

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Monaise Carteri Coradi

CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE FRENTE À
GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO

Passo Fundo

2014

Monaise Carteri Coradi

CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE FRENTE À GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

Passo Fundo

2014

*Com amor,
Aos meus pais,
Moacir e Izabel.*

AGRADECIMENTOS

*A Deus,
Que esteve comigo em todos os momentos.*

*Aos meus pais,
Por todo o apoio e incentivo.
Sendo os responsáveis por minha chegada até aqui.*

*À minha orientadora,
Professora Marlova Stawinski Fuga,
Exemplo de profissional e mestre.
Pelo comprometimento e
Atenção dispensada na orientação do presente trabalho.*

*À amiga e também colega Fernanda,
Por todos os momentos compartilhados ao longo desta jornada
Em que percorremos juntas em busca de um mesmo objetivo,
Que finalmente está sendo alcançado.*

*Aos meus amigos,
Gabriela, Geverton, Keisiane, Marina e Willian.
Que me proporcionaram momentos de descontração
E dividiram comigo as angústias da vida de estudante.*

*Aos meus colegas de faculdade,
Que fizeram com que esses anos fossem mais divertidos.
Em especial a minha colega Vanessa,
Com quem pude compartilhar todas as dúvidas
E as dificuldades que surgiram no desenvolver deste trabalho.*

*A todos,
Que de alguma forma,
Contribuíram para a realização da presente monografia.*

O abuso não pode eliminar o uso. A possibilidade de um uso eticamente inaceitável de uma técnica, fruto do saber humano, não pode eliminar o seu uso se ela é de benefício para os demais membros dessa sociedade. O que procede é seu estrito regulamento no marco do bem comum. Este marco é a lei.

Aristóteles

RESUMO

Os constantes avanços na área da biotecnologia, sobretudo das técnicas de reprodução humana assistida, fazem surgir em nossa sociedade novas e controversas questões a serem solucionadas. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar a gravidez de substituição, técnica pela qual uma mulher cede seu útero para gestar o filho do casal que deseja a criança. No Brasil inexistente legislação específica que regule as técnicas de reprodução assistida, sendo a matéria regida somente pela Resolução n. 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina, a qual dispõe que a doação de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, bem como, a mulher que irá ceder o útero deve ter um vínculo parental até o quarto grau com o casal que deseja a criança. Como a Resolução não tem força de lei e conseqüentemente não implica sanções, diversas questões ainda geram questionamentos e resultam em litígios judiciais. Nesse contexto, uma dúvida que surge é qual seria a solução a ser tomada diante do conflito positivo de maternidade resultante da gravidez de substituição; mãe seria a mulher hospedeira levando a gestação até o final ou a mulher interessada e impossibilitada de gerar? Assim, a partir de uma pesquisa bibliográfica, com a utilização do método dedutivo, pode-se concluir que em havendo o conflito positivo de maternidade a melhor solução dada ao caso será aquela que atenda primordialmente aos anseios da criança e leve em conta o amor e os laços de afeto construídos, tendo como base os princípios do melhor interesse da criança e o princípio da afetividade.

Palavras-chave: Bioética. Filiação. Gravidez de substituição. Melhor interesse da criança. Reprodução humana assistida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DIREITO DE FAMÍLIA E BIOÉTICA.....	9
1.1 Princípios e regras.....	12
1.2 Princípios aplicáveis ao direito de família e a bioética.....	15
1.3 Direito a ter um filho.....	20
2 GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO.....	23
2.1 Aspectos gerais da gravidez de substituição.....	25
2.2 Técnicas de reprodução assistida.....	28
2.3 Aspectos éticos da gravidez de substituição.....	31
2.4 Perspectiva religiosa das técnicas de reprodução humana.....	33
3 MATER SEMPER CERTA EST?.....	36
3.1 Análise jurídica da gravidez de substituição.....	36
3.2 Do pacto de maternidade sub-rogada.....	40
3.3 Conflito positivo de maternidade.....	43
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	52
ANEXO.....	55

INTRODUÇÃO

Ser mãe é o sonho de muitas mulheres, assim como, é o desejo de muitas famílias. No entanto, nem sempre tal vontade pode ser realizada pelos meios naturais, já que inúmeras são as patologias que impossibilitam a mulher de conceber um filho. Assim, os avanços biotecnológicos permitiram que esse sonho se tornasse realidade através dos mais diversos métodos de reprodução humana assistida. Todavia, o direito não acompanhou tais avanços na mesma velocidade criando leis específicas que amparem esses métodos, fazendo com que inúmeras controvérsias sejam geradas.

A gravidez de substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel” é um dos métodos de reprodução assistida colocado à disposição das mulheres impossibilitadas de gestar, tal como, dos casais homossexuais que pretendem ter um filho com seu próprio material genético. A prática caracteriza-se pelo empréstimo temporário do útero para gestar o filho do casal que deseja a criança, devendo, a mãe substituta, entregar a criança ao casal que intencionou o menor logo após o seu nascimento.

No Brasil a gravidez de substituição é regulamentada apenas pela Resolução n 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que não possui força de lei, e conseqüentemente não implica em sanções. Por conta da falta de legislação específica que regulamente tal prática, muitas vezes a realização de um sonho que é concretizada através das mais avançadas técnicas da medicina, acaba encontrando entraves no direito.

Questão conflitante ocorre, por exemplo, quando a mãe gestacional não quer entregar a criança à mulher que “contratou” o útero de substituição, criando-se um conflito positivos de maternidade, tendo em vista que duas mulheres desejam ficar com a criança. E, é nesse contexto que o presente trabalho monográfico busca verificar qual seria a melhor solução dada diante da ocorrência do referido conflito.

Para tanto, no primeiro capítulo busca-se conceituar e diferenciar os princípios e as regras, para posteriormente evidenciar a importância dos princípios no direito de família e na bioética, delimitando os princípios aplicáveis à bioética e abordando os principais princípios aplicáveis ao direito de família como o da dignidade da pessoa humana, da afetividade, bem como do melhor interesse da criança. Ainda, verifica-se neste capítulo se há um direito assegurado constitucionalmente da mulher ter um filho.

Por sua vez, o segundo capítulo irá tratar especificamente da gravidez de substituição, partindo da análise dos aspectos gerais da prática, abordando as técnicas de reprodução assistida que podem ser utilizadas para a concretização da maternidade sub-rogada e trazendo por fim, os aspectos éticos e as perspectivas religiosas no que tange a reprodução assistida, sobretudo a gravidez de substituição.

No terceiro e último capítulo, busca-se uma resposta ao conflito positivo de maternidade e assim, faz-se primeiramente uma análise jurídica da maternidade sub-rogada partindo-se da Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina e passando-se a analisar a possibilidade ou não da existência de um pacto de gravidez de substituição frente as regras do direito brasileiro. Ao final, a partir do estudo da filiação e da presunção *mater semper certa est*, procura-se encontrar qual seria a melhor solução para o conflito positivo de maternidade.

A relevância do tema justifica-se pois atende ao desejo de muitos casais impossibilitados de ter um filho constituir uma família a partir da gravidez de substituição. Ademais, com a crescente prática da maternidade sub-rogada frente a omissão legislativa em nosso ordenamento jurídico, importante refletir sobre qual seria a melhor solução que o Poder Judiciário teria para aplicar aos litígios referentes ao conflito positivo de maternidade que poderão ser levados ao seu crivo.

No que tange o método de abordagem adotado na presente pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo, este que parte de verdades gerais para chegar a uma conclusão particular, ou seja, a conclusão deve estar implícita nas premissas. Nesse sentido, as premissas serão princípios já reconhecidos que devem ser compreendidos como verdades, para que conseqüentemente se possa chegar a uma conclusão fundamentada nas premissas. Para tanto, será utilizado como método de procedimento o bibliográfico, o qual consiste no levantamento de publicações escritas a respeito do tema, compreendendo livros, revistas, jornais e artigos.

Destarte, feitas tais considerações, passa-se agora ao estudo de cada um dos capítulos para que ao final seja possível verificar a partir das hipóteses defendidas pelos doutrinadores qual seria a melhor solução aplicada ao problema proposto.

1 DIREITO DE FAMÍLIA E BIOÉTICA

Nenhum homem vive só, ele necessita da ajuda de outro para a sua sobrevivência, e, é na família, primeiramente, que buscará e encontrará esse amparo. A família é o núcleo básico da sociedade, sendo que sem ela não “seria possível nenhum tipo de organização social ou jurídica”. (PEREIRA, 2003, p. 157).

Em sua origem no direito romano, a família era subordinada ao *pater familias*, que baseado no princípio da autoridade exercia sobre seus filhos não emancipados e sua esposa “direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*)”, ficando a mulher constantemente sob a autoridade de seu marido. No mesmo sentido, o Código Civil de 1916 definia como família apenas aquelas constituídas pelo casamento e de modelo patriarcal. Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, os parâmetros de família antes consubstanciados tão somente no casamento tiveram novos moldes, não mais originando-se apenas do matrimônio, “uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. (GONÇALVES, 2011, p. 31-32).

A emancipação econômica e profissional das mulheres ao longo do século XX mudou o papel que as mesmas desempenhavam no âmbito doméstico e culminou no desaparecimento da família patriarcal, bem como, a realização pessoal, fundada na afetividade, trouxe uma nova concepção de família, esta que agora busca um ambiente de convivência, solidariedade e respeito mútuo. (LÔBO, 2011, p. 20). Em outras palavras, a antiga família autocrática passa a ser uma família democrática, onde o princípio da autoridade do pai é permutado com o da compreensão e do amor. (PEREIRA, 2011, p. 32).

E, assim, o conceito de direito de família que era definido simples e restritamente como normas que regulam o casamento e as relações decorrentes de vínculo de parentescos, tornou-se mais amplo, abarcando “não só as relações entre pais e filhos, mas também entre cônjuges e conviventes, ou seja, relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade”. (DIAS, 2011, p. 34).

Apesar de ser ordenado por diversas normas de ordem pública, essas inderrogáveis por vontade das partes, o direito de família encontra-se no âmbito do direito privado e no ramo do direito civil, pois sua finalidade precípua é tutelar a família e a vida de seus membros, não envolvendo diretamente na relação o Estado. Levando em conta suas características, Silvio de Salvo Venosa, assim como outros doutrinadores, defendem que seria melhor considerar “o

direito de família como um microsistema jurídico, integrante do denominado direito social”, ou direito *sui generis*, “possibilitando a elaboração de um Código ou Estatuto da Família”. (2005, p. 27).

Para Carlos Roberto Gonçalves, o direito de família “está intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que” em certo momento passe a constituir uma nova entidade familiar. (2011, p. 17).

Conforme expõe Maria Berenice Dias, as pessoas vivem hoje em uma sociedade mais tolerante, e conseqüentemente

[...] com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem pressionadas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras. Acabaram os casamentos de fachada, não mais se justificando relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da rejeição social. Está ocorrendo uma verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida. Nessa nova ótica, traição e infidelidade estão perdendo espaço. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar em uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante. (2011, p. 44).

Assim, diante das mudanças da sociedade, e da constante busca pela realização pessoal da maneira que melhor lhe prouber, as famílias passaram a ter formato diverso da tradicionalmente preestabelecida. Hoje é possível haver famílias monoparentais, formadas por um dos genitores e seus descendentes; pluriparentais, resultantes da pluralidade de relações parentais, essas causadas principalmente pelo divórcio; a família paralela, resultante do concubinato; ou mesmo, a família decorrente do casamento homossexual. Ademais, com a rápida evolução da ciência, especialmente no campo da genética, “novos temas estão hoje a desafiar o legislador, como as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, a clonagem de células e de pessoas”, entre outros. (VENOSA, 2005, p. 32).

Com o desenvolvimento científico, e as novas maneiras de se conceber um filho através da fertilização artificial, a verdade biológica nem sempre é adequada e “suficiente para fundamentar a filiação”, não sendo mais possível que todas as dúvidas sejam resolvidas no laboratório, e, nem mesmo o direito de família sozinho é suficiente para solucionar tais controvérsias. Assim, ao deparar-se “com as conseqüências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino” a bioética vem ao encontro do direito de família,

para que juntos possam ser mais efetivos na solução das novas demandas. (LÔBO, 2011, p. 30).

A palavra bioética foi inicialmente utilizada no início da década de 70 pelo médico norte-americano Van Rensselaer Potter, onde em seu livro buscou superar a dicotomia entre fatos explicáveis pela ciência e valores estudáveis pela ética. Nesse sentido, “a bioética, como é evidente no uso do prefixo ‘bio’, nasceu como uma preocupação ética pela vida em seus aspectos mais gerais”, crescendo rapidamente como uma área de conhecimento “importante nas ciências relacionadas com a vida humana, tais como a medicina, a enfermagem, a biologia, o direito, etc.”. (DALL’AGNOL, 2004, p. 13).

O sentido que o médico oncologista deu à palavra Bioética décadas atrás é diferente do significado atribuído à mesma palavra hoje. Potter referia-se a “importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida; quer dizer, a Bioética seria, para ele, a ciência que garantiria a sobrevivência do planeta”. Hoje, é uma ramificação da ética tradicionalmente conhecida, que se aplica as novas situações decorrentes do progresso da biotecnologia e preocupa-se em assegurar a dignidade humana. (CLOTET, 2003, p. 21-22).

É um estudo interdisciplinar, que deve congrega esforços de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento humano, a fim de que se possa “clarificar até que ponto uma descoberta e suas aplicações podem ou não ferir valores humanos fundamentais”, visto que, a bioética “investiga, na área das ciências da vida e da saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular”. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2000, p. 20-21).

A bioética está voltada para os problemas éticos que dizem respeito a vida e a morte das pessoas, principalmente a assuntos referentes aos “novos métodos de fecundação, a natureza do embrião, o aborto, a eutanásia, a manipulação genética, o patenteamento do genoma humano, o transplante de órgãos, a comercialização, ou não, do ser humano”, entre outros temas atuais referentes as novas descobertas da ciência. (PIÑEIRO; SOARES, 2006, p. 63).

A principal fonte e fundamento da bioética é o princípalismo, este que “foi elaborado a partir do Relatório Belmont sendo melhor sistematizado pelos eticistas Beauchamp e Childress”. O princípalismo é formado pelos princípios da autonomia, não-maleficência, beneficência e pelo princípio da justiça. (DALL’AGNOL, 2004, p. 13-14).

Destarte, diante da mudança da estrutura familiar ocorrida nos últimos anos e da rápida evolução das ciências biotecnológicas, fica evidente a importância de uma aproximação do direito de família e da bioética, para que juntos possam dar a melhor resposta às novas controvérsias existentes.

1.1 Princípios e regras

O sistema jurídico do Estado democrático de Direito “é um sistema normativo aberto de regras e princípios”. Sendo assim considerado por ser um sistema dinâmico, traduzido na disponibilidade das normas “para captarem a mudança da realidade e estarem abertas as concepções cambiantes da verdade e da justiça”. As normas expressam “a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas”, subdividindo-se em regras e princípios. Nesse sentido, de forma elucidativa, “as regras e princípios são duas espécies de normas”. (CANOTILHO, 2003, p. 1159-1160).

As regras indicam um suporte fático hipotético, determinado e fechado, não oferecendo margem a interpretações. São aplicadas através do método tradicional da subsunção, ou seja, sempre que alguém praticar o fato descrito haverá a incidência da regra. Os princípios, ao contrário das regras, apresentam suporte fático hipotético, indeterminado e aberto, não oferecendo assim uma única solução, deixando margem de interpretação ao intérprete, que conforme o caso concreto e em consonância com a regra instrumental da equidade, aplicará o princípio na melhor forma de fazer justiça. (LÔBO, 2011, p. 57-58).

Muitos são os doutrinadores “que propuseram definições para as espécies normativas”, no entanto, as contribuições decisivas partiram de Dworkin e Alexy. Conforme estudo feito por Humberto Ávila acerca dessas contribuições, Dworkin defende que “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela” é considerada inválida; os princípios para ele “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contém fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. Por sua vez, Alexy diz discordar da conceituação de regras como o tudo ou nada proposto por Dworkin; e por conseguinte define princípios como deveres de otimização, ou seja, “para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de

otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”. (2006, p. 35-38).

No mesmo sentido, mostra-se oportuna a conceituação do doutrinador anteriormente citado, Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (2006, p. 78-79).

Paulo Bonavides preceitua que os princípios possuem “um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos”. Ainda, segue afirmando que todos os discursos normativos devem colocar em seu campo de abrangência os princípios, estes “aos quais as regras se vinculam”. Para ele, “os princípios espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas”. (2009, p. 257-259).

Os princípios, dentre as várias classificações a eles atribuído, podem ser catalogados em princípios explícitos e implícitos. Os princípios explícitos “podem ser buscados diretamente em alguma expressão legislativa, da qual representam a sua significação”, ou seja, tornam-se exposto a partir do momento em que obtém seu reconhecimento. Já os princípios implícitos, ao contrário, não encontram respaldo em disposição normativa, “pois estão assentados em aspectos com características mais gerais, como, por exemplo: doutrinas morais e políticas, que estão no bojo da ordem pública”. (ENGELMANN, 2001, p. 99-102). De outra banda, as regras, dividem-se em dois grupos, o das regras comportamentais, que “descrevem comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos” e o das regras constitutivas, que “atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações”. (ÁVILA, 2006, p. 81).

Os princípios podem desempenhar diversas funções no desenvolvimento do Direito, dentre elas, apresentam função explicativa, sendo que “mediante análise de alguns princípios é possível vislumbrar o funcionamento do sistema jurídico como um todo”, possibilitando o

entendimento do direito “não como um simples conjunto de pautas, mas como um conjunto organizado de normas dotado de sentido”. Ademais, desempenham uma função hermenêutica, auxiliando os operadores do direito “a esclarecer o sentido das disposições contidas em regras jurídicas”. (ENGELMANN, 2001, p. 119-120).

Na aplicação dos princípios e das regras, não tão raro, pode-se deparar com a colisão dos mesmos, ou seja, “situação em que duas normas, ao serem aplicadas de forma independente, geram soluções jurídicas distintas”. Assim, quando estivermos diante de um conflito entre duas regras, conforme entendimento de Dworkin, “uma delas deverá ser considerada como inválida”, em contrapartida, Alexy apresenta outras duas soluções, “introduzir, numa das normas, uma cláusula de exceção que elimina o conflito; ou, declarar a invalidade de uma das normas, eliminando-se a mesma do ordenamento jurídico”. O direito brasileiro também aponta dois critérios que podem ser seguidos diante do conflito de regras: a observância ao princípio da soberania constitucional que coloca a Constituição Federal sobre qualquer outra legislação e a Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece o critério cronológico combinado com o da especialidade para dirimir tais conflitos. Diante da colisão de princípios, um deles “deverá ceder frente ao outro”, de maneira que “os princípios apresentam diferente peso, sendo privilegiado o princípio com maior peso”. (ENGELMANN, 2001, p. 125-127). Portanto, “o conflito de regras se resolve na dimensão da validade”, ao passo que “a colisão de princípios na dimensão do valor”. (BONAVIDES, 2009, p. 279).

Para Maria Berenice Dias, diante do conflito de princípios deve ser feita uma ponderação entre eles, “e não opção por um deles em detrimento do outro”. No caso de haver “conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade da pessoa humana”. Ainda, refere que os princípios “devem ter conteúdo de validade universal”, de forma que eles sirvam “para balizar as regras”, em que a não observância aos mesmos implica em ofensa a todo o sistema jurídico. (2011, p. 58-59).

Para finalizar, importante transcrever a reflexão feita por Canotilho acerca das regras e dos princípios:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um sistema de segurança, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um

sistema aberto. [...] O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. (2003, p. 1162).

O assunto é complexo, mas certo é que necessário se faz que o sistema jurídico seja composto por regras e princípios. Afinal, não há regras suficientes previstas em no ordenamento para regulamentar todas as situações da vida, e assim os princípios preenchem as lacunas deixadas pelas leis, ou mesmo, amolda as regras aos novos valores sociais, evitando que elas se tornem obsoletas. Além disso, os princípios são guias para os operadores do direito na tarefa interpretativa, esclarecendo o sentido das regras e auxiliando na aplicação das mesmas.

1.2 Princípios aplicáveis ao direito de família e a bioética

A partir da Constituição de 1988 os princípios superaram o efeito meramente simbólico que era a eles atribuído pela doutrina tradicional, ganhando força normativa. Esse foi um considerável avanço no direito brasileiro, principalmente para o direito de família, que encontra-se em constantes transformações. (LÔBO, 2011, p. 57). Nesse sentido, são princípios norteadores do direito de família, e do presente trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e da afetividade, esses a seguir abordados.

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal¹, “é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito”. É considerada um macroprincípio do qual a partir dele surgem todos os demais, produzindo assim, efeito sobre todo o sistema jurídico, “balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade”. (DIAS, 2011, p. 62-63).

Carlos Roberto Gonçalves preleciona que o princípio da dignidade da pessoa humana, hoje presente na maior parte das constituições democráticas, constitui a base da comunidade familiar, garantido que todos os seus membros, especialmente as crianças e adolescentes, possuam pleno desenvolvimento e realização. (2011, p. 23).

¹ Artigo 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Para Paulo Lôbo “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”, ademais, o mesmo considera que violaria o princípio “todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto”. (2011, p. 60).

Por possuir vasta abrangência, torna-se difícil sua conceituação, devendo a mesma ser evitada “sob pena de se limitar o seu campo de incidência, sendo certo, contudo, que como macroprincípio, nunca poderá sofrer qualquer tipo de relativização”. Apenas admite-se

[...] uma ponderação dos princípios de modo a se precisar a forma em que será alcançada a dignidade. Isto porque a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador da promoção da dignidade de seus membros. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito como é o exemplo da valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consangüinidade. (PEREIRA, 2011, p. 55-56).

O princípio do melhor interesse da criança, por sua vez, encontra amparo no artigo 227 da Constituição Federal², além de ser reconhecido pelo direito internacional, bem como, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Para o referido princípio, os interesses das crianças e adolescentes devem ser tratados de forma prioritária pelo Estado, pela sociedade e pela família, levando em conta “a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos”, que como pessoas em desenvolvimento, merecem um tratamento especial. (DIAS, 2011, p. 68).

Originado através do *parens patriae*, um instituto inglês que tinha como objetivo precípua do rei “proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria”. Sendo recepcionado também pela jurisprudência norte-americana quando “a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais”, no qual no caso em concreto concedeu a guarda da criança à mãe, mesmo sendo ela a acusada pelo adultério, levando em conta que “este era o resultado que contemplava o melhor interesse daquela criança”. (LÔBO, 2011, p. 75).

Conforme reflexão de Paulo Lôbo, o referido princípio

² Artigo 227 “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

[...] ilumina a investigação das paternidades e filiações socioafetivas. A criança é a protagonista principal, na atualidade. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação. (2011, p. 75-76).

Portanto, no campo do planejamento familiar, as crianças e os adolescentes devem sempre ter seus direitos e interesses priorizados em detrimento dos interesses de seus pais. Observando-se ainda, que o princípio do melhor interesse da criança é aplicado também em favor das “futuras crianças e adolescentes, frutos do exercício consciente e responsável das liberdades sexuais e reprodutivas de seus pais”. (PEREIRA, 2011, p. 60-61).

Cabe ressaltar, que na aplicação do princípio, os interesses e valores existenciais devem prevalecer em relação aos valores patrimoniais, não sendo a carência de recursos materiais causa “suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder”. Assim, diante da relatividade e subjetividade deste princípio, deve-se levar em conta o caso concreto apresentado, fazendo com que o princípio tenha a maior efetividade possível. (PEREIRA, 2011, p. 61).

O princípio da afetividade, último princípio do direito de família que será aqui abordado, surgiu com a evolução das famílias brasileiras entrelaçando-se com o próprio princípio da dignidade humana, recebendo um grande impulso a partir dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988. O referido princípio faz “despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos”, sustentando que as relações socioafetivas devem ser tratadas “com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”. (LÔBO, 2011, p. 70-71).

O princípio não se encontra positivado em um artigo específico da Constituição Federal e por isso é considerado um princípio implícito. Contudo, pode ser encontrado fundamento para a afetividade em diversos dispositivos da Constituição, como é o caso do artigo 227, §§ 5º e 6º³, que propõe “a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos”; artigo 227, § 6º, que preceitua que todos os filhos independentemente da origem são iguais, bem como, o artigo 227, *caput*, que diz ser a “convivência familiar prioridade absoluta

³ Artigo 227 “[...] § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º 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.” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

da criança, do adolescente e do jovem”, sendo tratado com primazia os laços de convivência e afeto ante a simples origem biológica. (DIAS, 2011, p. 70).

A incidência maior do princípio ocorre no instituto da filiação, que passou a não reconhecer como filho tão somente os de origem genética. Conforme expõe Silvio de Salvo Venosa, “por maior que seja a possibilidade da verdade técnica, nem sempre o fato natural da procriação corresponde à filiação como fato jurídico”. Nesse sentido, de nada adianta as novas biotecnologias atinentes a descobrir a verdade biológica, pois o que realmente importa é a convivência e os elos de amor e afinidade criados entre os envolvidos na relação. (2005, p. 244).

A afetividade é a base das famílias atuais, estas que em decorrência das transformações da estrutura familiar passaram “a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram importância secundária”. Dessa forma, “uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo, que se justifica, principalmente, pela solidariedade mútua”. (PEREIRA, 2012, p. 211).

Assim, após a breve abordagem de alguns dos princípios constitucionais que embasam o direito de família, passa-se a estudar os quatro princípios que hoje são fundamento para a bioética e suas novas descobertas no campo biotecnológico.

Os princípios da bioética tiveram seu surgimento a partir das preocupações resultantes do descaso dado aos pacientes, principalmente negros, que não recebiam o devido tratamento da sífilis, sendo usados como cobaias para observar como a doença se desenvolvia naturalmente, bem como, “pelos abusos dos experimentos nos campos de concentração durante a II Guerra Mundial”. Em decorrência desses motivos, foi instituída no ano de 1974, através do Congresso Norte-Americano, a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisas Biomédica e Comportamental. A referida Comissão, possuía a incumbência “de identificar os princípios básicos que deveriam nortear a experimentação com seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina”. (DALL’AGNOL, 2004, p. 27).

O estudo feito pela Comissão ficou conhecido como Relatório Belmont, sendo publicado oficialmente em 1978, em que os princípios do respeito pelas pessoas, beneficência e da justiça, teriam sido apresentados como capazes de justificar as preocupações do momento. (DALL’AGNOL, 2004, p. 27). No ano seguinte, Tom L. Beauchamp e James F.

Childress, com base no relatório apresentado, publicaram a obra *Principles of Biomedical Ethics*, fazendo uma abordagem detalhada dos princípios já propostos e incluindo o princípio da não-maleficência. Os quatro princípios juntos, a seguir abordados, formam o denominado “princípioalismo”, este que hoje ainda é o principal fundamento da bioética. (PIÑEIRO; SOARES, 2006, p. 31).

O princípio da autonomia consiste na liberdade que o paciente tem em fazer escolhas e tomar decisões quanto ao seu próprio tratamento, desde que não coloque em risco a vida de outrem. Ou seja, “a pessoa adulta, em estado normal de consciência, tem o direito de aceitar ou recusar o tratamento médico” que lhe é proposto. (CLOTET, 2003, p. 75).

Nesse sentido, conforme previsão do Código de Ética Médica, é dever do profissional da saúde informar seu paciente de todos os riscos e benefícios que determinado tratamento pode causar, obtendo a partir disso o consentimento do mesmo “antes de fazer um diagnóstico ou de prescrever um tratamento”. A autorização do paciente, feita a partir das informações prestadas é denominada de consentimento informado. (DALL’AGNOL, 2004, p. 34).

No entanto, o referido princípio não pode ser aplicado para aqueles que não possuam plena capacidade de discernimento. Diante desses casos, “se um paciente não é capaz de escolher ou de recusar um tratamento, então um hospital, um médico ou um membro da família podem, justificadamente, ser investidos do papel de decisões ou recorrer a um tribunal” para buscar suprir tal incapacidade antes que qualquer decisão seja tomada pelo profissional. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 195).

Por sua vez, o princípio da beneficência resume-se em fazer o bem aos outros, impondo-se aos médicos e pesquisadores o dever de “guiar suas atividades no sentido de melhor atender os interesses do paciente”. (PIÑEIRO; SOARES, 2006, p. 90). A beneficência “é o critério mais antigo da ética médica”, deitando suas raízes no juramento hipocrático da medicina, que preceitua que o saber será aplicado somente para fazer o bem, “nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja”. (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 1997, p. 43-44).

De acordo com o Relatório Belmont, o princípio era definido “como uma dupla obrigação, primeiramente a de não causar danos e, em segundo lugar, a de maximizar o número de possíveis benefícios e a de minimizar os prejuízos”, no entanto, com a criação do princípioalismo por Beauchamp e Childress, não causar danos foi desmembrado como um novo princípio, o da não-maleficência, que será a seguir visto. (CLOTET, 2003, p.64).

O princípio da não-maleficência é definido por seus próprios criadores Beauchamp e Childress como “uma obrigação de não infligir dano intencionalmente”. (2002, p. 209). Já nas palavras de André Soares e Walter Piñeiro, o princípio “impõe ao profissional a realização de seu trabalho de forma a não pôr em risco seu paciente”, em caso de não haver “como se excluir o risco, ou os riscos, deve-se optar pelo que acarrete menos sofrimento”. (2006, p. 91).

De forma diversa do princípio da autonomia “que parecia estar mais relacionado com o paciente”, o princípio da não-maleficência está intimamente ligado aos profissionais de saúde, que tem o dever de não causar qualquer tipo de dano aos seus pacientes. Ademais, como será visto a seguir, o princípio da justiça foi pensado para toda a sociedade. (DALL’AGNOL, 2004, p. 41).

Por fim, o princípio da justiça garante que todas as pessoas tenham uma “distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios da ciência, oferecida amplamente pelos serviços de saúde” (BRAUNER, 2003, p.159). É definido pelos eticistas Beauchamp e Childress como

[...] um tratamento justo, equitativo e apropriado, levando em consideração aquilo que é devido às pessoas. Temos uma situação de justiça sempre que caibam às pessoas benefícios ou encargos em razão de suas propriedades ou circunstâncias particulares, como o fato de serem produtivas ou de haverem sido prejudicadas pelos atos de outra pessoa. (2002, p. 352).

Ainda, vale ressaltar que para esse princípio dirigido à coletividade de pacientes, todos devem ter os mesmos direitos garantidos, sendo que esses direitos não dizem respeito somente a um tratamento médico adequado, mas acima de tudo de que cada pessoa tenha a sua própria autonomia respeitada. (PIÑEIRO; SOARES, 2006, p. 32).

Para que o princípalismo funcione de forma a colaborar com a bioética, é necessário vê-los como uno, pois se vistos de forma independente serão ineficazes, assim é preciso que os quatro princípios andem juntos de forma que um complete o outro, dando harmonia ao caso concreto, ao ser observado pelo direito.

1.3 Direito a ter um filho

O desejo de constituir família e ter filhos faz parte da natureza humana. Esse desejo, segundo a psicologia, é “uma maneira de nos aproximarmos da imortalidade, como possibilidade de transmitirmos nossa herança genética para os descendentes”. (SILVA, 2011,

p. 55). No entanto, quando esse sonho não pode ser suprido por vontades alheias ao casal, acaba gerando nos mesmo um sentimento de angustia e frustração. E, assim, a primeira questão que surge é saber se esse desejo de muitas mulheres de ter filhos e constituir uma família é um direito que lhes é assegurado ou não.

Há controvérsias sobre o tema, havendo posições divergentes entre os doutrinadores. Uma corrente minoritária defende a ideia de que não há um direito de procriar, “pois o desejo de reprodução não consiste em um direito, mas sim, em uma faculdade que pode ou não ser exercida”. (TEIXEIRA, 2005, p. 310). Nesse sentido é a opinião de Eduardo de Oliveira Leite, quando diz que “este direito invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade” que o casal tem. (1995, p. 355).

Entretanto, para a maior parte dos doutrinadores, o desejo de ter filhos e constituir família é um direito. De forma que mesmo não estando expressamente positivado, encontra respaldo em diversos textos da lei e na própria Constituição Federal.

Para Maria Claudia Crespo Brauner o reconhecimento do direito a ter filho consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceitua que homens e mulheres tem direito a constituir família, e sendo assim, ter filhos. Além disso, a autora continua afirmando que esse direito é “personalíssimo, indisponível, inalienável” e deve “ser protegido pelo Estado e suas instituições”. (2003, p. 52).

A Constituição brasileira, prevê em seu artigo 226, parágrafo 7^o, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no princípio da responsabilidade responsável, o direito ao planejamento familiar, “competindo ao Estado o dever de proporcionar os recursos necessários para” o exercício desse direito. (SILVA, 2011, p. 55). A Lei n. 9.263, de 1996 regulamenta o parágrafo 7^o que trata do planejamento familiar, e, conforme disposto no artigo 2^o, da referida lei⁵, o “planejamento familiar, envolve o direito de buscar as diversas formas de satisfazer os ideais de formação familiar, não apenas no sentido de contracepção, mas também de fertilização, a pessoas, isoladamente e a casais”. (MARQUES; OLIVEIRA, 2009, p. 1229).

⁴ Artigo 226 “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7^o Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

⁵ Artigo 2^o “Para fins desta lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.” (BRASIL, Lei Federal n. 9.263 de 1996).

Com entendimento semelhante, manifesta-se Ana Carolina Brochado Teixeira:

Quando a Constituição confere ao casal a livre decisão do planejamento familiar, proibindo a interferência do Estado ou da iniciativa privada na constituição da família (art. 226, §7º), também está prevendo, embora de forma indireta, o direito à procriação. Ora, se cabe ao casal planejar livremente a constituição da família, presume-se que ambos têm ampla liberdade de decisão, no que tange à geração dos filhos, utilizando-se, destarte, de métodos artificiais, caso haja alguma impossibilidade natural para tal. (2005, p. 311).

Ainda, é importante referir que as principais causas que dificultam a gravidez hoje é a infertilidade e a esterilidade. Esta que é compreendida como a falência do sistema reprodutor e a infertilidade que “é definida como a incapacidade de conceber, após um ano de tentativas” constituem doenças que podem ter tratamento. (FELIX, 2009, p. 19).

Assim, sendo a esterilidade e a infertilidade consideradas doenças, as técnicas de reprodução humana assistida seriam seu tratamento. E, sendo consagrado na Lei Maior do Estado brasileiro que todo cidadão tem direito à saúde, não há dúvidas de que esse tratamento deve ser garantido para os que dele necessitar. Na concepção de Tycho Brahe Fernandes

[...] sendo a infertilidade, bem como a esterilidade, doença, todo cidadão tem direito a que o Estado lhe promova a saúde e, neste caso específico – embora se possa até afirmar que em alguns casos a reprodução é obtida sem que a cura seja alcançada -, tem-se eficaz tratamento para o problema. (2000, p. 67).

Para o mesmo autor, o direito a ter um filho não poderá ser considerado absoluto, pois deve sempre atender aos direitos e “interesses da criança que será gerada”. Ademais, devem ser evitadas as técnicas de reprodução humana que sejam utilizadas para a mera satisfação de anseios egoísticos e desejos pessoais. (FERNANDES, 2000, p. 68-69).

Sendo assim, pode-se concluir que deve ser garantido pelo Estado o direito de procriar, com base no planejamento familiar e no direito à saúde, ambos previstos na Constituição Federal. Afinal, negar a realização do desejo de ter filho e formar a entidade familiar utilizando-se dos métodos disponíveis pela medicina, seria uma violação ao princípio que fundamenta o Estado nacional, a dignidade da pessoa humana.

2 GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO

A busca da reprodução dissociada do ato sexual é um desejo antigo, “ocupando páginas da mitologia e dando origem a algumas crenças religiosas”. Essa preocupação surgiu pois a infertilidade e a esterilidade eram consideradas um mal que viria a desgraçar a vida da mulher que não pudesse dar ao seu marido os seus descendentes. Afinal, o casamento era visto principalmente como uma maneira de perpetuar a família mantendo sua linhagem e a religião de seus ancestrais, “sendo conhecida diversas normas, de origens várias, que autorizavam a substituição da mulher infértil por outra que pudesse dar ao homem os descendentes de que tanto necessitava”. (FERNANDES, 2000, p. 46).

Cada povo criou a sua mitologia com casos de mulheres que engravidavam de forma assexuada. Conforme o mito grego de Ates,

[...] Zeus teve um sonho que lhe provocou ejaculação. O sêmen de Zeus caiu na terra e gerou o hermafrodita Agstidis. Os outros habitantes do Olimpo se apossaram de Agstidis e o castraram. Do membro decepado e enterrado, nasceu uma amendoeira. Nana, filha do rei Sangário, foi até a amendoeira, colheu uma amêndoa e colocou-a em seu ventre. Dez meses mais tarde nasceu o belíssimo Ates, por quem, mais tarde, Agstidis veio a se apaixonar. [...] Existe, também, o mito japonês de Vanijiin, segundo o qual, a bela Vanijiin vai até um templo no alto da montanha e, sem que tenha tido contato com um homem, de lá retorna grávida. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2000, p. 89).

A bíblia também traz sua contribuição quando “descreve a cena da anunciação, na qual o anjo Gabriel anuncia que Maria conceberá um filho, herdeiro do trono de Davi, tendo sido fecundada de forma assexuada, segundo a fé cristã, ainda virgem”. Já no Brasil existe “a lenda do boto que engravidava as mulheres que lhe dirigem o olhar”. (FERNANDES, 2000, p. 48-49).

No entanto, foi com os grandes avanços da área biomédica ao longo dos anos, que hoje é possível que seja deixado de lado a mitologia e que o sonho da reprodução dissociada do sexo torne-se realidade através da reprodução humana. Esta que é considerada como “um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis” que não podem ter filhos pelo modo tradicional. (SOUZA, 2010, p. 349).

Até a efetivação desse desejo, diversos passos foram dados. Inicialmente, em 1590 com a invenção do microscópio teve início o estudo da esterilidade e infertilidade. E estes

fatores que eram atribuídos sempre a mulher e considerados como uma “maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos” foram desmistificados no século XVII, quando “se admitiu, pela primeira vez, que a esterilidade não era só feminina, mas também masculina”. E, a partir desta descoberta, foi possível concluir “que a fertilização é constituída pela união do núcleo de um espermatozoide com o de um óvulo”, o que possibilitou que as pesquisas relacionadas a reprodução humana assistida tivessem um grande avanço. (LEITE, 1995, p. 17-18).

A primeira reprodução assistida se deu pelo método da inseminação artificial, com experimentos iniciais em plantas, animais e, por fim, chegando aos seres humanos. Sendo que o primeiro relato de nascimento com sucesso a partir da técnica de inseminação artificial homóloga foi no final do século XVIII, já a “primeira inseminação heteróloga, ou seja, com doação de esperma por terceiro, só ocorreu no final do século XIX, em 1884, e foi feita por Pancoast, ginecologista americano, na Filadélfia, Pensilvânia”. (LEITE, 1995, p. 31).

Alguns anos depois, “em 1910, a descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento, realizada pelo russo Elie Ivanof”, viabilizou um aprimoramento ainda maior nas técnicas de reprodução assistida. Possibilitando que “durante a II Guerra Mundial milhares de crianças norte-americanas” pudessem ser geradas a partir do “sêmen de soldados que lutavam no Pacífico, tendo o mesmo ocorrido com soldados ingleses durante a Guerra da Coréia”. (FERNANDES, 2000, p. 51).

O sucesso da fertilização *in vitro* veio décadas depois. Após cerca de 200 tentativas fracassadas, em 1978, os médicos obtiveram o primeiro êxito com esse método. Foi quando nasceu em Oldham na Inglaterra Louise Brown, “o primeiro bebê concebido fora do corpo” humano. (ALMEIDA, 2014, p. 4). No Brasil, Anna Paula Caldeira foi o primeiro bebê de proveta, vindo a nascer no estado do Paraná no dia 07 de outubro de 1984, sob os cuidados do ginecologista Milton Nakamura, pioneiro da técnica no Brasil. (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 1997, p. 225).

Graças a essas constantes descobertas e aprimoramentos na área da biotecnologia, hoje é possível contornar os problemas de esterilidade e solucionar alguns de infertilidade¹, deixando de lado crenças mitológicas do passado e concretizando o sonho de diversos casais

¹ “A Organização Mundial de Saúde estima que 60 a 80 milhões de casais no mundo são inférteis. Deles, 2 a 10% são definitivamente incapazes de conceber uma criança pelos meios naturais e 10 a 25 % são incapazes de ter uma segunda ou mais gestações.” (FELIX, 2009, p. 21).

através da utilização das modernas técnicas de reprodução². Ademais, quando a simples aplicação das técnicas for insuficiente, por ser inviável obter-se a fecundação diretamente na mulher que deseja ser mãe, há um método alternativo colocada à disposição da mesma, a qual consiste na gravidez de substituição. Esta não é “efetivamente uma técnica de reprodução assistida, visto consistir na aplicação de uma” delas em uma mulher que somente gestará a criança e a entregará a mãe que desejou a mesma. (FERNANDES, 2000, p. 56).

Atualmente as técnicas de reprodução humana assistida, bem como a gravidez de substituição são práticas comuns no cotidiano, no entanto, ainda trazem inúmeras implicações éticas, jurídicas e sociais não pacificadas e nem regulamentadas, razão pelo qual serão melhor abordadas no presente capítulo.

2.1 Aspectos gerais da gravidez de substituição

A gravidez de substituição consiste em “apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero” da mulher que deseja a criança não permitir “o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe”. A mãe substituta fica encarregada de entregar a criança logo após seu nascimento para a mulher desejosa, está que assumirá a condição de mãe. (LEITE, 1995, p. 66).

A referida técnica é conhecida por diversas nomenclaturas, tais como gestação de substituição, “mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração, barriga de aluguel, cessão temporária de útero, dentre outras tantas que a identificam”. Popularmente é conhecida como barriga de aluguel, esta que

[...] é atacada por diversos doutrinadores como inadequada porque, na maioria dos países onde essa técnica é admitida, ou ao menos não é vedada, a utilização do método deverá ser gratuita, sem qualquer contraprestação financeira, aproximando a atividade muito mais de um empréstimo do que de um aluguel. (SILVA, 2011, p. 52).

O método da gestação de substituição é escolhido por mulheres essencialmente através da indicação médica, quando estas desejam realizar seu desejo de ser mãe mas se veem

² Estima-se que “50.775 bebês nasceram de reprodução assistida no Brasil de 1990 a 2011”. Em 2005 o governo federal criou “a Política Nacional de Atenção Integral à Reprodução Humana, passando a liberar verbas para hospitais conveniados realizarem gratuitamente a reprodução assistida. Hoje estão disponíveis no Estado” do Rio Grande do Sul, “no Hospital das Clínicas de Porto Alegre e no Hospital Fêmina. A fila de espera é de dois a quatro anos.” (ALMEIDA, 2014, p. 4-5).

acometidas por alguma esterilidade “vinculada a uma ausência (congenita ou adquirida) de útero”, ou quando houver dificuldades de levar a gestação até o fim, e, ainda, quando há riscos de transmitir à criança doença hereditária. (LEITE, 1995, p. 67).

Além disso, com o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011 da união estável homoafetiva como entidade familiar, a gravidez de substituição é uma alternativa para os casais do sexo masculino que desejam ter um filho com seu próprio material genético, sendo essa vontade concretizada com a doação do óvulo e posteriormente com o empréstimo de útero de uma mãe substituta.

Conforme o problema da mulher ou mesmo do casal, diferentes serão as pessoas envolvidas no procedimento. Afinal, o casal pode ser fértil mas a mulher não pode gestar, da mesma forma o marido pode ser fértil mas a mulher além de não poder gestar não possui material genético, ainda, pode ocorrer de ambos serem estéreis, e assim diversas são as situações que podem ser geradas. Para Tycho Brahe Fernandes

Esse procedimento comporta cinco variações imagináveis. Na primeira, a “mãe portadora” limita-se a emprestar o seu útero para que uma criança seja gestada utilizando o potencial genético dos pais que serão os pais socioafetivos da criança gerada. Na segunda, a “mãe gestacional” além de gestar, empresta seu material genético para ser fecundado com o sêmen do esposo da futura mãe socioafetiva. Na terceira variante, a “mãe gestacional” gesta embriões ou gametas obtidos de terceiros doadores para aqueles que serão os pais socioafetivos. Na opção seguinte, a “mãe gestacional” gesta um embrião obtido com a fecundação do sêmen do homem que será o pai socioafetivo da criança e de um óvulo doado. E, por fim, tem-se a gestação sub-rogada de um óvulo da mãe que será a mãe socioafetiva com o sêmen de um terceiro doador. (2000, p. 57).

Destarte, de acordo com as variações apresentadas, é possível se identificar até três figuras de mãe em algumas situações: a genética que fornece os gametas, a biológica ou natural que é a hospedeira do material genético levando a termo a gestação, e, ainda, a mãe socioafetiva que deseja a criança que irá nascer.

A ideia de uma terceira pessoa gestar o filho para o casal consta na bíblia, o que demonstra que a cessão de útero para a satisfação do desejo de ser mãe não é recente. Em Gênesis 16, Sarai mulher de Abrão não conseguindo tornar-se mãe, pede ao seu marido que lhe proporcione a maternidade por meio de sua escrava Hagar. Para os romanos também “era comum ceder a própria mulher a um amigo que havia se casado com uma mulher estéril”. (TEIXEIRA, 2005, p. 312-313).

Contudo, foi em 1988, nos Estados Unidos que a maternidade substitutiva tornou-se popularmente conhecida através do caso “Baby M”. O caso atraiu a atenção da opinião pública, pois após o parto a mãe substitutiva contratada para gestar o filho de um casal que não podia tê-lo, recusou-se a entregar a criança. O litígio foi decidido pela Suprema Corte de New Jersey, que “estabeleceu a maternidade e paternidade aos pais genéticos, entretanto admitindo o direito de visitas àquela que cedeu seu útero”. (SILVA, 2011, p. 54).

Posteriormente diversos casos emblemáticos foram surgindo, a exemplo, em 1995 Elisabetta nasceu de uma mãe substituta após dois anos da morte de sua mãe genética. Conforme o desejo do pai, um embrião congelado de sua esposa foi implantado em uma mulher que aceitou ceder seu útero para gestar a criança com o gameta da mulher que já havia morrido há dois anos. (FELIX, 2009, p. 11).

Em 1996, Luanne e John Buzzanca “encomendaram” seu desejado filho a uma mãe hospedeira, sendo o mesmo gerado a partir de uma fertilização *in vitro* de embriões doados, no entanto, antes mesmo do nascimento o casal separou-se. Após a criança nascer John negou-se a pagar pensão alegando não ser pai biológico, porém, o Tribunal Superior da Califórnia declarou John como pai mesmo sem haver vínculos genéticos, pois juntamente com sua ex mulher, ambos desejaram aquela criança e buscaram os meios disponíveis para que o bebê nascesse. (FELIX, 2009, p. 12-13).

A regulamentação da gravidez de substituição “varia de país para país. Nos Estados Unidos alguns estados permitem a utilização da técnica, inclusive com fins comerciais, enquanto outros não autorizam.” Em 2002, na Índia, foi autorizada a prática e a comercialização da barriga de aluguel, “o que desencadeou a uma procura das indianas por casais estrangeiros devido ao custo reduzido do procedimento”. (MARQUES; OLIVEIRA, 2009, p. 1224).

No Brasil a maternidade sub-rogada é regulamentada apenas pela Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que não possui força de lei e conseqüentemente não implica sanções. O que faz com que a prática seja cercada de dúvidas e questionamentos, principalmente no que diz respeito à possibilidade ou não do contrato, a determinação da verdadeira mãe, além do receio da exploração de mulheres e a comercialização do parto. No entanto, tais incertezas não devem ser suficientes para anular a prática, vez que é a única maneira de casais estéreis concretizarem seu sonho de conceber um filho mantendo algum laço genético, seja de um ou de ambos os pais.

2.2 Técnicas de reprodução assistida

A efetivação da gravidez de substituição ocorre através da utilização das técnicas de reprodução assistida (RA), estas que são reservadas “justamente para os casos em que os demais tratamentos, psicológicos, hormonais, instrumentais, cirúrgicos, não atingem o objetivo almejado, dando-se como impossível a fertilização por via natural”. (FELIX, 2009, p. 21).

As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas sempre que não colocarem em risco a saúde da paciente, bem como de seu futuro descendente, respeitando-se a idade máxima da candidata a gestação que é de 50 (cinquenta) anos. Ademais, a quantidade de embriões que serão transferidos através da técnica não pode ser superior a quatro, tudo conforme o que preconiza a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina³.

O uso dos métodos de reprodução humana não está disponível somente para os casais heterossexuais, sendo permitido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina que casais homoafetivos e pessoas solteiras que desejam ter um filho, busquem através da medicina a realização desse desejo⁴. Assim, com as diversas técnicas de procriação artificial disponíveis, deve ser analisado o caso de cada paciente para determinar o método mais adequado a ser aplicado.

As referidas técnicas poderão ser homólogas ou heterólogas, conforme o material genético empregado. No primeiro grupo enquadra-se as técnicas em que haverá “a utilização dos gametas masculino e feminino provenientes de um casal, casado ou vivendo em união estável, que assumirá a paternidade e a maternidade daquela criança”. (FERNANDES, 2000, p. 57). Essa forma deve ser “utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias”, como problemas endócrinos ou impotência sexual. (VENOSA, 2005, p. 259).

³ “I – PRINCÍPIOS GERAIS [...] 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos. [...] 6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.” (BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013 de 2013).

⁴ “II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA [...] 2 – É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitando o direito da objeção de consciência do médico.” (BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013 de 2013).

Em um segundo grupo, a fecundação heteróloga é aquela “na qual ou o espermatozoide utilizado na fecundação, ou o óvulo, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada”. Portanto, é considerada “*a matre*, quando o gameta doado for o feminino, *a patre*, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando” ambos os materiais utilizados para a fecundação são de doadores. Em tese, em qualquer das formas de fecundação heteróloga, os doadores de gametas não assumirão o papel de pais da criança. (FERNANDES, 2000, p. 57-58).

A inseminação heteróloga é indicada principalmente quando a mulher ou o homem são estéreis e conseqüentemente não produzem material genético. Ainda, é indicada para casos de incompatibilidade do casal relacionada com o fator RH; doenças hereditárias ou mesmo doenças transmissíveis, como é o caso da AIDS ou hepatite e os pais não queiram correr o risco da transmissão. (LEITE, 1995, p. 39).

As técnicas de reprodução humana ocorrem basicamente de duas formas: *in vivo*, quando a fecundação ocorre dentro do próprio organismo da mulher, a exemplo da inseminação artificial, ou *in vitro*, quando a fecundação dos gametas ocorrer fora do corpo humano, ou seja, em laboratório, como é o caso da tradicional fertilização *in vitro*. (SILVA, 2006, p. 371).

A inseminação artificial (IA) é uma técnica simples e foi a primeira forma de reprodução humana utilizada, não tendo causado “grandes polêmicas desde que foi desenvolvida”. A partir desta técnica, “repete-se o mesmo processo que ocorre com a reprodução natural” e, “assim como, naturalmente, após a relação sexual poderá ocorrer ou não a fecundação, também no caso da inseminação assistida, poderá ou não acontecer de o óvulo ser fecundado”. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2000, p. 92-93).

De acordo com Marise Cunha de Souza a inseminação artificial consiste em um

[...] método pelo qual se insere gameta masculino no interior do aparelho genital feminino, possibilitando a fecundação dentro do corpo da mulher. Há a inoculação, a introdução do sêmen na mulher, não havendo qualquer tipo de manipulação externa do óvulo ou do embrião. (2010, p. 350).

O método intracorpóreo de reprodução assistida acima descrito é menos usual em gravidez de substituição, uma vez que o material genético utilizado seria o da mãe portadora, que além de ceder seu útero doaria seu óvulo, não havendo entre a mãe que realmente deseja

ter a criança e esta, nenhuma ligação biológica. Neste caso, comumente seria fecundado na mãe portadora o sêmen do marido da mãe contratante.

Por sua vez, a fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE) é descrita por Valter Nilton Felix como um

[...] procedimento no qual se realiza fecundação extracorporal, não ocorrendo o encontro gamético na trompa de Falópio, mas em ambiente laboratorial e sendo os embriões, assim obtidos, transferidos para o útero por intermédio de um cateter que franqueia o colo uterino, através da via vaginal. (2009, p.22-23).

O procedimento na forma homóloga compreende várias etapas. Primeiramente há “indução da ovulação com vistas a obtenção de um maior número de óvulos” para que depois seja feita a coleta do material na mulher através de punção com o uso de uma sonda ecográfica vaginal. Posteriormente o óvulo e o espermatozoide colhidos são preparados e colocados em um tubo de ensaio para que ocorra a fecundação. E, ocorrendo a fecundação, o último passo é transferir os embriões fecundados para o útero da mulher, onde se desenvolverão naturalmente. (LEITE, 1995, p. 44-47).

O número de embriões resultantes da fertilização *in vitro* será comunicado ao casal, para que estes possam decidir quantos embriões desejam ver transferidos ao útero e, no mesmo momento, devem expressar sua vontade quanto ao destino dos embriões excedentes que serão criopreservados. De acordo com a Resolução n. 2.013 do Conselho Federal de Medicina, os embriões congelados por mais de 5 (cinco) anos poderão ser até mesmo descartados, desde que esse seja o desejo dos pacientes⁵.

Diante do exposto, a forma extracorpórea acima descrita de reprodução assistida é a mais utilizada para os casos de maternidade substitutiva, posto que desta forma é possível que a criança que será portada pela mãe sub-rogada seja filho biológico do casal que deseja a mesma. Outrossim, em casos de casais estéreis pode haver a fertilização *in vitro* com utilização de óvulo ou espermatozoide proveniente de um terceiro doador.

⁵ “V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 2 – O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados. 3 – No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. 4 – Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.” (BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013 de 2013).

Outra técnica bastante utilizada para a gravidez de substituição, porém com um número menor de chances de sucesso, já que a fecundação ocorre *in vivo*, é a transferência intratubária de gametas. A técnica inicialmente assemelha-se a fertilização *in vitro*, pois “os dois tipos de gametas (espermatozoides e ovócitos, previamente isolados)” são preparados externamente, contudo o material genético é transferido “para o interior das trompas uterinas de modo a que só aí se dê a sua fusão”. (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 1997, p. 220).

Sendo assim, pode-se dizer que a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, bem como a transferência intratubária de gametas são os métodos de reprodução assistida usualmente utilizados para a concretização da gravidez de substituição, devendo ser escolhida a técnica que melhor se aplique ao caso clínico e as necessidades dos pacientes.

2.3 Aspectos éticos da gravidez de substituição

As inovações ocorridas ao longo do século XX no setor da biotecnologia, as quais possibilitaram a manipulação de embriões humanos em laboratório, trouxeram consigo dúvidas e incertezas que passaram a preocupar médicos, pesquisadores, juristas e a opinião pública. Desse modo, diante das novas descobertas biológicas, faz-se necessário uma análise das implicações éticas trazidas por essas técnicas. Afinal, “nem todo progresso técnico na área das ciências da vida significa sempre progresso humano e benefício real para as pessoas. Nem tudo que é tecnicamente possível é eticamente justificável.” (JUNGES, 1999, p. 152).

Ao proceder-se ao estudo da ética, deve-se observar primeiramente que esta não tem uma conceituação uniforme e seu campo de atuação também não é estático. Pode ser entendida como “normas de conduta admitidas por uma determinada sociedade em um determinado espaço de tempo, aceitando-se com isso, que o conceito de ética se modifica em razão das mudanças na sociedade envolvida.” (FERNANDES, 2000, p. 30).

Segundo entendimento de Valter Nilton Felix,

A ética tem a tarefa de promover valores que, embora não unanimemente aceites, apresentam uma maior afinidade com a dignidade humana e geram maior respeito pela vida. Ao desempenhar esta função, a ética preocupa-se com a necessidade de mostrar a estreita ligação entre os grandes princípios éticos e suas aplicações concretas. (2009, p.27).

As principais discussões éticas no campo da reprodução assistida dizem respeito ao número excedente de embriões resultantes das fertilizações *in vitro* e ao medo de transformar a procriação artificial em uma fabricação de crianças. A discussão aumenta ainda mais quando se trata da gravidez de substituição, em que há um temor pelo comércio e exploração do corpo humano, bem como, da coisificação da criança.

A técnica de reprodução mais antiga, ou seja, a inseminação artificial, causou alguns problemas de ordem ética logo em que foi criada. A maior questão discutida na época era se o homem teria o direito de interferir nos processos naturais de reprodução, além disso, causavam polêmicas os casos de mulheres solteiras ou casais homoafetivos que se beneficiavam do método. Hoje, com a banalização da inseminação artificial e o reiterado uso da mesma, a técnica foi reconhecida e aceita pela sociedade, praticamente não havendo mais “questões éticas nela envolvidas”. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2000, p. 93).

Por sua vez, a fertilização *in vitro* ainda traz algumas implicações éticas, e, o maior problema surge com os embriões excedentes, posto que, os métodos extracorpóreos de fertilização exigem que vários embriões sejam produzidos, para posteriormente ser transferida a quantia desejada pelo casal. Em tese, os embriões excedentes que serão criopreservados, deveriam ser utilizados em uma futura gestação, no entanto, a maior parte dos pacientes desistem de ter mais filhos e os embriões permanecem por longos anos congelados, provocando uma “explosão populacional nos laboratórios de reprodução assistida”. (BARCHIFONTAINE, 2004, p. 134-135).

Nesse sentido, a primeira questão ética a ser levantada “é se o congelamento prolongado não é um desrespeito ao embrião”. Ademais, “outro problema de maiores implicações éticas é o uso e a manipulação dos embriões supranumerários em experiências ou a sua destruição após o congelamento e não implantação”. Afinal, para muitos e em uma visão ética, o embrião é uma pessoa humana em potencial, que “exige o respeito devido a quem tem dignidade pessoal”, por conseguinte, a sua destruição ou a sua redução a um meio para outros fins constituiria desrespeito e afronta à sua própria dignidade. (JUNGES, 1999, p. 152-153).

No que tange a gravidez de substituição, cria-se um problema ético desde a sua origem, visto que “a reprodução fica, aqui, completamente dissociada da gestação e do nascimento”. Em decorrência desta dissociação “imposta da maternidade biológica e sócio-afetiva” surge uma discussão no sentido de “quem tem o direito possessivo maior, a mãe genética ou a mãe corporal?” Sendo esse assunto melhor abordado no capítulo seguinte, devido a sua eminente relevância no presente trabalho. (LEITE, 1995, p. 188-189).

Ainda, no mesmo patamar, encontra-se a discussão quanto ao contrato oneroso da gestação substitutiva e o medo da exploração de mulheres e coisificação da criança. Quanto ao assunto, manifesta-se Eduardo de Oliveira Leite dizendo não parecer “compatível com a dignidade humana que uma mulher utilize seu útero para tirar proveito financeiro e, muito menos, que se preste como incubadora para a criança de uma outra mulher”. Porém, conclui o mesmo, dizendo que os problemas da maternidade de substituição não devem ser

[...] suficientes a anular a prática, especialmente àqueles casais estéreis, cuja única possibilidade de ter um filho mantendo um laço biológico com um dentre eles, ou mesmo com os dois, continua sendo a maternidade de substituição. (1995, p. 195).

Assim, por todo o exposto, em uma visão ética, todos os problemas relativos à reprodução humana assistida e a maternidade sub-rogada devem ser solucionados de forma condizentes e prioritária com o melhor interesse da criança e com a preservação dos direitos humano dos envolvidos. Além disso, no plano ético, será sempre vedado que as inovações biotecnológicas sejam utilizadas para a satisfação de meros anseios egoísticos dos pais.

2.4 Perspectiva religiosa das técnicas de reprodução humana

As discussões relativas à reprodução humana assistida não têm ficado somente dentro dos centros médicos, elas também acabaram se arraigando no interior das igrejas. Estas, que de um modo geral se posicionam contra os métodos artificiais de reprodução humana, entendendo tratar-se eles não da “solução, mas de criação de problemas que acabam por constranger, quase que sempre a parte mais fraca na situação.” (RODRIGUES, 2008, p. 404-405).

As técnicas de reprodução assistida, que possibilitam a procriação sem relação sexual, através do encontro *in vitro* das células germinais, apesar de ser uma grande conquista médica, não são moralmente admissíveis para a igreja católica. Para ela, a concepção de uma nova vida deve obrigatoriamente ser oriunda do casamento, sendo a criança concebida fora destas condições ilegítima. (LEITE, 1995, p. 73-74).

Na metade do século XX, alguns anos depois das primeiras conquistas tecnológicas, o papa da época Pio XII, manifestou-se de forma radical e totalmente

[...] contrária à inseminação artificial por duas razões: 1º) porque o esperma do marido só seria obtido por masturbação, ato contrário à natureza, segundo a Igreja; 2º) porque através da inseminação, a fecundação se realiza fora de qualquer contato sexual, logo, em condições contrárias à ordem natural das coisas queridas pelo Criador. (LEITE, 1995, p. 76).

De acordo com o entendimento do papa Pio XII, a procriação só seria legítima quando fosse fruto do amor da relação do casamento, e, assim “declarou as duas formas de inseminação artificial ilícitas, embora a ênfase recaísse sobretudo na inseminação com esperma de doador”. Para ele, a reprodução assistida heteróloga devia ser banida, dado que, para a realização de tal procedimento seria necessária uma terceira pessoa, a qual não faria parte da relação do casal, igualando assim, o caso a um adultério. (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 1997, p. 231).

Quanto ao congelamento de embriões, “o texto da Santa Sé, datado de 1987”, considerou imoral “a prática de manter embriões congelados para gestações ou experiências futuras”. Para a igreja católica, os embriões devem ser tratados como seres humanos, logo, a eles devem ser assegurados os direitos da pessoa, sobretudo o direito inviolável à vida. Constituindo-se assassinato o descarte dos embriões excedentes. (LEITE, 1995, p. 85).

A posição atual da igreja é praticamente a mesma do século passado, ou seja, em conformidade com as condições “expressas pelo Comitê Federal de Ética norte-americano” que recebeu aprovação de moralistas católicos, “a inseminação artificial deve ser intraconjugal”, ela deve ter “o objetivo de contornar um caso de esterilidade”, ademais, deve ter o “objetivo de almejar uma criança que o casal quer assumir e criar”. (BARCHIFONTAINE, 2004, p. 137).

Destarte, apesar da inseminação homóloga ter recebido aceitação, o procedimento ainda deve ser aplicado exclusivamente a casais heterossexuais, ficando excluídos os casais homossexuais e ainda situações em que mulheres solteiras desejem tornar-se mãe. (BARCHIFONTAINE, 2004, p. 139). E, nesse ponto, apesar das transformações da sociedade no que tange ao casamento homoafetivo e as famílias monoparentais, a igreja católica permanece inerte e inflexível.

De outra banda, a igreja protestante, mostrando-se de forma mais liberal, admite irrestritamente a inseminação artificial homóloga. Quanto à heteróloga, inicialmente a rejeitou por considerar esta como contrária à monogamia, passando posteriormente a ser aceita pelos protestantes menos radicais. (LEITE, 1995, p. 90). Logo, mostra-se que para a igreja

protestante “a dimensão relacional e afetiva dos cônjuges é mais importante que a mera função procriativa, tão cara à filosofia católica.” (LEITE, 1995, p. 72).

Cabe nos questionar, se “é mais válido e mais cercado de amor, uma criança que vem ao mundo pela via normal, mas sem ter sido desejada, ou uma criança que nasce através da fecundação do óvulo maternal, pelo esperma de um terceiro, mas intensamente desejada?” (LEITE, 1995, p. 83). Certamente não será a forma de concepção que definirá, e a igreja como grande defensora de relações de amor, não deveria opor óbices a esse desejo maternal de muitas mulheres ou casais homoafetivos.

3 MATER SEMPER CERTA EST?

Surtem inúmeras controvérsias advindas do pacto de gestação, estas são celeumas decorrentes da gravidez de substituição, dúvidas que a doutrina enfrenta em situações hipotéticas e reais. O velho brocardo latino *mater semper certa est* deixou de ser repetido em razão de que em matéria de gravidez de substituição a mãe ora será a genética, ora será a afetiva, ora a registral. E, é nesse sentido que no presente capítulo será analisado o pacto de maternidade sub-rogada, bem como, o conflito de maternidade decorrente do referido pacto; partindo-se para tanto, de uma breve abordagem da Resolução do Conselho Federal de Medicina publicada no ano de 2013, até então, a única regulamentação das práticas de reprodução humana assistida e da gravidez de substituição.

3.1 Análise jurídica da gravidez de substituição

Sopesam-se alguns fatores que trouxeram novos desafios e questionamentos ao direito de família: as transformações sociais advindas da desconstrução do modelo patriarcal e hierarquizado da família, junto aos progressos científicos na área da biotecnologia, pois ambos possibilitaram ao homem a reprodução dissociada do ato sexual. Tais fatores vieram por atingir “princípios seculares do Direito, demonstrando quão frágil é a estrutura de uma ciência que se passava por sólida, duradoura e inquestionável.” (LEITE, 1995, p. 199).

Juntamente com as mudanças da sociedade, leis devem ser criadas ou mesmo adaptadas. Entretanto, no que tange a reprodução humana assistida, ainda não há nenhuma legislação no Brasil que ampare tais técnicas, nem que as proíbam. Há somente as normas éticas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina, bem como o direito comparado e os princípios de direito como base para eventuais considerações jurídicas (FELIX, 2009, p. 36).

O Conselho Federal de Medicina, órgão que possui legitimidade para a fiscalização e para a normatização das práticas médicas, criou, somente no ano de 1992 a Resolução n. 1.358, primeira normatização versando sobre reprodução humana assistida. Nesse contexto, “considerando como marco de utilização de tais técnicas o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro, em outubro de 1984, a primeira” regulamentação da reprodução assistida “se deu com um atraso de quase dez anos” (MARQUES; OLIVEIRA, 2009, p. 1225).

Após a criação da Resolução n. 1.358 de 1992, mais duas novas resoluções foram publicadas. A Resolução n. 1.957 de 2010, a qual não trouxe mudanças significativas em

relação a primeira no que tange a gravidez de substituição e, conseqüentemente, com a sua revogação entrou em vigor a Resolução n. 2.013, publicada no dia 09 de maio de 2013 e vigente até o momento; esta que trouxe inovações quanto a maternidade substitutiva.

Norma de ordem secundária, a resolução não possui força de lei, é uma regra que vincula apenas os médicos e as clínicas de reprodução, aplicando sanções de caráter administrativo aos mesmos. Logo, o Poder Judiciário não se encontra subordinado a ela, e assim pode decidir os casos referentes a reprodução assistida de forma autônoma, já que possui superioridade em relação a resolução (MARQUES; OLIVEIRA, 2009, p. 1230).

Conforme a atual resolução, a infertilidade humana passou a ser tratada como um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas. Ainda, no que tange a gestação por útero de substituição é estabelecido que tal técnica deve ser utilizada quando houver problema médico que impossibilite ou contraindique a gestação na doadora genética ou nos casos de união homoafetiva. Outrossim, a pessoa que cede seu útero deve ter vínculo parental até o quarto grau. Permanecendo inalterada em todas as resoluções a disposição que determina que a gestação deva ocorrer de forma gratuita¹.

Assim, a gravidez de substituição deve ser utilizada somente quando não há possibilidade da mulher que deseja a criança levar a gestação a termo. Ou seja, conforme preceitua Tycho Brahe Fernandes, as “pessoas que não se enquadrem na condição de enfermas e que possam se valer das vias normais de procriação não podem se utilizar das técnicas de reprodução assistida”, uma vez que as “referidas técnicas deverão ser utilizadas como forma de cura ou superação de infertilidade ou esterilidade, não podendo ser empregadas como forma alternativa de reprodução” (2000, p.105).

A mulher que irá gestar o embrião deve ter um vínculo parental até o quarto grau com os pais que desejam a criança e não pode ter mais que 50 (cinquenta) anos. O limite até quarto grau é uma inovação trazida com a atual resolução, posto que, nas duas anteriores o limite era somente até o segundo grau, necessitando de autorização do Conselho Federal de Medicina qualquer situação diversa. Assim, com a possibilidade das tias e das primas do casal serem

¹ “VII- SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 1- As doadoras temporárias de útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã e avô; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. 2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. (BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013 de 2013).

mães portadoras, possibilita de forma mais ampla a utilização da gravidez de substituição e, por conseguinte, diminui a procura de doadoras fora do grupo familiar.

Ainda, é comum em todas as resoluções que regulamentaram e na que regulamenta a prática da gravidez de substituição que a doação temporária de útero não pode em hipótese alguma ter caráter lucrativo ou comercial. Ou seja, a mulher que cede seu útero para gestar o filho da mãe que deseja a criança deve o fazer em caráter solidário. Podendo os pais desejosos custear os gastos relativos a gestação, mas nunca empenhar valores que importem em lucro à portadora (PINHEIRO, 2012, p. 7).

A referida resolução, prevê também a documentação e demais observações que necessitam constar no prontuário da paciente. Dentre eles está elencado o termo de consentimento informado assinado pelos pais genéticos e pela doadora de útero; a aprovação do cônjuge da mulher que irá ceder o útero, se casada; contrato celebrado entre os pacientes estabelecendo a filiação da criança que irá nascer, além das demais informações referentes ao período gestacional e ao perfil psicológico dos envolvidos².

Destarte, mais uma inovação trazida com a atual resolução e de grande valia, é a previsão de que deve haver um contrato entre os pais que desejam o filho e a mulher que doará temporariamente seu útero, estabelecendo-se claramente a filiação da criança. Ficando assim, garantido o registro civil já com os pais genéticos, evitando-se que seja necessário eventual processo de adoção para que possa ser garantido o vínculo de filiação e prevenindo-se eventuais desentendimentos que possam vir a ocorrer referentes ao conflito positivo de maternidade.

² “VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO) [...] 3- Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade; - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero; - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta; - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; - os riscos inerentes à maternidade; - a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o tratamento, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; - se a doadora temporária de útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.” (BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013 de 2013).

Ademais, ainda em relação aos aspectos jurídicos envolvidos na gravidez de substituição, é de se analisar se a conduta ceder o útero seria abrangida pelo disposto no artigo 199, parágrafo 4º da Constituição Federal³, regulamentado pela Lei de Transplantes n. 9.434 de 1997, o qual prevê que será vetado todo tipo de comercialização e remoção de órgãos e tecidos, havendo divergência doutrinária a respeito do assunto.

Os adeptos da teoria de que a referida conduta estaria enquadrada no dispositivo constitucional, argumentam que

[...] esse dispositivo seria aplicável a todo tipo de comercialização do corpo, inclusive a gestação de substituição, eis que o empréstimo temporário do útero para a gestação e a obrigação de entrega do bebê posteriormente, são bens indisponíveis e portanto estão fora do comércio (RODRIGUES, 2008, p. 408).

Por sua vez, outros doutrinadores como Eduardo de Oliveira Leite, sustentam que o empréstimo temporário de útero não é crime e que não há conduta típica a ser incriminada. Nos dizeres do referido doutrinador

É evidente que a utilização do útero não se encontra incluída no referido dispositivo constitucional. O procedimento não é assimilável ao transplante de órgão, nem à pesquisa, nem ao citado tratamento. Também não ocorre remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas (1995, p. 405).

Além disso, fica evidenciado pela prática de maternidade substitutiva que o entendimento adotado pelo judiciário é de que a conduta não se enquadra ao dispositivo constitucional, tendo em vista que não se tem notícia de punição em mulheres que aceitaram ceder seu útero. Perceptível também, é a necessidade de criação de uma lei que regule de forma clara a doação temporária de útero, sem haver a necessidade de interpretações analógicas de outros dispositivos.

Até o momento, diversos projetos de lei referentes a reprodução humana assistida foram apresentados, porém, nenhum chegou a ser aprovado. Encontra-se ainda em tramitação no Senado o Projeto de Lei n. 90 de 1999 e seu substitutivo de 2001, ambos de iniciativa do Senador Lúcio Alcântara. Estão a eles apensados outros projetos de lei que dizem respeito ao

³ Artigo 199 “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] §4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização.” (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

mesmo assunto, os quais seguem suas tramitações normais. Com relação a gravidez de substituição, o projeto substitutivo prevê a proibição da prática (SOUZA, 2010, p.363).

Nesse contexto, preceitua Eduardo de Oliveira Leite que

[...] o silêncio legislativo sobre matéria de relevância capital e a liberdade com que os tribunais vem se posicionando frente aos casos concretos, tem gerado uma indefinição, ou, falta de uma linha de conduta, clara, precisa, objetiva, capaz de determinar a exata dimensão dada pelo Judiciário às novas possibilidades tecnológicas surgidas no campo da biomedicina. Não resta nenhuma dúvida sobre a necessidade da intervenção das autoridades políticas e do legislador, pois o recurso incontrolado a estas técnicas, métodos e procedimentos pode conduzir à consequências imprevisíveis e perigosas para a sociedade civil (1995, p. 427).

Desta forma, diante da complexidade do assunto e da lacuna normativa existente, é imprescindível que a lei se posicione a favor ou contra a gravidez de substituição e regularize a reprodução humana assistida, levando em conta na criação da lei os princípios norteadores do direito de família e da bioética, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, na situação atual em que nos encontramos, sem lei que proíba e regulamente as referidas técnicas, nada está fora da lei e assim tudo é possível.

3.2 Do pacto de maternidade sub-rogada

No Brasil a Resolução do Conselho Federal de Medicina prevê que o pacto de gravidez de substituição será aceito somente se este for firmado de forma gratuita, ou seja, entre parentes consanguíneos até o quarto grau e sem o envolvimento de dinheiro. No entanto, na prática nem sempre a pactuação ocorre desta forma. Em uma simples busca na internet é possível verificar inúmeras mulheres se oferecendo para ser mãe substituta e cobrando elevados valores para tal (MARQUES; OLIVEIRA, 2009, p. 1224).

A ausência de lei regularizando a maternidade sub-rogada acaba por favorecer a afronta a Resolução, e nesse sentido uma série de controvérsias acabam sendo geradas, sobretudo, a respeito da “possibilidade ou não de se fazer um contrato para regular a situação.” Ainda, pergunta-se, se esse contrato teria validade jurídica e se o contrato celebrado deveria ser gratuito ou oneroso (SOUZA, 2010, p. 361). Há doutrinadores que defendem a possibilidade do contrato, bem como, há doutrinadores que sustentam o contrário, como será visto pelos argumentos a seguir.

A maior parte da doutrina sustenta a invalidade do contrato de aluguel de útero pois “os seres humanos não podem ser tratados como objetos, como coisas de um contrato”. Ou seja, “o ser humano não pode ser objeto de negociação, pois do contrário isso constituiria uma violação a sérios preceitos constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana” (RODRIGUES, 2008, p. 410-411).

Valter Felix preceitua que o pacto não tem validade jurídica em razão do objeto do contrato não ser plausível. Afinal, “pelo ordenamento jurídico, é vedado qualquer contrato que envolva bem indisponível, como é o caso da vida humana, sendo que os contratos de locação ou substituição de útero não tem eficácia jurídica” (2009, p. 47-48). No entanto, a dúvida persiste em saber qual seria de fato o objeto do contrato. “O empréstimo do útero por tempo determinado? Ou a gestação como obrigação de entrega do produto final, no caso, o bebê?” (LEITE, 1995, p. 404).

Ainda, no que tange ao contrato oneroso, as justificativas contrárias mais citadas são as “de que tal contrato implica uma coisificação (reificação) da pessoa, pelo fato de o freguês estar pagando um preço pela criança que recebe.” Da mesma forma, em virtude do pagamento feito à mãe substituta pela cessão de útero, pode tal prática “implicar a exploração de mulheres pobres que, necessitadas de dinheiro, expõem-se facilmente a tais tarefas” (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2000, p. 109-110).

Nessa ótica, os defensores do contrato, mesmo em sua forma onerosa, sustentam “que não se trata da venda de criança, mas de remuneração por serviços prestados” pela mãe substitutiva. Ainda, quanto ao risco de exploração de mulheres, os adeptos rebatem tal crítica “afirmando que a exploração da pobreza e da ignorância humana ocorrem em todas as esferas da atividade humana” (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2000, p. 109-110).

Alguns doutrinadores que sustentam pela invalidade do contrato oneroso, baseiam-se no artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴ para argumentar que a prática de entregar o filho logo após o parto a outra mulher mediante recebimento de valores constitui crime tipificado no referido Estatuto, desta forma, não haveria como se falar em contratação onerosa (RODRIGUES, 2008, p. 410).

De outra banda, em número menos expressivo, há os que defendem a validade do contrato mesmo em sua forma onerosa. Nesse sentido é o entendimento de Arnaldo Rizzardo,

⁴ Artigo 238 “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa” (BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990).

quando diz que há uma relação jurídica entre a mulher que desenvolverá a gestação e os interessados, e assim tal relação constituir-se-ia em um “contrato sinalagmático em virtude do qual uma parte (o locador) obriga-se a prestar à outra (obrigação de fazer) certos serviços, que essa outra (o locatário) obriga-se a remunerar (obrigação de dar).” Defendendo ainda, ser justificável “a remuneração em face da série de cuidados e posturas a que se obriga a gestadora” (apud FERNANDES, 2000, P. 80).

Nesse mesmo contexto, Rodrigo da Cunha Pereira entende que

O corpo é um capital físico, simbólico e econômico. Os valores atribuídos a ele são ligados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas. Se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. Não seria a mesma lógica a que permite remunerar o empregado no final do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas, e considerado normal? O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço (útero) para que ele seja gerado. Portanto, não há aí uma coisificação da criança ou objetificação do sujeito (apud PINHEIRO, 2012, p. 8).

Já para Marise Cunha de Souza “o contrato de cessão gratuita do útero deve ser tido como juridicamente válido, com todas as implicações daí decorrentes, até que venha a legislação a regulamentar o uso desta técnica de reprodução assistida” (2010, p. 362).

Corroborando com essa tese, Ana Carolina Brochado Teixeira entende ser o contrato lícito e conseqüentemente válido, contudo, considera que “atribuir um caráter econômico à avença viola o Princípio da Dignidade Humana, pois os atributos objetos da avença são ínsitos à personalidade dos envolvidos e, sobretudo, a uma vida humana que nascerá”. Porém, apesar de defender que o contrato não deve ter fins lucrativos, entende que o pacto pode englobar “o pagamento das despesas médicas, hospitalares e farmacológicas da gestante, uma vez que é vontade do casal interessado que a criança nasça saudável e, para isso, é preciso que a gestante tenha uma gravidez tranquila.” (2005, p. 314-315).

Apesar de não haver legislação no Brasil que regule a possibilidade ou não do pacto de gravidez de substituição e da divergência doutrinária encontrada, principalmente no que tange ao contrato oneroso, em diversos países a “comercialização do órgão feminino para fins de reprodução assistida já é possível”, a exemplo dos “Estados Unidos, Israel, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Grã Bretanha, Grécia, Holanda, Israel, Índia, Rússia e Ucrânia” (PINHEIRO, 2012, p. 8).

Muitos acreditam que o contrato proibindo qualquer remuneração levanta suspeitas. Afinal, “por que uma mulher concordaria em servir como ‘mãe de substituição’ sem qualquer forma de remuneração?” Algumas vezes os acordos ocorrem movidos “pela amizade, pela compaixão ou pela mera intenção de aliviar o sofrimento humano”, ainda, há candidatas “que pretendem compensar uma experiência em seu passado” como a “culpa por causa de um aborto” outrora praticado, e assim são desprovidas de interesses pecuniários (LEITE, 1995, p. 406-407).

Contudo, sabe-se que casos assim não são facilmente encontrados em nosso cotidiano. E, nesse sentido é válida a reflexão feita por Nena Sales Pinheiro:

A proibição da comercialização do útero para fins de reprodução assistida não estaria reduzindo e cerceando a possibilidade daqueles que desejam ser pais? O direito à procriação é decorrente do princípio da dignidade humana, que se situa como um valor espiritual e moral inerente à pessoa. Ademais, não se pode perder de vista que o CFM, ao editar a Resolução, prescreveu a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações psicológicas. Limitar o direito de ser pai ou mãe, segundo o próprio CFM, traz prejuízo à saúde humana, o que deverá, por certo, ser evitado pelo Estado (2012, p. 8).

Conforme pode-se perceber, ainda há muitas controvérsias que dizem respeito ao pacto de gravidez de substituição. Enquanto alguns países proíbem o contrato, outros tantos admitem até mesmo a comercialização. A única certeza é que até o presente momento não há em nosso país nenhuma lei que regulamente tal situação, e assim é necessário tratar o assunto com ponderação, levando-se em consideração a Resolução do Conselho Federal de Medicina, e, sobretudo, os princípios norteadores do direito.

3.3 Conflito positivo de maternidade

Com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, sobretudo da gravidez de substituição, novas situações e preocupações foram surgindo, estas que “desafiam o Direito, principalmente, no que tange às relações de parentesco, fazendo com que o conceito de filiação” e antigas presunções como o brocardo *mater semper certa est* sejam repensados (FELIX, 2009, p. 34).

A filiação é definida hoje como “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.” No entanto, esse

conceito só foi assim definido a partir das mudanças advindas da Constituição Federal de 1988, que instituiu que “a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações”, ou seja, deve ser estabelecida a igualdade entre todos os filhos, independente do relacionamento que os concebeu. Assim, não há mais que se falar em filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva ou adulterina como era anteriormente (LÔBO, 2011, p. 216). Ainda, a referida regra constitucional da isonomia entre os filhos foi reiterada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1.596⁵ (SILVA, 2006, p. 379-380).

Com as diversas conquistas médicas no campo da procriação, estruturas habituais que estabeleciam as relações humanas também foram alterados, e a filiação não mais pode ser definida somente pela consanguinidade. Nesse sentido, a filiação poderá ser biológica ou não, afinal, hoje a doutrina e a jurisprudência, com base no princípio da afetividade, “consagram, além da filiação biológica, a filiação afetiva, também chamada de socioafetiva” (SILVA, 2006, p. 380).

A filiação socioafetiva leva em conta os laços de amor e carinho que unem os pais a criança, bem como, a vontade daqueles em assumir as responsabilidades e deveres decorrentes da filiação. Esse estado de filiação “tem preponderado, muitas vezes, sobre a filiação biológica”, ocorrendo a “substituição do elemento carnal pelo elemento sociológico ou psicológico.” Ademais,

A doutrina tem entendido que, nos casos de inseminação heteróloga, para se definir o parentesco, deverão ser considerados somente o pai ou a mãe sócio-afetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, à semelhança do que ocorre na adoção (FELIX, 2009, p. 37).

Quanto a paternidade, o direito romano estabeleceu a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, a qual atribui automaticamente a paternidade ao homem que se encontra casado com a mulher no momento do nascimento da criança. A presunção é falha, e conseqüentemente é relativa. Sendo assim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597⁶,

⁵ Artigo 1596 “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, Código Civil de 2002).

⁶ Artigo 1597 “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” (BRASIL, Código Civil de 2002).

disciplinou de forma mais condizente as formas de presunção de paternidade (GONÇALVES, 2011, p. 320).

No que tange a presunção de paternidade decorrente das técnicas de reprodução assistida, deve se ter por base os incisos III, IV e V do artigo supramencionado. Desta forma, quanto aos filhos oriundos da inseminação homóloga ou de embriões excedentários decorrentes de concepção também homóloga não há maiores complicações, “uma vez que a verdade socioafetiva corresponde à verdade biológica” (FERNANDES, 2000, p. 81-82).

Contudo, no caso dos filhos decorrentes de inseminação heteróloga não haverá verdade biológica, devendo a filiação ser atribuída pela verdade socioafetiva, desde que o pai tenha concordado com a “utilização de sêmen de terceiro para obtenção da gravidez”. Ressalta-se que no caso em que há a concordância do marido, esta se torna irrevogável, “inviabilizando qualquer pedido de impugnação da paternidade” (FERNANDES, 2000, p. 82).

Por sua vez, a presunção de maternidade se dá através da incidência do antigo brocardo romano *mater semper certa est*, o qual pressupõe que a maternidade será sempre certa e que esta “manifesta-se por sinais físicos inequívocos, que são a gravidez e o parto” (LÔBO, 2011, p. 219). Porém,

[...] atualmente, como consequência das novas técnicas de reprodução humana e do reconhecimento do afeto como valor fundante da parentalidade, o princípio *mater semper certa est* não mais pode ser encarado como verdade absoluta, ou seja, o conceito de que mãe é a que gerou e deu à luz não mais satisfaz, pois, em determinadas situações, é mesmo inaplicável. A maternidade sempre foi extensiva e a certeza exsurgia de provas diretas, como a gestação e o parto, que, hoje, não mais sustentam o princípio “a maternidade é sempre certa”, colocado em dúvida pelas novas técnicas de reprodução assistida (SOUZA, 2010, p. 360).

Comumente há “coincidência entre a maternidade gestacional e a maternidade biológica”, não restando dúvidas em quem será a mãe. Todavia, quando há o emprego de uma das técnicas de fertilização artificial, sobretudo da gravidez de substituição com doação de óvulo de outrem, o problema se agrava, pois abre-se a possibilidade de até três pessoas estarem envolvidas no nascimento da criança, ou seja, poderá haver o envolvimento da mãe gestacional, biológica e a afetiva. Suscitando assim, dúvida à quem deve ser de fato atribuída a maternidade, uma vez que, atualmente não há legislação específica que regulamenta o estado de filiação sob essas condições (MARQUES; OLIVEIRA, 2009, p. 1224).

Nesse contexto, tratando-se especificamente da gravidez de substituição, é possível deparar-se com a recusa da mãe gestacional em entregar a criança após seu nascimento à mulher que a desejou, criando-se um conflito positivo de maternidade. Isto é, a mãe que intencionou a maternidade “e a que gerou a criança desejam ficar com o filho, para criá-lo como tal”, fazendo surgir uma questão fundamental a ser resolvida: quem deverá ser considerada a mãe restando com o direito de registrar e ficar com a criança? (TEIXEIRA, 2005, p. 316).

Vale ressaltar que nem sempre haverá uma terceira pessoa que doará o óvulo na gravidez de substituição, sendo comum que a mãe intencional seja a mesma que cedeu o material genético. Mas, havendo essa terceira pessoa, não há dúvidas de que essa “não poderá reivindicar a maternidade em decorrência do sigilo exigido pelos laboratórios, e porque, no momento da doação, renunciou a maternidade voluntariamente”, sendo tal ato tratado “da mesma forma como quem entrega uma criança para adoção, que renuncia ao direito de filiação” (FELIX, 2009, p. 41-42).

O entendimento e a solução dada pela doutrina quanto ao conflito positivo de maternidade é divergente. Há quem entenda que mãe seria aquela que gestou e deu à luz, em razão da presunção *mater semper certa est*. E, de acordo com tal entendimento, preceitua Denise Rodrigues que “mãe é a que dá a luz independentemente de que técnica de reprodução esta tenha se valido”, ainda, conclui “que o termo substituição é utilizado erroneamente, pois quem gerou é a verdadeira mãe e só haverá substituição após a entrega do bebê a mãe que o criará” (2008, p. 409).

Preleciona Eduardo de Oliveira Leite, que “a nível de direito de filiação, nenhum problema: a mãe é aquela que dá à luz; o pai, aquele que designa a presunção de paternidade, se for casado (ou aquele que reconhece o filho, em se tratando de paternidade natural)” (1995, p. 401). No mesmo sentido, para Carlos Maria Romeo Casabona, a filiação deve ser determinada pelo parto, assim, “a maternidade corresponderá à gestante, com independência de que ela tenha fornecido ou não o óvulo e de que o varão do casal tenha fornecido ou não o sêmen” (apud FERNANDES, 2000, p. 78).

A corrente contrária e com maior número de adeptos, sustenta que deve prevalecer o afeto e a vontade da mulher que determinou a gestação. Afinal, o desejo de ter um filho e os laços de afeto construídos são mais importantes que a simples descendência. Consoante esse entendimento, Ana Carolina Brochado Teixeira sustenta que não basta apenas gerar. Sendo que, “a verdadeira mãe é aquela que intencionou ter um filho e viu-se impossibilitada de

concebê-lo em razão de problemas físicos, uma vez que a maternidade atravessa caminhos do afeto, e este, por sua vez, percorre as trilhas do desejo” (2005, p. 321). Ainda, a mesma autora continua afirmando que

O vínculo do amor é o mais importante e significativo na vida de qualquer pessoa, principalmente de uma criança. Esta lição acha-se consignada desde a antiguidade, na Bíblia. O astuto Rei Salomão, para dirimir o litígio entre duas mulheres que diziam ser mães de uma criança não se serviu de nenhum critério que necessitasse a análise da natureza biológica da criança, ou da discussão de quem gerou, mas sim, na circunstância de amar e servir (2005, p. 319).

Por sua vez, Valter Nilton Felix, com a mesma linha de raciocínio, preleciona que no caso de conflito “a mãe será aquela que fez o planejamento parental, que desejou a criança como seu filho, para tratá-lo com amor, carinho e dedicação, mesmo não tendo nenhum vínculo biológico ou gestacional com ela” (2009, p. 45).

Marise Cunha de Souza afirma que “a mãe gestacional apenas hospedou o embrião para que ele pudesse ser gerado e, num primeiro momento, inclusive, não espera nem pretende ter qualquer responsabilidade em relação à criança após o nascimento.” Ademais, segue afirmando que “não se pode olvidar, em qualquer caso, que a solução deve se adequar ao melhor interesse do menor, princípio norteador de todas as querelas envolvendo menores” (2010, p. 359).

Importante a reflexão feita por Tycho Brahe Fernandes:

A solução para o conflito positivo, diante da ausência de legislação, atualmente encontra forte possibilidade de ser dirimido em favor da mulher que gestou e deu à luz. Porém é fundamental que, tal ocorrendo antes que lei específica regulamente a matéria, seja considerado o interesse da criança, pois o fato de ter gestado uma criança não indica, necessariamente, que aquela mulher seja a mais recomendável para ser declarada mãe (2000, p. 75).

Destarte, “o vínculo jurídico entre mãe e o filho não pode mais ser estabelecido somente pelo fato da gestação e nascimento”, devendo ser deixado de lado o antigo brocardo romano nos casos de gravidez de substituição. “Há que se perquirir criteriosamente, para se atribuir a maternidade, não podendo mais a lei ficar adstrita somente ao fato biológico ou jurídico para determinação” de quem será a mãe (MARQUES; OLIVEIRA, 2009, p. 1235).

Por fim, cumpre ressaltar que poderá ainda ocorrer um conflito negativo de maternidade, quando a mãe biológica e a mãe gestacional não tiverem interesse pela criança

após o nascimento da mesma. Isso pode ocorrer, por exemplo, “quando a criança nasce com algum problema, alguma má-formação”. Nesse caso, a guarda do menor “deverá ser conferida a uma terceira pessoa, até que a questão da maternidade seja resolvida” pelo judiciário (SOUZA, 2010, p. 360).

Com a nova regulamentação do Conselho Federal de Medicina, a qual prevê que deve haver contrato entre os pacientes estabelecendo a questão da filiação da criança gerada, as controvérsias relativas à maternidade de substituição devem diminuir. Contudo, sendo a referida Resolução apenas uma orientação para os médicos e não impondo sanções para os “contratantes”, ainda poderá haver litígio. Em havendo o conflito positivo a melhor solução dada será aquela que atenda primordialmente aos anseios do menor, com base no princípio do melhor interesse da criança. Ainda, importante observar na resolução do conflito o princípio da afetividade, primando pelo amor e pelos laços de afeto construídos.

CONCLUSÃO

As mudanças da estrutura familiar resultantes da desconstrução do modelo patriarcal e hierarquizado da família, juntamente com os inúmeros progressos científicos ocorridos no último século no setor da biotecnologia, os quais possibilitaram ao homem a reprodução dissociada do ato sexual, fizeram despontar as técnicas de reprodução assistida. E, assim, novos desafios e questionamentos surgiram, fazendo com que conceitos e presunções considerados sólidos e inquestionáveis, necessitem ser repensados.

No que tange a reprodução humana assistida, ainda não há nenhuma legislação no Brasil que ampare tais técnicas, nem que as proíba, há somente a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que traz orientações a serem seguidas pelos médicos. Desta forma, inexistindo regras específicas previstas em nosso ordenamento jurídico que regulamentem as controvérsias advindas da utilização dos métodos de reprodução assistida, faz-se necessário buscar guarida primeiramente nos princípios norteadores do direito de família e da bioética, estes que preenchem as lacunas deixadas pelas leis, estabelecendo parâmetros a ser seguidos na resolução de conflitos.

Ainda, a infertilidade e a esterilidade são consideradas hoje doenças, e as técnicas de reprodução assistida são seu tratamento, fazendo com que os casais impossibilitados de conceber possam concretizar seu desejo de ter um filho. Nesse contexto, com base na Constituição Federal, deve ser garantido pelo Estado o direito de procriar, tendo em vista que a mesma prevê o direito à saúde bem como o direito ao planejamento familiar. Porquanto, negar ao casal a realização do desejo de ter um filho e formar a entidade familiar constitui uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A gravidez de substituição, foco central do presente trabalho, é uma das formas de reprodução assistida colocada à disposição dos casais para superação do problema que surge quando a mulher não pode gestar seu filho. No entanto, dado a inexistência de regulamentação da prática, inúmeras implicações éticas, jurídicas e sociais surgem e necessitam de resposta. Os principais questionamentos dizem respeito à possibilidade ou não do contrato, a determinação da verdadeira mãe, além do receio da exploração de mulheres e a comercialização do parto.

Na perspectiva ética, pode-se concluir que a utilização das inovações biotecnológicas deve ser vedada quando estas forem usadas para a satisfação de meros anseios egoísticos dos pais. Além disso, em consonância com a ética, todos os problemas relativos à reprodução

humana assistida e a maternidade sub-rogada devem ser solucionados de forma condizentes e prioritária com o melhor interesse da criança e com a preservação dos direitos humano dos envolvidos. Por sua vez, a igreja com uma visão conservadora e muitas vezes contrária aos progressos científicos, vem tentando de forma tímida adaptar sua doutrina de acordo com as novas técnicas de reprodução assistida.

Posicionamento divergente surge ao se tratar do pacto de gravidez de substituição. Alguns doutrinadores mais radicais defendem a impossibilidade do pacto, posto que, o ser humano não pode ser objeto de contrato. De outra banda os demais doutrinadores defendem pela possibilidade do contrato sustentando ser este lícito, bem como, defendendo a ideia da existência de uma relação jurídica entre os “contratantes”. Os mais liberais, sustentam que o contrato pode ter caráter oneroso, pois a proibição da comercialização do útero reduziria as possibilidades de encontrar uma pessoa disposta a doar seu útero.

Permitir a celebração do contrato, também na sua forma onerosa, abririam maiores possibilidades para que casais com o desejo de ter um filho encontrem uma pessoa disposta a ceder seu útero, no entanto, neste mesmo compasso, há o receio da exploração de mulheres, sobretudo, ao desrespeito a dignidade da pessoa humana. O problema é complexo, e assim, é necessário tratar o assunto com ponderação, levando-se em consideração a Resolução do Conselho Federal de Medicina e acima de tudo os princípios norteadores do direito.

Outra questão de igual complexidade e problema específico ao qual se busca uma resposta no presente trabalho, diz respeito a determinação da maternidade. Nesse sentido, a pergunta que surge é, diante de um conflito positivo de maternidade, ou seja, quando a mulher que gestou a criança não quer entregar ao final da gestação o menor a mulher que intencionou o filho, a quem deve ser atribuída a maternidade, ficando com o direito de registrar e ficar com a criança? Duas hipóteses são defendidas, a que encontra respaldo no antigo brocardo “*mater semper certa est*”, devendo ser considerada mãe a que gestou e deu a luz; e a que sustenta que mãe é quem determinou o nascimento da criança e quis tê-la como sua, visto que o parto não confere a gestante nenhum poder de vontade.

A melhor solução encontrada para esse problema é buscar amparo nos princípios do direito de família. Logo, havendo o conflito positivo de maternidade, a melhor solução dada ao litígio será aquela que atenda primordialmente aos anseios do menor, tomando por base o princípio do melhor interesse da criança. Ainda, importante observar na resolução do conflito o princípio da afetividade, primando pelo amor e pelos laços de afeto construídos, visto que a

filiação não é mais caracterizada somente através da verdade biológica, restando assim, abalada e relativizada a velha presunção “*mater semper certa est*”.

Diante da omissão legislativa no que tange as técnicas de reprodução humana, é imprescindível que uma lei seja criada regulamentando todas as situações conflitantes, colocando fim a insegurança jurídica e a fragilidade com que o assunto é tratado. Contudo, as incertezas relativas a gravidez de substituição não devem ser suficientes para proibir a prática, uma vez que impedir que casais acometidos por alguma esterilidade ou infertilidade busquem nos métodos de reprodução assistida a concretização do sonho de conceber um filho mantendo seus laços genéticos, seria cercear os direitos constitucionalmente garantidos que os mesmos tem, ou seja, o direito à saúde e ao planejamento familiar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kamila. O bebê pioneiro, 25 anos depois. *Zero Hora*, Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2014. Reportagem especial, p. 4-5.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCIFICONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida: Idéias & Letras, 2004.

BARCIFICONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.013 de 09 de maio de 2013. *Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 07 ago. 2014.

_____, Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 05 jun. 2014.

_____, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 01 out. 2014.

_____, Lei n. 9.263 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*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm> Acesso em: 05 jun. 2014.

_____, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 04 out. 2014.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional: e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

FELIX, Valter Nilton. *Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida*. São Paulo: Fiuza, 2009.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. *O direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

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

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

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, HerikaJanaynna Bezerra de Menezes Macambira; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI/FMU, 2009, São Paulo. *Anais eletrônicos...* São Paulo, FMU, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2569.pdf> Acesso em: 26 out. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIÑEIRO, Walter Esteves; SOARES, André Marcelo M. *Bioética e biodireito: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PINHEIRO, Nena Sales. Gestação por útero de substituição: reflexão sobre a possibilidade de contrato oneroso. *Boletim IBDFAM*. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, ano 12, n. 77, nov./dez. 2012.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi/UFBA, 2008, Salvador. *Anais eletrônicos...* Salvador, UFBA, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigu es.pdf> Acesso em: 20 out. 2013.

SILVA, Elizandra Mara da. A filiação em face da reprodução humana assistida. *Revista da ESMESC*, v. 13, n. 19, 2006. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247232309.PDF>> Acesso em: 26 out. 2013.

SILVA, Flávia Alessandra Naves da. Gestação de substituição: Direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v.1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/viewFile/914/894>>. Acesso em: 21 out. 2013.

SOUZA, Marise Cunha de. As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. *Revista da EMERJ*, v.13, n. 50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em: 26 out. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição. In CASABOBA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações  tico-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, S lvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

ANEXO - Sentença



PODER JUDICIÁRIO



D

COMARCA DE PASSO FUNDO
2ª VARA CÍVEL ESPECIALIZADA EM FAMÍLIA E SUCESSÕES
Rua General Neto, 486

Processo nº: 021/
Natureza: Voluntária - Outros
Requerente:

Juiz Prolator: Luís Christiano Enger Aires
Data: 13/06/2014

Vistos etc.

ajuizaram pedido obtenção de declaração de nascido vivo em nome dos pais biológicos, noticiando terem se utilizado da técnica de fertilização através de útero de substituição, tendo em vista a impossibilidade da autora em gerar um filho. Para tanto, utilizaram-se do útero da prima do autor, a qual, de forma gratuita, cedeu-o e foi fecundada, estando o parto previsto para 21.06.2014. Postularam autorização para registrar a criança em seus nomes quando do nascimento, procedendo-se da mesma forma na declaração de nascido vivo. Juntaram documentos (fls. 07/26 e 33).

O Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido (fl. 34).

É o relatório.

Decido, julgando o feito no estado em que se encontra, já que desnecessária a produção de outras provas, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Trata-se de pedido no qual as partes postulam constem seus nomes na declaração de nascido vivo e no registro de nascimento da criança gestada através de útero de substituição, tendo em vista a realização do procedimento de fertilização *in vitro*, através do qual transferidos gametas do casal para o útero da receptora.

Antes de tudo, importante referir que o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 2013/2013, referindo que Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de Reprodução Assistida para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. Além disso, as doadoras devem possuir parentesco com a mãe biológica até o quarto grau, jamais podendo a doação temporária do útero ter caráter lucrativo ou comercial.

No caso, a doadora é prima dos autores, tendo prestado declaração altruística, havendo concordando com o procedimento o companheiro da mesma. Ademais, comprovada a utilização dos gametas dos autores em - mulher com menos de 35 anos de idade -, resultando na gravidez referida (fls. 07/16 e 33), estado a autora comprovadamente impossibilitada de gestar.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



Obviamente tal resolução não possui poder de lei, sendo apenas um parâmetro a ser seguido, inexistindo – na verdade – legislação aplicável ao caso concreto e havendo apenas referência, no Código Civil (art. 1.597), acerca da presunção da paternidade homóloga e heteróloga. Diferente dos dois casos e na ausência de legislação específica, na gestação de substituição, tanto a paternidade quanto a maternidade podem ser questionados, havendo discussão doutrinária acerca de quem efetivamente seriam os pais: aquela que concebe ou a que fornece o material genético? Quanto ao pai: o companheiro da gestante ou o da mulher que forneceu o material?

Nessa perspectiva, importante ressaltar que a gestação em útero alheio é procedimento reconhecido pela ciência médica, submetido a padrões éticos estabelecidos pelo Conselho Federal, que viabiliza a maternidade a determinadas pessoas as quais a procriação natural se mostra obstaculizada. Esclarece Laura Dutra que, na gestão em útero alheio, *'a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível àquela'*, razão pela qual – nos termos do ajuste celebrado e comprovado nos autos –, a mãe dita hospedeira renuncia à sua maternidade em favor da pessoa que cedeu o projeto biológico.

Consequência dessa conduta, atendidos os requisitos da Resolução inicialmente mencionada, é o reconhecimento da paternidade/maternidade aos pais biológicos – no caso, os postulantes. Assim, diante da ausência de regulamentação legislativa específica e não se vislumbrando indício de ilegalidade na conduta adotada no caso presente – comprovada através dos documentos acostados a fertilização de com o material genético dos autores e a concordância de todas as partes com os termos do postulado –, a melhor solução para o caso tem a ver com o melhor interesse da criança, inclusive porque os envolvidos o definiram previamente, autorizando a lavratura do assento de nascimento em nome dos pais biológicos.

Isso posto, DEFIRO o pedido inicial e DETERMINO seja inserta na declaração de nascido vivo e na certidão de nascimento da criança que gesta, a identificação de e como pais da mesma, inclusive para efeito de identificação dos avós.

Considerando a concordância do Ministério Público e a iminência do nascimento, relevo o prazo recursal e determino desde logo sejam expedidos ofícios ao nosocômio no qual será realizado o parto, requisitando seja a declaração de nascido vivo expedida em nome dos autores, procedendo-se da mesma forma em relação ao Cartório de Registro Civil, entregando-se os ofícios aos autores.

Custas pelos requerentes, nos moldes do art. 24 do CPC, não havendo arbitramento de honorários, face à consensualidade no pedido..

1 ABREU, Laura Dutra de. 'A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos nos direitos português e brasileiro'. In Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões – RBD FamSuc. Porto Alegre: Magister/IBDEFAM, n° 11, ago./set. De 2009.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



36
18

Publique-se.
Registre-se.
Intime-se.

Passo Fundo, 13 de junho de 2014.

Luís Christiano Enger Aires,
Juiz de Direito.