Em resumo, a personalidade não estabelece limites para o exercício de direitos, porque consiste no próprio fundamento em função do qual serão exercidos (TEPEDINO, 1999, p. 46/55).

5. CARACTERÍSTICAS E CLASSIFICAÇÕES

Como se propõe a realizar tutela dos bens jurídicos mais elevados do homem, os direitos da personalidade são dotados de qualidades especiais.

Eles são relacionados à tutela da pessoa humana e representam uma expressão, no campo das relações privadas, do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), cláusula geral da tutela da pessoa humana, protetora de todos os interesses que lhe são essenciais⁵.

A realização da dignidade no campo privado estabelece tanto um conteúdo negativo, correspondente ao dever geral de respeito às situações existenciais e de abstenção de violações, quanto um conteúdo positivo, de promoção da pessoa humana, para satisfação de um mínimo existencial ou de um patrimônio mínimo. É o que diferencia aquele que se realiza enquanto pessoa, daquele ser somente determinado pela necessidade de auto conservação (BORGES, 2007, p. 16).

A liberdade e plena realização da pessoa necessitam de um nível de vida digno e de um mínimo de educação, sem os quais não há possibilidade de realizar escolhas, seja em razão de um estado de necessidade ou porque não se conhecem as opções. A capacidade de escolher é reputada essencial para a natureza humana (LORENZETI, 1998, p. 153).

Em nossa sociedade contemporânea, a desumanização não resulta de uma submissão resultante da servidão ou a escravidão, mas de uma redução do homem a um mero autômato, à engrenagem de uma grande máquina (LORENZETI, 1998, p. 153).

A posição central alcançada pela dignidade não resulta de uma lei natural ou de

⁵ Enunciado nº 274 da IV de Direito Civil. 274 – “Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

um reconhecimento do poder estatal, mas de sucessivas conquistas históricas incorporadas pelo pensamento jurídico, como a doutrina cristã, o iluminismo, o kantismo e a reação ao nazismo (BORGES, 2007, p. 19).

Logo, seu conteúdo não é um dado absoluto que se revela de modo igual a todos, mas é fruto de um momento histórico do Direito e da sociedade, sujeito às concepções dos próprios indivíduos envolvidos, suas experiências, características físicas, culturais e sociais, enfim, seus sentimentos e consciência de respeito (BORGES, 2007, p. 16).

As pessoas jurídicas não gozam da especial proteção reservada à condição humana, contudo, o Código Civil atribui às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade (art. 52, CC). Isso não significa que a lei reconheça que a pessoa jurídica tenha direitos da personalidade, somente empresta parte específica da disciplina da categoria, relacionada aos modos de tutela (SCHREIBER, 2013, p. 469).

De fato, a preservação da reputação e imagem de uma pessoa jurídica é interesse juridicamente tutelado, contudo, a jurisprudência (Súmula nº 227 do STJ) e o legislador optaram por qualificar lesões a tal interesse como dano moral, com a expansão da técnica de proteção dos direitos da personalidade, em razão da dificuldade de aferir a extensão patrimonial dos prejuízos causados (TEPEDINO, 1999, p. 52)⁶.

Como os direitos da personalidade realizam a proteção e a promoção de valores inatos no homem, de interesses jurídicos existenciais e subjetivos, possuem as qualidades da extrapatrimonialidade, porque são insuscetíveis de avaliação econômica, da generalidade, pois concedidos a todos pelo simples fato de ser ente humano (art 5º, *caput*, CF), bem como do caráter absoluto, porque impõe um dever geral de respeito e de promoção pela coletividade (BITTAR, 2006, p. 11/14).

Os direitos da personalidade são uma categoria não taxativa, possuem o traço da elasticidade, porque se propõem a promover tutela abrangente da dignidade, em todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade seja ponto de referência objetivo. Desse modo, a personalidade configura uma cláusula aberta de proteção da pessoa, a ser

⁶ “Como se vê, a ‘moralização’ dos danos sofridos pela pessoa jurídica não exprime uma opção conceitual refletida da nossa jurisprudência, mas mero expediente prático, destinado a não tornar infrutífero o pleito indenizatório e (legítimo) das pessoas jurídicas naquelas situações em que o cálculo matemático do prejuízo se afigura inviável. A postura é compreensível portanto”. (SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 469).

desenvolvida pelo intérprete ou pelo legislador, face às novas situações existenciais resultantes da evolução social (PERLINGIERI, 1997, p. 155/156).

A título de ilustração, com o desenvolvimento da tecnologia da informação e da biotecnologia, a privacidade evolui para ter, como seus consectários, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” e proteção de informações genéticas pessoais (Enunciados nº 404, 405 e 531, das Jornadas de Direito Civil).

A liberdade de expressão na internet depende da observação do princípio da neutralidade da rede (arts. 3º, IV, e 9º, do Marco Civil da Internet, Lei 12965/2015). A liberdade de locomoção, informação e expressão de portadores de deficiência, passa pelo direito à acessibilidade, garantido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Os direitos da personalidade são dotados de vitaliciedade⁷, porque estão presentes no patrimônio jurídico das pessoas, inclusive dos nascituros, ao longo de todo ciclo da vida, sem prejuízo da produção de efeitos desta tutela após a morte, como medida que assegura a efetividade dos direitos. “*Existe dignidade nessas situações porque nela se reconhece a dignidade que passou a merecer a pessoa em vida. [...] É um transbordamento de efeitos, não de causa*” (STF, ADI 3510, julgada em 29/05/2008).

Desse modo, a lei determina a transmissibilidade aos parentes do titular, da legitimidade para a defesa dos direitos da personalidade (arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, CC e art. 24, §1º, Lei 9610/1998). Por sua vez, o gozo das projeções econômicas dos direitos de autor é transmitido aos herdeiros, pelo prazo de 70 anos (art 43, *caput*, Lei 9610/1998).

Como os direitos da personalidade constituem um patrimônio jurídico mínimo da pessoa, não é possível a sua supressão ou transmissão ao patrimônio de outrem, o que caracteriza a sua intransmissibilidade e impenhorabilidade, em razão da natureza personalíssima dos bens jurídicos protegidos, ínsitos e inseparáveis da pessoa. Pelas mesmas razões, são imprescritíveis, não se extinguem em razão do seu não exercício.

A possibilidade de projeção de efeitos após a morte não diverge da qualidade da

⁷ Com a ressalva dos direitos revelados que protegem algumas projeções da personalidade no meio externo, razão pela qual necessitam de sua exteriorização para receber tutela, como o direito do autor que depende da exteriorização da criação para receber proteção.

intransmissibilidade. A lei prevê hipóteses de transmissão da legitimidade para requerer a tutela ou para receber os proveitos econômicos decorrentes de bens da personalidade⁸, sem que isso importe no ingresso do direito da personalidade no patrimônio jurídico desses terceiros legitimados.

Os direitos da personalidade podem ser próprios da pessoa em si (ou originários), existente por sua natureza de ente humano, ou podem ser referentes às projeções da pessoa para o mundo exterior, em seus relacionamentos sociais, tratando aspectos morais e sociais da pessoa.

Quanto à natureza do seu objeto, os direitos da personalidade são classificáveis em físicos, psíquicos e morais. Os primeiros são relativos aos atributos físicos da personalidade, componentes materiais da estrutura humana, cuja tutela garante a integridade corporal da pessoa, como a vida e o corpo. Os direitos relativos aos atributos psíquicos referem-se aos elementos intrínsecos da personalidade, como a liberdade, a intimidade e o segredo, e garantem a integridade psíquica da pessoa. Os direitos morais protegem os atributos valorativos da pessoa em suas interações com a sociedade, tratando do seu modo de ser e suas projeções na coletividade, como a identidade, a honra, as manifestações do intelecto e religiosidade, para assegurar a integridade moral e intelectual da pessoa (BITTAR, 2006, p.145).

Em uma visão positivista e pelo critério do momento de origem, os direitos da personalidade são classificados entre inatos, reconhecidos desde a concepção, pois seu único pressuposto é a própria existência da pessoa à qual adere, como a vida e a saúde, e os revelados, dependentes do exercício de algum aspecto da personalidade capaz de criar projeções merecedoras de tutela específica, como o direito do autor, protegidos a partir da exteriorização da obra criada, quando expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível (art. 7º, *caput*, Lei nº 9.610/98).

6. RELATIVA DISPONIBILIDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Os direitos da personalidade partem da própria pessoa e regressam à mesma como

⁸ O gozo das projeções econômicas dos direitos de autor é transmitido aos herdeiros, pelo prazo de 70 anos (art 43, *caput*, Lei nº 9610/1998). O art. 980-A, CC autoriza a cessão de direitos patrimoniais de autor, imagem, nome e voz, vinculados à atividade profissional, de que seja detentor o titular de uma EIRELI.

um dever essencial de conservação, razão pela qual o art. 11, CC estabelece a regra geral de sua indisponibilidade, vedando a limitação voluntária de seu exercício⁹.

Entretanto, é possível concluir que os direitos da personalidade possuem relativa disponibilidade, considerando a aceitação social de condutas que implicam riscos ou supressões de direitos como a prática de esportes radicais, com risco à vida, ou a superexposição da vida privada em *realities shows* e redes sociais, bem como as regras legais expressas de exercício de da autonomia privada sobre os bens da personalidade.

Alguns bens da personalidade permanecem reservados exclusivamente ao titular, outros podem ser difundidos, pelo ingresso no comércio jurídico, o que configura a relativa disponibilidade de tais direitos, ou por ações e comportamentos que, consoante o grau de relacionamento mantido pela pessoa, a extensão de suas atividades e o nível de divulgação desejada pelo interesse público quanto a seus atributos personalíssimos, ou estão sujeitos à exposição, como os das pessoas notórias (políticos, artistas e esportistas). Por outra via, tais atributos, dentro de algum círculo, podem sofrer maiores restrições quanto à sua divulgação, ou ainda, ser subtraídas do conhecimento público, como as situações sobre as quais recai o segredo profissional (BITTAR, 2001, p. 43/47).

É possível o exercício do poder de disposição sob certos aspectos, o que não desnatura o direito, pelo contrário, representa a prática de uma faculdade inerente ao titular, que lhe é exclusiva e não admite execução forçada ou uso de terceiro sem expressa autorização, situações que seriam incompatíveis com a essencialidade da personalidade.

A liberdade instruída pela vontade humana, mola propulsora de pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre o mundo exterior, disciplinado pelos direitos patrimoniais e os direitos familiares, mas também, sobre a própria realidade antropológica do ser humano. Cada qual é o próprio guia de sua vida, corpo, honra etc. e demais atributos e energias que emanam da personalidade (MATTIA, 1977, p. 153).

Portanto, admite-se disponibilidade relativa dos direitos, para permitir a melhor fruição por parte do seu titular em situações de necessidades estabelecidas pela condição do titular, como a possibilidade do paciente deliberar sobre aspectos do tratamento médico que

⁹ “estes direitos partem da pessoa, configurados como um poder de vontade, e regressam à mesma em sua condição de um dever essencial de conservação” (MATTIA, Fabio Maria. Direitos da personalidade II. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coord. Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 28, p. 156).

possa lhe causar risco de vida (art. 15, CC), por razões altruísticas e científicas, como nos casos de doação de órgãos ou tecidos corporais e a de destinação do próprio corpo, após a morte, para fins de pesquisa (art. 13 e 14, CC), ou ainda, em razão das potencialidades econômicas de alguns bens da personalidade, potencializadas pela expansão tecnológica, como o a imagem, nome e direitos do autor.

O exercício do poder de disponibilidade sobre direitos da personalidade parte da premissa fundamental de qualquer utilização pública ou por terceiros depende da autorização expressa do titular, mediante instrumentos negociais apropriados, o que permite a sua justa remuneração, decorrente das projeções econômicas de alguns direitos da personalidade (MATTIA, 1977, p. 153).

É compatível com a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, a autorização do uso determinado ou temporário dos bens relativamente disponíveis. Os instrumentos de licença ou concessão devem indicar a finalidade, condições de uso, tempo, e demais circunstâncias, sujeitos sempre à interpretação restritiva, por imposição do mandamento de integral proteção da pessoa humana. Desse modo, tais ajustes não podem suprimir a liberdade ou impor longo sacrifício ao direito, sob pena de nulidade (BITTAR, 2006, p. 45/47).

A autonomia é pressuposto da personalidade e não se restringe à iniciativa econômica e contratual. A disciplina justa das relações entre as pessoas é realizada pelo Direito Civil do ponto de vista da autonomia da pessoa, para desenvolvimento da sua personalidade. A realização dos interesses existenciais necessita do desempenho positivo dos direitos da personalidade (PINTO, 1999, p.42).

Autonomia jurídica consiste na liberdade jurídica para atuar lícitamente. Nas situações existenciais, ela representa liberdade jurídica para exercer direitos da personalidade, por condutas lícitas, sem efeitos, necessariamente, de transferência ou extinção de direitos (BORGES, 2007, p. 47/50).

A autonomia privada, por sua vez, é o poder jurídico atribuído ao indivíduo para que determine conteúdo e efeitos de suas relações jurídicas, inclusive existenciais, com reconhecimento e proteção do ordenamento, cabendo-lhe interferir somente se houver excesso que lesione as esferas jurídicas dos outros, em seus direitos individuais, coletivos ou

difusos, bem como a boa-fé, os bons costumes e a ordem pública (PERLINGIERI, 1997, p. 17).

Contudo, este controle não pode ser utilizado como instrumento de imposição de padrões de conduta homogenizadores. Não existe termo padrão ou consenso sobre o que seja a dignidade. O ordenamento assegura a dignidade, mas não determina o que seja ou não digno. O modo de sua efetivação depende do caso concreto, considerando que a promoção e salvaguarda da dignidade também passa pelo reconhecimento do direito à diferença (BORGES, 2007, p. 103/110).

Na sociedade contemporânea, marcada pelo relativismo social, cultural e axiológico, os valores vigentes são vários e contraditórios entre si, razão pela qual a coexistência dos seus integrantes depende da tolerância e alteridade, e não na eleição pelos grupos detentores do poder político, representantes de maioria ou de uma minoria, de um valor ou moral superior, o que seria capaz de justificar regimes totalitários (BORGES, 2007, p. 103/110).

Embora se compreenda que a dignidade dependa da autonomia, os limites morais continuam relevantes na determinação da sua extensão, por serem exigências do respeito a si mesmo. A dignidade parte da pessoa, impondo um dever geral de respeito por todos, inclusive pelo seu titular, a quem cabe o dever de sua conservação (MATTIA, 1977, p. 156).

Se a autonomia fosse plena, o argumento segundo o qual a pessoa é titular do seu próprio corpo e da vida seria suficiente para legitimar situações como o canibalismo consensual entre adultos e o comércio de órgãos. Levando a autonomia a situações extremas, torna-se claro que nem todos os interesses sobre bens existenciais próprios são juridicamente tutelados (SANDEL, 2014, p. 76/95).

A defesa do exercício da autonomia em alguns bens inicialmente considerados indisponíveis, com a vida, não se limita aos argumentos de neutralidade do Estado em face de valores religiosos ou culturais, e na liberdade de escolha dos envolvidos. A título de exemplo, aqueles que defendem a abreviação da vida não a justificam no direito sobre si mesmo, mas em argumentos morais de compaixão, dignidade e redução do sofrimento (SANDEL, 2014, p. 76/95).

Dessa feita, os direitos da personalidade são relativamente disponíveis e os seus

titulares devem ter autonomia para exercê-los, dentro de limites juridicamente reconhecidos, na medida em que a definição dos modos e direções deste exercício revelam-se essenciais para o pleno desenvolvimento da personalidade.

7. DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO

A Resolução CFM 2.121/2015 disciplina a gestação por substituição, utilizando os termos doação temporária do útero. Doação é modalidade contratual típica do Código Civil, o que revela certa inadequação da expressão pois os contratos são negócios jurídicos de conteúdo patrimonial e o corpo, como direito da personalidade, é bem jurídico extrapatrimonial.

As técnicas de reprodução assistida são socialmente aceitas e recebem proteção constitucional, no direito à saúde, ao planejamento familiar, e dignidade da pessoa humana, como observou o Ministro Cesar Peluzo no julgamento da ADI 3510.

Por estes fundamentos, a utilização da técnica não pode ser indiscriminada, sendo aplicável somente nas hipóteses em que ela se revelar necessária em razão de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva (Resolução CFM 2.121/2015).

Assim, não é juridicamente tutelável o interesse da pessoa saudável, com plenas condições para gestar, mas que simplesmente deseja “*terceirizar*” a gravidez. Nestes casos, a utilização de técnicas por mera conveniência desvirtua os objetivos de altruísmo e de promoção da saúde, o que consistiria em um abuso de direito por desvio das finalidades altruísticas da disposição do corpo (art. 14, CC) e finalidades sociais da medicina reprodutiva (artigo 187, CC).

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, devendo os demais casos ficarem sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (Resolução CFM 2.121/2015). Esta regra tem como propósito estabelecer certo controle contra o estabelecimento de um mercado de gravidez por substituição, bem como garantir a saúde da criança e da gestante, pela sua compatibilidade fisiológica.

Para garantia do exercício do direito sobre o próprio corpo e de planejamento

familiar com autonomia, a formação da vontade dos envolvidos deve ser livre e bem informada. A declaração formal de disposição do útero deve ser precedida de esclarecimentos sobre aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação (Resolução CFM 2.121/2015).

A necessidade de declaração formal de conhecimento prévio sobre as repercussões legais da filiação é extremamente importante em razão da ausência de disciplina legal sobre a gestação por substituição.

Os avanços das técnicas médicas, associados à valorização da afetividade e da dignidade pelo Direito de Família, permitem a desbiologização do instituto jurídico da filiação, dando lugar ao reconhecimento de outras fontes, além da origem genética ou gestacional, permitindo a aplicação do critério da vontade procriacional para os nascimentos resultantes de reprodução assistida (DINIZ, 2009, pag. 580).

Como se trata do exercício de disponibilidade sobre um bem extrapatrimonial, o corpo, a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (Resolução CFM 2.121/2015). A disposição do próprio corpo somente é válida quando gratuita, com objetivos altruísticos ou científicos, nos termos do artigo 14, CC.

Contudo, é juridicamente possível que os envolvidos possam definir contrapartidas econômicas, em caráter compensatório por despesas relacionadas com a gestação (alimentação, acompanhamento médico, nutricional, psicológico, etc.) bem como por suspensão de atividades profissionais no período puerperal.

São compensações válidas na medida em que não assumem caráter lucrativo, ou seja, não representam um acréscimo patrimonial para a gestante nem uma contrapartida pela disponibilidade de seu corpo.

Em resumo, considerando as especiais características do direito da personalidade sobre o próprio corpo e o escopo das técnicas de reprodução assistida, a cessão temporária do útero deve ser precedida de orientações para informar os envolvidos, com formalização de instrumento que esclareça as questões filiatórias, com a possibilidade de previsão de compensações financeiras para gestante, para despesas relacionadas à gestação, sem que a gratuidade da cessão seja descaracterizada.

8. CONCLUSÃO

Apesar da essencialidade dos direitos de a personalidade induzir à conclusão de inexistência de disponibilidade por seu titular, verifica-se que seu exercício é realizado com autonomia pelo titular, a melhor pessoa para definir o seu conteúdo.

A gestação por substituição envolve o exercício de disponibilidade sobre o próprio corpo, no interesse do projeto familiar de terceiros.

Por se tratar de bens existenciais, a autonomia deve ser exercida dentro de limites, respeitadas as finalidades sociais das técnicas de reprodução assistida, portanto, não são juridicamente toleráveis, desvios das finalidades básicas de altruísmo e promoção da saúde, razão pela qual a gestação por substituição não pode configurar um mercado de “barrigas de aluguel”.

A ausência de disciplina legal para a gestação por substituição, sobre a questão filiatória reforça a importância da dos prévios esclarecimentos dos envolvidos e de formalização de um instrumento que documente quem são os detentores da vontade procriacional.

O instrumento poderá conter disposições financeiras para compensação de despesas relacionadas com a gestação, sem que haja uma descaracterização da gratuidade e altruísmo do ato.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos e personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **O atual estado do biodireito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade I. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Coord. Rubens Limongi França. v. 28. São Paulo: Saraiva, 1966.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. vol. 1. 12. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1966.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

MATTIA, Fabio Maria. Direitos da personalidade II. **Enciclopédia Saraiva do Direito**.

Coord. Rubens Limongi França. v. 28. São Paulo: Saraiva, 1977.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Parte Geral**. 41. ed.

São Paulo: Saraiva, p. 131/132.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 1999.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2014, 13. ed., p. 76-95.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 469.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Submetido em 10.09.2017

Aprovado em 16.09.2017