



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

AMANDA LISBOA DE SOUSA

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA GESTAÇÃO DE
SUBSTITUIÇÃO

SOUSA - PB
2007

AMANDA LISBOA DE SOUSA

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA GESTAÇÃO DE
SUBSTITUIÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2007

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

S725i Sousa, Amanda Lisboa de.
Implicações jurídicas acerca da gestação de substituição. /
Amanda Lisboa de Sousa. - Sousa: [s.n], 2007.

56 fl.

Monografia (Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e
Sociais - Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais -
CCJS/UFCG, 2007.

Orientadora: Prof.^a Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

1. Biodireito. 2. Fertilização humana. 3. Reprodução assistida. 4.
Barriga de aluguel. 5. Implicações jurídicas. 5. Ausência de
previsão legal. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 347:608.1(043.1)

Amanda Lisboa de Sousa

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 10 de dezembro de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Monnizia Pereira Nóbrega
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Dedico este trabalho aos meus pais Edimar e Joanira, a Wilfrido e a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, me orientaram e apoiaram nesta realização.

AGRADECIMENTOS

O caminho percorrido contou com a ajuda, a presença e o companheirismo de muitas pessoas que compartilharam deste trajeto. Um especial agradecimento:

A Deus, pela sua infinita sabedoria, fortaleza e misericórdia, que me encorajou nos dias de tempestade, mostrando-me que a aurora de uma nova manhã trará um sol radiante, e trazendo-me a certeza de que podemos todas as coisas naquele que nos fortalece;

Aos meus pais, que constantemente lutam, para dar aos seus frutos, educação e sabedoria para vencer os obstáculos da vida, sempre com muita dignidade. Dedico esta vitória a vocês, que tanto desejam minha felicidade e sucesso;

A Wilfrido, meu porto seguro e equilíbrio nos momentos mais turbulentos. O amo com toda força que há em mim. Obrigada por fazer parte desse sonho que agora realizo;

A minha orientadora Monnizia Pereira Nóbrega, que, com paciência, sabedoria e dedicação, me ajudou na consubstanciação deste trabalho, e principalmente, por todas as palavras de otimismo, não permitindo que eu desistisse nas horas de incertezas;

Às colegas Marcleide e Karina, por todos os quilômetros e idéias partilhadas. Muito obrigada pelo carinho, amizade e respeito;

A Ivana, Edimar Júnior, Zenilda, Thayane, Márcia, Marcelo, Jackson, Helejrúnior, Eduardo, Jailton, Amanda Karla e Humberto Júnior, pois cada um a seu modo, contribuiu para que este processo se concretizasse;

Aos meus colegas e amigos de sala que convivi por esses anos, pois com eles aprendi que a nossa família cresce a cada dia, a cada amigo, a cada novo irmão;

Ao Dr. Robson Sales por sempre compreender as minhas ausências ao trabalho, por todos os votos de sucesso e por contribuir para o meu crescimento profissional e humano;

E a todos aqueles que, de alguma maneira, favoreceram a realização deste trabalho, mas que porventura não tenham sido citados.

*“Os juristas devem viver em sua época, se não
querem que esta viva sem eles”.*
JOSSERAND, *Droit civil*.

RESUMO

O Biodireito é o ramo do Direito que cuida dos princípios éticos e determina parâmetros no que tange aos avanços tecnológicos na área do corpo humano. Dentre estas tecnologias estão as que cuidam da fertilização humana, como é o caso da reprodução assistida. Este trabalho tem por objetivo esclarecer certos questionamentos que envolvem a gestação de substituição ou em termo informal a "barriga de aluguel", que é uma das espécies de reprodução assistida. Para tanto utilizou-se dos métodos bibliográfico e o exegético-jurídico. A gestação de substituição pode ser utilizada por casais ou companheiros, provindo o óvulo e o sêmen deles, sendo o embrião implantado no útero de outra mulher. É possível também que os gametas não sejam fornecidos pelos parceiros, mas venham de doadores. Esta técnica só é permitida quando o útero da pretensa mãe é malformado ou quando a mulher não o possui, ou ainda, quando a gravidez apresenta risco de vida para essa mulher. Verificado tal procedimento, observa-se que há inúmeras repercussões no mundo jurídico, verificadas estas desde a relação jurídica firmada entre as partes envolvidas, até o nascimento com vida da criança, fato este gerador de certas discussões no que tange a filiação, determinação da maternidade, bem como registro de nascimento da criança nascida da gestação de substituição. Constatando assim, a problematização seguinte: Há em decorrência da gestação de substituição, implicações jurídicas as quais não encontram repouso no ordenamento jurídico pátrio? E a hipótese: Sim, haja vista a não previsão legal da gestação de substituição, o que acarreta celeumas no campo fático e jurídico hodiernos.

Palavras-chave: gestação de substituição – implicações jurídicas – ausência de previsão legal.

ABSTRACT

Bio directs is the branch of the Right that he/she takes care of the ethical beginnings and it determines parameters with respect to the technological progresses in the area of the human body. Among these technologies they are the ones that take care of the human fertilization, as it is the case of the attended reproduction. This work has for objective to explain certain question that you/they involve the substitution gestation or in informal term "belly of rent", that it is one of the species of attended reproduction. For so much it was used of the bibliographical methods and the exegétic-juridical. The substitution gestation can be used by couples or companions, coming the ovum and his/her semen, being the embryo implanted in another woman's uterus. It is possible also that the gametes are not supplied by the partners, but they come from donors. This technique is only allowed when the assumed mother's uterus is malformed or when the woman doesn't possess him/it, or still, when the pregnancy presents life risk for that woman. Verified such procedure, it is observed that there are countless repercussions in the juridical world, verified these from the juridical relationship among the involved parts, until the birth with the born child's of the substitution gestation life. Verifying like this the following problematização: Is there due to the substitution gestation, juridical implications which don't the ones find rest in the ordainment juridical patriot? Yes, have seen the not legal forecast of the substitution gestation, what carts noises in the field factice and juridical moderns.

Word-key: substitution gestation – juridical implications – absence of legal forecast.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	12
1.1 Bioética e Biodireito.....	12
1.2 Os limites do Biodireito para a utilização da gestação de substituição.....	15
1.3 Gestação de substituição: conceito e noções gerais.....	16
1.4 Breve histórico da gestação de substituição.....	18
1.5 Princípios constitucionais inerentes à gestação de substituição.....	21
1.5.1 A gestação de substituição e a dignidade da pessoa humana.....	24
CAPÍTULO 2 O DIREITO CIVIL E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	25
2.1 Direito de família x gestação de substituição.....	25
2.2 Personalidade Jurídica do Nascituro.....	27
2.3 Direitos do Nascituro.....	29
2.4 O Nascituro frente às novas técnicas de procriação.....	33
CAPÍTULO 3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS ...	35
3.1 Das relações de parentesco decorrentes da gestação de substituição.....	37
3.1.1 Quanto à filiação.....	37
3.1.2 Quanto à maternidade.....	39
3.2 Do registro civil da criança nascida por gestação de substituição.....	41
3.3 O pacto de gestação no Brasil.....	43
3.4 Necessidade de regulamentação jurídica.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49
ANEXOS.....	51

INTRODUÇÃO

A tecnologia tem alcançado avanços que há tempos atrás seriam impossíveis de imaginar. Nesse contexto se encontra a biotecnologia aplicada à reprodução humana, com meios cada vez mais eficazes de facilitar a fertilidade humana.

O Direito se faz presente em todos os aspectos da vida social, dirimindo conflitos e impondo limites a práticas que deturpem o bem caminhar da sociedade. Por sua vez, a Bioética como ciência se preocupa com os valores éticos e morais que permeiam as descobertas e exercícios no campo da biotecnologia. Dessa maneira a Bioética e o Direito estão interligados na função de tentar resolver as celeumas jurídicas de difícil solução que ocorrem nessa área referente a técnicas que lidam diretamente com a vida humana.

Os dilemas éticos que a perspectiva de produzir o conhecimento desperta e que podem ser resumidos na questão de dever o homem fazer tudo o que o seu conhecimento lhe permite fazer, agravaram-se diante da realidade do mapeamento do genoma humanos e com as possibilidades que se abrem e as conseqüentes escolhas que o homem deve fazer. Esse é justamente o cerne da temática da Ética: o homem tem livre-arbítrio e é o único animal que pode fazer escolhas para construir-se ou destruir-se, como conciliar o conflito entre razão e sentidos, entre o bem e o mal, entre fazer o bem e enriquecer materialmente.

Assim sendo, o Direito ganha outro ramo que é o Biodireito, no qual age como um processo de concretização normativa dos valores e princípios fixados pela ética, tomando como paradigma o valor da pessoa humana. É um novo ramo do Direito da vida humana, necessário porque a legislação do passado é insuficiente.

Desde sua origem o homem tem se preocupado com a necessidade de procriar, temendo a não perpetuação de sua espécie. Muitas são as técnicas e pesquisas com esse objetivo e dentre elas encontra-se a gestação de substituição que será o principal foco desta pesquisa.

A gestação de substituição constitui-se no empréstimo do útero por uma terceira pessoa, para garantir a gestação quando o útero (da mulher que deseja ser mãe) não permite o desenvolvimento normal do zigoto ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe. Esta técnica é bastante polêmica, pois envolve aspectos éticos, sociológicos, psicológicos, jurídicos e financeiros.

Na relação de maternidade substituta são partes uma mulher (e, normalmente, seu esposo ou companheiro) que, fornecedora ou não do material genético, tem o desejo de ter o filho, a titular do projeto parental, e uma mulher que, por dinheiro ou altruísmo, cederá seu útero para que nele seja desenvolvida a criança até o parto, entregando-a àquela.

A gestação de substituição na sociedade é traduzida por “barriga de aluguel”, expressão que, com todas as suas impropriedades, inclusive anatômicas e fisiológicas, é a que permite ao grande público entender sobre o que se fala quando alguém se utiliza daquele termo.

Vários são os questionamentos a respeito dessa ousada técnica como exemplo: Quais os direitos e obrigações da mãe substituta e dos pais naturais durante e após a gestação? Poderá a mãe substituta receber recompensa financeira? A quem pertence legalmente a criança? E qual o estatuto legal da criança ao nascer? A presente pesquisa pretende esclarecer algumas dessas questões, e para melhor auxiliar nesse processo será utilizado o método científico com base na pesquisa bibliográfica e o estudo da legislação pertinente, o assim chamado método exegético-jurídico.

De forma a se constatar a problematização e a hipótese previamente formulados, quais sejam: Há em decorrência da gestação de substituição, implicações jurídicas as quais não encontram repouso no ordenamento jurídico pátrio? Sim, haja vista a não previsão legal da gestação de substituição, o que acarreta celeumas no campo fático e jurídico hodiernos.

A pesquisa será dividida em três capítulos, de modo que o primeiro tratará da relação entre a Bioética e o Biodireito e os limites que este último impõe para a utilização da gestação de substituição. A gestação de substituição também será tema deste capítulo juntamente com suas peculiaridades: conceito, histórico, princípios constitucionais e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, analisar-se-á no segundo capítulo a relação existente entre o Direito Civil e a gestação de substituição. Ademais serão apresentados posicionamentos sobre a personalidade jurídica do nascituro, seus direitos e sua correlação com esta técnica de gestação assistida que é a gestação de substituição.

O terceiro e último capítulo será destinado aos aspectos jurídicos da gestação de substituição como as relações de parentesco surgidas em decorrência de sua

utilização, o registro civil da criança nascida dessa espécie de gestação bem como a maneira como esta técnica é encarada ainda superficialmente no ordenamento jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1 DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

1.1 Bioética e Biodireito

A aplicação de novas técnicas desenvolvidas na área das ciências relacionadas à vida gerou preocupação de natureza ética e moral, surgindo, assim, um especial campo de estudo dentro da ética.

Nesse contexto surge a bioética que Gama (2003, p. 37) conceitua como:

O ramo do conhecimento ético que se preocupa com a discussão, descoberta e aplicação dos valores morais de respeito e consideração à pessoa humana no campo das ciências da vida, procurando encontrar a moralidade da conduta humana no campo da biotecnologia, incluindo nos seus resultados práticos.

A Bioética nasceu da necessidade de um controle da utilização crescente e invasora de tecnologias cada vez mais numerosas e afinadas nas práticas biomédicas. Desta forma, deu origem a uma nova área de estudos no Direito denominada Biodireito.

No Brasil, os princípios estruturais do Biodireito se encontram estabelecidos na Constituição da República. A legislação existente e a que vier a se estabelecer encontram em tais princípios seus balizadores. Os princípios constitucionais correspondem, em sua maioria, a direitos fundamentais do homem, traduzindo os valores primordiais da sociedade.

Em outras, a Bioética apresentou novas discussões, que aos poucos foram sendo normatizadas, no próprio texto constitucional, ou mesmo em leis infraconstitucionais. Tanto é que alguns especialistas já preconizam uma nova geração/dimensão de direitos fundamentais, que resguardariam o que pode ser ameaçado com o progresso tecnológico das biociências: o patrimônio genético humano.

Porém, uma vez que mencionados progressos ditos biotecnológicos trazem implicações na sociedade moderna, vê-se que é necessária a presença do Direito ao

lado da Bioética para que haja a defesa das pessoas perante possíveis abusos praticados neste ambiente.

Destarte, faz necessário encontrar limites para que não violem os direitos fundamentais da pessoa humana e, por isso, precisam ser regulados, já que a legislação brasileira ainda não se debruça sobre a temática aqui abordada.

É curial, pois, fazer um estudo sistematizado que permita avaliar a ciência jurídica, em particular, como regulamentadora das formas referentes à manipulação típicas da bioética, que, por se tratar de ciência interdisciplinar, deverá discutir os fundamentos com outros ramos do conhecimento humano, tais como a psicologia, a religião, a medicina.

Assim, a sociedade como um todo tenha por base uma cultura onde a dignidade da pessoa humana esteja no centro do palco para fortalecer o arcabouço do Estado democrático de direito.

A Bioética e o Biodireito, posto que temáticas ensejadoras de amplos debates perante a comunidade científica, também tem a peculiaridade de trabalhar com as normas sociais (éticas, técnicas, sociológicas, religiosas, entre outras). Ademais, sabe-se, a partir daí, que esse conjunto de normas estão sujeitas aos fenômenos da natureza e, principalmente, dos empreendimentos dos estudos humanos em laboratórios científicos.

Nunca é demais lembrar que há ramos que se ocupam de regras e princípios nas quais não estão sujeitas à causalidade, pois tem como objetivo de estudo o potencial humano e suas repercussões na vida.

A Bioética traduz-se, pois, por um conjunto de pesquisas e de práticas pluridisciplinares pelos quais se objetiva elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço tecnológico.

É que o progresso tecnológico desponta inevitavelmente o debate sobre a questão da ciência *versus* ética. O poder fazer absoluto, limitado pela natureza, contra o fazer ou não que se pode, tendo como limite à própria consciência.

Descobertas fundamentais na atuação das ciências biomédicas são hoje examinadas ao lado dos direitos fundamentais, devido ao frenesi causado pela repercussão deste tema que caminha ao lado do vital equilíbrio entre a vida humana, a ética e os direitos dos cidadãos, como o direito à vida.

A Bioética, enquanto ciência humana, possui seus princípios básicos, entre os quais se destacam o princípio da autonomia da vontade, caracterizado pela vontade

do paciente ou de seu representante deve ser levada em conta pelo profissional da saúde, de acordo com os valores morais e crenças religiosas externados por aquele; o princípio da beneficência, que determina que devem ser respeitados pelo médico o bem-estar do paciente, evitando-se, na medida do possível, causar-lhe danos; e o princípio da justiça, o qual reclama a imparcialidade na distribuição de riscos e benefícios, no que atina a prática médica pelos profissionais da saúde, pois iguais deverão ser tratados igualmente, e os desiguais desigualmente.

Não se deve esquecer que de todos os princípios, surge como o de maior importância no direito positivo, o princípio da dignidade da pessoa humana, de difícil conceituação e definição, mas que apresenta fundamento para as ações do Estado em prol do bem comum.

Mencionado fundamento, da relação mútua entre a Bioética e o Direito nasce com uma apresentação problematizada das novas situações da vida dos homens, oriundas destes avanços e conquistas de novas biotecnologias e até então, não previsíveis e que carecem da atenção e do apreço do jurista, no sentido de lhes dar os limitadores contornos legais, indispensáveis à concretização da sobrevivência humana, dentro dos padrões da dignidade e da ética.

Cabe à Bioética realizar os juízos de apreciação a respeito destas novas ocorrências biotecnológicas, de atuação interveniente ou manipuladora da vida humana.

O passo subsequente, o de impor limites e freios a esta atuação, compete ao Biodireito, reconhecido como o conjunto de valores, princípios e normas que têm por finalidade proteger a vida humana, disciplinando a prática de suas intervenções e os mecanismos de sua manipulação.

Existe um enorme desacordo entre o avanço tecnológico e a normatização jurídica, que precisa ser, com urgência, redimensionado. Os doutrinadores contemporâneos devem, com a maior brevidade possível, ser chamados a desenvolver um processo de reconstrução jurídica que, superando eventuais limitações dos conceitos e categorias modernos, elaborar novos modelos, adequados à solução desses desafios, como paradigmas da pós-modernidade, particularmente no campo do direito da vida.

Sendo assim, a Bioética e o Biodireito devem buscar manifestar no ordenamento jurídico de molde a propiciar uma maior estabilidade às relações

sociais para que, desta forma, a lei, em especial, tenha por finalidade o bem geral da sociedade.

1.2 Limites do Biodireito para a utilização da gestação de substituição

Muitas questões são polêmicas em relação à formação de novas famílias constituídas com a participação de uma terceira pessoa no processo gestacional, suscitando, desta forma, sérias inquietações que envolverão, certamente, direitos a proteger e conflitos a solucionar. E qual será o encaminhamento jurídico a ser seguido nestes casos?

Em vários países Europeus já foram elaboradas leis específicas que regulam a utilização da prática de gestação de substituição, ou seja, o tratamento jurídico desta problemática já se constitui uma realidade.

Na maioria desses países, as posições se assemelham no sentido de desaconselhá-la ou, até mesmo considerá-la um ilícito penal. As leis britânica, espanhola e austríaca desaconselham a utilização desta técnica enfatizando o princípio *partus sequitur ventrem*, ou seja, é considerada a mãe aquela que dá a luz. Deste modo, a criança será filha da mulher que a gerou, mesmo que a contribuição genética seja de outra (Nery, 2007).

Na Inglaterra não é proibido o contrato de cessão de útero quando ele for feito a título gratuito e, se as partes concordarem em executá-lo. Ou seja, o procedimento é parecido com o de uma adoção. Diferentemente do Direito Alemão, que recorreu ao Direito Penal para tornar um ilícito o recurso à maternidade de substituição. Na Suíça foi introduzida, em disposição constitucional, a interdição das formas de maternidade de substituição (Santos, 2001, p. 133).

Em Portugal, consoante aduz Nery (2007), não é admitido o contrato oneroso por duas razões: primeiro não é possível renunciar ao direito de mãe; segundo, porque ofende o princípio da dignidade da pessoa humana. Com relação ao contrato gratuito, costuma-se argumentar favoravelmente, em vista do interesse do filho.

Na Argentina, a lei não admite o contrato de gestação, pelo que a gestante substituta não se obriga a entregar o filho.

Relata ainda essa mesma autora, que nos Estados Unidos, apenas os estados de Arkansas, Califórnia e Nevada permitem a maternidade por gestação substituta. A filiação é outorgada pelo ideal de maternidade e paternidade, seja quando a gestante substituta, casada ou não, tiver sido inseminada com sêmen do marido da mãe afetiva ou mesmo de doador anônimo.

Pode-se afirmar, e parece plenamente sensato, que o direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reprodução artificial. Entretanto, os motivos evocados para restringir-se o acesso ilimitado a essa técnica, fundamentam-se em rejeitar o tratamento da criança como sendo uma coisa, um objeto-devido, negando-se irresponsavelmente a sua dignidade de pessoa.

Assim, tendo em vista o que acabamos de discorrer, é que pretendemos, neste trabalho, desenvolver alguns dos polêmicos conflitos que surgem com as práticas da procriação assistida com o intuito de propor bases para uma futura normatização, para tanto, faz-se necessário apresentar alguns esclarecimentos técnico-científicos e conhecimentos gerais e históricos a respeito da reprodução artificial.

1.3 Gestação de substituição: conceito e noções gerais

A preocupação com a capacidade de se reproduzir afeta o homem desde o seu surgimento, tendo em vista a necessidade de se perpetuar e o medo de que sua espécie desapareça.

Em todos os tempos parte do poder atribuído à mulher está relacionado com a capacidade de reprodução. No entanto, para algumas não é possível gerar um bebê através dos métodos tradicionais de procriação, trazendo-lhes frustração e infelicidade.

Os avanços científicos tornaram o sonho de ser mãe possível através de técnicas de reprodução artificial, dentre elas a gestação de substituição. Daí porque a gestação de substituição tem aplicação na esterilidade por impossibilidade de gestação ou por ausência de ovócitos e impossibilidade de gestação.

Em outras palavras, baseia-se no empréstimo do útero por uma terceira pessoa, assegurando a gestação, em virtude do útero materno não permitir o desenvolvimento do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe. A utilização temporária do útero cedido é indicada nos casos de alterações anatômicas do útero e de contra-indicação clínica à gravidez.

Lima Júnior (2007) aduz que:

Maternidade de Substituição é a técnica de procriação artificial consistente na inseminação artificial ou fertilização "in vitro", em que um ser é gerado por outra mulher (receptora), que não seja sua mãe genética (doadora). Daí a expressão "mãe substituta" para designar a mulher fértil que se dispõe, mediante a formalização de um contrato, a carregar o embrião dentro de seu útero, em razão da infertilidade de outra mulher, até o seu nascimento, ocasião em que o entregará ao casal que a contratou.

O empréstimo de útero admite as mais variadas situações, dentre as quais podemos citar as três mais comuns: quando a mulher gestora apenas cede seu útero. Trata-se de uma mulher fértil, e no seu útero reimplanta-se um ou vários embriões obtidos por fecundação *in vitro*, a partir dos gametas do casal solicitante.

Nesse caso, a mulher produz óvulos saudáveis, porém seu útero não é capaz de suportar uma gestação até o fim, o que provoca a necessidade de uma mãe portadora; quando a mulher gestora além de emprestar o seu útero, dá igualmente os seus óvulos.

Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com espermatozoides do casal, e acolherá a criança em seu ventre, vindo a entregá-la ao casal solicitante quando do seu nascimento do filho deste; quando o óvulo é cedido por outra mulher, que não é a gestadora, nem a dona do projeto parental. Esse é caso de maior complexidade, pois haveria três categorias de mães: a mãe biológica, que é aquela que produz os óvulos; a mãe gestora, que portará a criança no seu ventre até o nascimento; e a mãe que ficará com a criança.

Santos (2001, p.126) ensina que:

Na relação de maternidade substituta, ou maternidade sub-rogada, são partes uma mulher (e, normalmente, seu esposo ou companheiro) que, fornecedora ou não do material genético, tem o desejo de ter o filho, a titular

do projeto parental, e uma mulher que, por dinheiro ou altruísmo, cederá seu útero para que nele seja desenvolvida a criança até o parto, entregando-a àquela.

Outras denominações são atribuídas a esta técnica de procriação tais como: barriga de aluguel, mãe de aluguel, mãe hospedeira, mãe substituta, mãe de empréstimo, mãe por procuração, maternidade de substituição, cessão temporária de útero, empréstimo de útero, doação temporária de útero, entre outras. A terminologia, menos aceita, é a "mãe de aluguel", a qual faz renascer uma forma de exploração do corpo da mulher, pois pressupõe remuneração, e no Brasil, a gestação de substituição só pode ocorrer de forma gratuita, por motivos altruísticos, ou seja, sem caráter comercial.

O assunto é polêmico e desperta as mais diversas reações na opinião pública por questões de ordem religiosa, moral, ética e legal. Decerto, a utilização desta técnica tornou-se corriqueira, sendo indispensável discuti-la e despertar a consciência dos nossos legisladores para a necessidade de discipliná-la sob o prisma da legalidade.

1.4 Breve histórico da gestação de substituição

A História mostra o quanto a procriação tem sido considerada importante nas mais variadas épocas e culturas. Até mesmo nos tempos mais primitivos o homem manteve preocupação com a fertilidade e a procriação. Em suas primeiras manifestações artísticas, a mulher era retratada grávida, dava-se ênfase ao ventre, símbolo da fertilidade, e aos seios e nádegas, representando a sensualidade. Sendo os braços e as pernas meros prolongamentos do tronco.

O homem sempre contrapôs as noções de fertilidade e esterilidade, sendo a primeira vista como uma bênção divina, enquanto a segunda, como uma maldição. Equiparava-se a mulher fecunda à terra por ser capaz de fazer brotar a vida de si mesma, no entanto, a mulher estéril era tida como um ser amaldiçoado.

Nas civilizações antigas, a religiosidade estimulava a natalidade, sendo o fato de ter filhos não apenas a comunhão de vontades de um casal, mas sim uma

verdadeira obrigação para com a família devido à necessidade da continuidade do culto aos mortos. Fustel de Coulanges (2007) em sua obra *A Cidade Antiga*, escreve:

Cada pai esperava da sua posteridade a série de banquetes fúnebres que devia assegurar a seus manes repouso e felicidade. Essa opinião era o princípio fundamental do direito doméstico entre os antigos, derivando daí, em primeiro lugar, a regra de que cada família devia perpetuar-se para sempre. Os mortos tinham necessidade de que sua descendência não se extinguísse. No túmulo, onde viviam, não tinham outra preocupação. Seu único pensamento, como seu único interesse, era ter sempre um varão de seu sangue para levar-lhe ofertas ao túmulo [...] Tocamos aqui em um dos caracteres mais notáveis da família antiga. A religião, que a formou, exige imperiosamente sua continuação [...] O grande interesse da vida humana é continuar a descendência para continuar o culto.

Por temer não deixar descendentes, e dessa forma sua espécie desaparecer da Terra, o homem procurou transpor essa esterilidade, sendo a gestação de substituição, uma alternativa para os casais inférteis. Embora pareça ser uma prática recente, as mães de aluguel existiram de muitas formas ao longo da história.

Quando a mulher não conseguia conceber, o marido era autorizado a tomar outra mulher e com ela gerar o filho que pertenceria ao casal.

O Código de Hamurabi, mesmo favorável à monogamia, autorizava o marido, se sua mulher fosse estéril, a manter relações sexuais com intuito procriativo.

Destarte, foi a partir do final do século XIX, que a gestação de substituição ganhou caráter científico. Entre 1890 e 1898, as experiências com coelhas, realizadas por Walter Heape, na Grã Bretanha, tinham demonstrado a possibilidade de colher embriões do corpo de uma fêmea e de os conseguir desenvolver no corpo de uma fêmea de acolhimento, método atualmente utilizado nos bovinos a uma escala industrial (Gama, 2003, p. 35).

Estas primeiras experiências, efetuadas, permitem avaliar a novidade científica que representaria a prática das mães de substituição ou mães hospedeiras, na fêmea humana, um século mais tarde.

Entretanto, apenas na segunda metade do século XX, mais precisamente a partir da década de 60, essa prática recebeu esta denominação, e foi alvo de maior preocupação em decorrência dos conflitos gerados. Machado (2005, p. 52) cita que

os primeiros casos clínicos relativos ao empréstimo de útero datam de 1963, no Japão e de 1975, nos Estados Unidos.

Afirma Goldim (2007) que em 1976, no estado de Michigan (EUA), o advogado Noel Keane, foi o primeiro a efetuar contratos entre casais e mães de aluguel.

Ainda esse mesmo autor relata que na província do Texas, em 1980, uma senhora, Carol Pavek, que era casada, decidiu ter um filho para um casal da Califórnia. Este casal Andy e Nancy a procurou quando souberam da sua disposição em ter um filho para outro casal. A fecundação foi in vivo, com sêmen de Andy, utilizando apenas uma seringa. O procedimento foi feito na própria casa de Carol. Após o nascimento do bebê ela o entregou a Andy e Nancy. Posteriormente ela teve uma outra gestação para um outro casal.

Narra Oliveira (2000, p. 53) que nos Estados Unidos, em 1983, uma mãe de substituição deu à luz uma criança microcéfala (criança que nasce com a cabeça muito pequena ou a massa encefálica diminuta). Em virtude de ter nascido com este problema, ninguém quis ficar com o bebê.

Segundo Santos (2001, p. 135), em 1986, teve destaque o caso *Baby M*. O casal Stern não podia ter filhos e, sendo assim, contrataram com a Sra. Whitehead e seu marido que ela seria inseminada com o sêmen do Sr. Stern e carregaria a criança resultante da inseminação, tendo que entregá-la ao fim da gravidez ao casal Stern, recendo a quantia de US\$ 20 mil. No entanto, após o nascimento da criança, a Sra. Whitehead manifestou o desejo de manter consigo a criança. A Suprema Corte de Nova Jersey decidiu que os pais do bebê, segundo o direito vigente, seriam o senhor Stern e Mary Beth Whitehead, mas que ele deveria ser entregue ao casal Stern, tendo a senhora Whitehead direito à visita. O tribunal prezou pelo interesse em educar a criança em meio mais abastado e mais influente.

Foi criada, em 1989, por Noel Keane uma associação de mães de substituição americana (Goldim, 2007).

Conforme o exposto por Santos (2001, p. 138), em 1993, ao apreciar o caso *Johnson x Calvert* o Tribunal da Califórnia decidiu que a mulher gestante não teria nenhum direito de filiação sobre a criança quando tivesse assinado um pacto de gestação, entendendo assim, que aquela que desejou ter um filho e criá-lo como dela própria seria a mãe natural sob os olhos da legislação californiana.

Esse posicionamento foi confirmado no julgamento do caso *Buzzanca x Buzzanca*, em 1998. O casal John e Luanne Buzzanca contratou uma mãe de substituição e esta foi inseminada com um embrião doado; desse modo, não havia nenhum vínculo genético entre o casal e a criança. Um mês antes do nascimento eles se separaram, e John não quis mais o filho. A mulher contratada declarou não ter nenhum interesse no bebê. Por sua vez, Luanne, reivindicava a criança afirmando ser sua mãe. A Corte de Apelos da Califórnia determinou que o casal Buzzanca seriam os pais, tendo em vista que eles eram os donos do projeto parental, e no consentimento dado por John (Santos, p. 139).

De acordo com Granja (2007), em 1999, em Recife, nasceram os primeiros quintuplos de proveta do Brasil. A advogada Ana Cristina Belfort, de trinta anos, teve seus cinco filhos gerados por uma prima de quarenta e um anos.

No ano de 2003, em Minas Gerais, a advogada Miete Peixoto Melo conseguiu uma autorização do Conselho Regional de Medicina para que a sua empregada doméstica Fernanda gerasse o seu filho. O óvulo de Miete foi fecundado com o espermatozóide do seu marido Dênio. O embrião formado foi implantado no útero de Fernanda (Karla Bernardo, 2007).

O caso mais recente de gestação substituta no Brasil ocorreu em setembro desse ano, em Recife, quando a auxiliar de enfermagem Rosinete Palmeira Serrão, de cinqüenta e um anos, deu à luz seus netos gêmeos, em lugar da filha que tinha problemas no útero (Colares, 2007).

Empós será explanado o posicionamento brasileiro em relação à gestação de substituição.

1.5 Princípios Constitucionais Inerentes à Gestação de Substituição

É possível vislumbrar alguns princípios trazidos pela Constituição Federal brasileira de 1988 com relação à gestação de substituição. O mais importante deles, encontra-se no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, o qual diz respeito à “dignidade da pessoa humana”, que foi erguido à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro e tem o condão de vetar as atividades que importem violação ao ser humano, enquanto pessoa.

Na esfera da Lei Maior a dignidade da pessoa humana é o alicerce de todo o preceito dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, realizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados.

Alexandre de Moraes (2003, p.50) conceitua a dignidade da pessoa humana como:

Um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A dignidade da pessoa humana é um valor absoluto e inerente ao homem, e deve sempre ser respeitada, daí o motivo de sua positivação, como princípio fundamental, dando uma maior proteção ao homem, de forma que, se uma lei for de encontro aos valores inerentes ao homem, será inconstitucional. A positivação da dignidade da pessoa humana fez com que o homem recebesse o devido respeito.

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce fundamental importância como limite aos abusos cometidos pela ciência e, em especial, pela prática do empréstimo de útero. A violência contra uma pessoa representa, em última instância um ato contra toda humanidade, pois respeitar a pessoa humana implica também combater toda a prática que a diminua.

Relacionado com esta ideologia, que coloca o indivíduo como merecedor de proteção acima de qualquer outro bem tutelado, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Neste diapasão, é possível se concluir que a vida é inviolável, não devendo ser objeto de agressões.

O artigo 196 da Carta Magna dispõe que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em conformidade com o referido dispositivo, a saúde deve ser promovida pelo Estado e proporcionada, sem distinção, a todos os cidadãos. Alguns doutrinadores defendem que a cura da esterilidade com o uso das técnicas assistidas de reprodução deveria ser permitida porque corresponde ao direito de cada pessoa de ter preservada a sua integridade física e mental.

Entretanto, na gestação de substituição deve-se questionar se isso seria realmente levado a efeito, pois ao mesmo tempo em que se tenta preservar a saúde mental da mulher estéril, a da mulher que emprestou o útero está sendo abalada.

Segundo o disposto no artigo 225, § 1º, incisos II e V, da Constituição Federal, “cabe ao poder público proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, fiscalizando os centros de pesquisa e manipulação do material genético”. Sendo também dever do Estado “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, devendo ficar, os mencionados comandos do legislador, definidos, em lei, os seus meios de efetivação.

O princípio da responsabilidade é entendido como sendo um princípio capaz de sustentar o comprometimento de respeito pela vida, tanto das presentes, como das futuras gerações, sendo necessário, doravante, pensá-lo na dimensão de uma profunda temporalidade. E isso se representa como um desafio à bioética, enquanto uma ética da vida, na medida em que o poder de interferência e manipulação dos seres vivos tem se tornado, com os avanços técnico-científicos, cada vez mais intenso e real.

1.5.1 A gestação de substituição e a dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda a criança que venha a nascer em virtude de técnicas de procriação artificial, devendo dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em ambiente familiar e com pessoas que as queiram, tendo direito à convivência familiar saudável. Seu bem estar deve ser assegurado acima de qualquer outro interesse, mesmo em conflito com os interesses de seus pais, sejam eles biológicos ou afetivos.

Um tema que gera discussão é a possibilidade da maternidade por substituição ou, gestação por outrem, onde se discute se deve ser autorizada a prática, mesmo que com fins exclusivamente humanitários, enfrentando-se ainda as dificuldades para a determinação da maternidade da criança, nos moldes da legislação atual. Neste caso também, como proteger a criança e garantir sua dignidade?

A prática da maternidade de substituição, para muitos autores, constitui ofensa à dignidade da mãe e do próprio nascituro. Ofensa à dignidade da mulher, porque tal locação descaracteriza o desenvolvimento da maternidade e reduz a mulher a mero organismo reprodutor: em contraste, contudo, com o conceito moderno de "maternidade responsável" e com o processo de emancipação feminina. E, também à dignidade do nascituro, pois é reduzido a *res* comerciável e sujeita a estipulação de valores, sendo objeto de contratação e, até mesmo, de conflitos judiciais.

O Conselho Federal de Medicina autoriza o recurso à técnica de maternidade substituta desde que a doadora temporária de útero seja da família daquela que não pode gerar, em parentesco até o segundo grau, descaracterizando a possibilidade de caráter lucrativo em virtude do aluguel do útero, tendo em vista que entre familiares há a solidariedade e a relação de afeto que evitará qualquer possibilidade de interesse lucrativo.

Haverá assim um pacto de gestação entre a mãe gestacional e a mãe genética, de maneira filantrópica, não sendo possível no Brasil nenhum contrato remuneratório de gestação, pois seria considerado nulo, em virtude do objeto ilícito, que seria a geração, e entrega do filho, tratado assim como uma mercadoria.

CAPÍTULO 2 O DIREITO CIVIL E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A gestação de substituição, onde acontece o projeto de duas ou mais mulheres proporcionarem o nascimento de uma criança, abala profundamente alguns institutos do Direito Civil, tendo em vista que há uma desestruturação do conceito tradicional de família.

2.1 Direito de família x gestação de substituição

O direito de família compõe por um conjunto de instituições de interesse público. Por ser base da sociedade, tem especial proteção do Estado, sendo, portanto, o ramo do direito que regulamenta as relações familiares do casamento, do parentesco e da união estável, no aspecto pessoal e patrimonial.

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe, ao lado da família criada pelo casamento, o reconhecimento de entidades outras, como formas de família, como bem demonstrado em seu artigo 226, parágrafos 3º e 4º, os quais preceituam:

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

[...]

§ 3º - para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento;

§ 4º - entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Entre as diversas funções da família, está a de proteger e a de procriar, uma vez que a mesma representa um dos instrumentos mais importantes na estrutura social, mantendo viva a transmissão de herança sociocultural, preparando o indivíduo para viver e conviver em sociedade, respeitando a liberdade individual de cada um.

A palavra família, no sentido popular e nos dicionários, significa um grupo de pessoas aparentadas que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a

mãe e os filhos. Ou ainda, pessoas de mesmo sangue, ascendência, linguagem, estirpe ou os admitidos por adoção (Holanda, 2004, p. 871).

Segundo preleciona Silvio Venosa (2006, p. 02) família, em sentido amplo, é entendida “como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar”. Diante disso, pode-se incluir como integrantes de uma família os ascendentes, descendentes, os colaterais e os parentes por afinidade. Ainda, conforme o autor citado, tem-se como conceito estrito de família o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar.

Portanto, pode-se afirmar que, em sentido lato, família é uma entidade formada por todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, provindas de um tronco ancestral comum; e em sentido estrito, como um conjunto de pessoas compreendidas pelos pais, ou um deles e sua prole.

Em decorrência da globalização e da aquisição de novos valores introduzidos na sociedade contemporânea, o modelo tradicional de família vem sendo substituído por uma definição mais moderna.

Situações antes inimagináveis vêm se tornando realidade, fazendo com que o mundo vá de encontro com fronteiras das mais variadas áreas da ciência, vindo à tona, no universo jurídico, inúmeros questionamentos que refletem diretamente no Direito de Família, que por sua vez sofre uma influência direta com os novos métodos de procriação, em relação às origens, critérios e efeitos da filiação.

Atualmente, a estrutura familiar no Brasil, não comporta mais a tradicional e arraigada concepção da necessária existência de um par para a criação de filhos. Porém, essas novas relações sociais que estão surgindo, necessitam de uma regularização para que em um futuro próximo, não se instale um verdadeiro caos nas varas de família, tendo os operadores do Direito que julgar fatos sociais ainda não contemplados pelo ordenamento jurídico vigente.

Deve-se ressaltar que o Código Civil de 2002, apesar de recente, já nasceu ultrapassado e carente de reformas, uma vez que temas presentes no cotidiano, e práticas cada vez mais crescentes, como a gestação de substituição, sequer foram esclarecidos ou abarcados no seu texto, enquanto outros foram abordados apenas superficialmente como é o caso da inseminação artificial prevista em seu artigo 1.597, senão vejamos:

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

Embora a gestação de substituição afete os laços familiares, causando dificuldade em se estabelecer a maternidade e a filiação daqueles que se utilizam dessa técnica, o Codex Civil se omitiu em definir a posição que cada um ocupa nessa relação.

Neste contexto, diante de tantas inovações, a bioética busca as respostas para uma série de desafios de difícil solução, sem que essas incertezas interrompam ou impeçam o avanço tecnológico.

Diante do exposto, conclui-se que a exploração desse tema é relevante pela sua atualidade, uma vez que atinge diretamente a vida da sociedade, onde se busca substituir as dificuldades dos legisladores e aplicadores da lei, diante da inexistência de previsão legal ou inadequação desta, pela busca de um sistema de normas que assegure a realização total das potencialidades humanas e da manutenção de sua dignidade.

2.2 Personalidade Jurídica do Nascituro

Como bem dispõe o Código Civil, em seu artigo 2º, “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”. Vê-se, portanto, que antes do nascimento, o nascituro não tem personalidade jurídica, mas como tem natureza humana merece proteção jurídica, logo, é detentor de direitos fundamentais, garantidos desde a concepção.

O atributo jurídico da pessoa passa a existir a partir do momento em que o feto sai do ventre da mãe, quer por parto natural, induzido ou artificial, e tenha vida. É a vida, portanto que dá a personalidade jurídica da pessoa.

Silva (2003, p. 52) considera que "é com o nascimento que a capacidade jurídica da pessoa humana se torna genérica, assegurando-lhe a aptidão para a titularidade de todos os direitos e deveres, sejam patrimoniais, sejam não-patrimoniais".

O nascituro já é um ser individual desde a sua concepção, pois de outra forma o Direito não teria a preocupação em considerá-lo objeto da tutela do Estado. Já há muito tempo não se discute a relevância do ser humano para o Direito, tanto que o Código Penal reconheceu a inviolabilidade da vida fetal ao determinar, em seu artigo 124, que constitui crime a provocação do aborto seja pela própria gestante ou por terceiro, mediante o consentimento desta.

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Na lei civil, o marco inicial da personalidade humana é fixado pelo começo da vida.

Consoante o entendimento de Holanda (2004, p. 1387), nascituro originariamente significa "aquele que há de nascer". Para Guimarães (2004, p. 406), nascituro seria "o ser humano concebido, mas ainda no ventre materno". Afirma ainda o mesmo autor que, o nascituro tem expectativa de direito, que se consolida com o nascimento com vida.

Desde a concepção até o nascimento com vida, o feto é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno, mas nem por isto pode ser considerado como pessoa, como de fato ainda não o é. Desta forma, a lei civil protege os interesses de um ser humano em formação, determinando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que o mesmo poderá vir a adquirir, caso se torne pessoa, o que acontecerá somente após o seu nascimento com vida.

Destaca-se assim, a diferença existente entre o nascituro, que foi gerado e concebido – possuindo apenas existência intra-uterina, e a criança, que já passou pelo nascimento com vida adquirindo o atributo de pessoa. Esta possui, conforme a legislação civilista, personalidade jurídica, enquanto que o primeiro possui apenas expectativa de direitos.

Segundo expõe Maria Helena Diniz (2003, p. 180):

Poder-se-ia até mesmo afirmar que a vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética

diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.

Dessa forma, o nascituro tem apenas personalidade jurídica formal, passando a ter personalidade jurídica material somente se nascer com vida, pois só então poderia ser um real titular de direitos.

Vê-se que o intento da lei é de proteger o nascituro, uma vida já existente, independentemente do seu grau de desenvolvimento e do meio em que se encontra.

Muito embora casais inférteis desejem ter filhos e busquem meios de realizar este sonho, este objetivo legal necessita de limites impostos pelo Estado, para que assim, o direito de outrem não seja prejudicado.

2.3 Direitos do Nascituro

Indubitável que a legislação defende os direitos do nascituro desde a sua geração. Se alguma dúvida existia com relação ao início desse direito, a nova redação do artigo 2º do Código Civil encerrou de uma vez por todas a polêmica ao pôr entre vírgulas a expressão desde a concepção, determinando o exato momento em que começa a proteção ao nascituro.

O direito contemporâneo brasileiro adota a linha de proteger os direitos do nascituro, considerando-o titular de uma expectativa de direito. Desta forma, torna-se estranha a diferenciação de tratamento que se impõe ao ser humano gerado por meio da inseminação *in vitro*, denominado embrião extra-uterino, pois não existem diferenças que justifiquem o tratamento jurídico desigual, uma vez que ambos constituem um ser humano em formação.

Alguns doutrinadores afirmam não ser o nascituro uma pessoa de direito, negando-lhe a personalidade jurídica, admitindo-se, tão somente, a condição de um ser humano em potencial, e em favor do qual a ordem jurídica põe a salvo eventuais direitos, enquanto do seu nascimento. Entretanto, é inquestionável que desde o momento da fecundação, quando surge a primeira célula humana - que é o zigoto -

o que se tem é vida, e uma vida totalmente diferenciada dos gametas masculinos e femininos que lhe deram origem.

Na esfera do Direito Penal mostra-se evidente a situação do nascituro como pessoa de direito, bastando destacar que o sujeito passivo do crime de aborto, é o feto. A vida humana seja ela independente ou não, é objeto da tutela jurisdicional do Estado, não importando para o Direito as condições permanentes, transitórias ou mesmo momentâneas da pessoa, para que tenha a proteção da norma penal, basta a condição de ser humano para que se tenha direito à proteção do Estado.

O legislador protege a pessoa humana desde a sua formação. Assim, a tutela penal ocorre antes mesmo do nascimento, por intermédio da descrição legal do crime de aborto. Sem dúvida alguma, o nascituro é um ser humano já concebido, mas que ainda está por nascer.

Convém lembrar que, no campo do Direito Patrimonial, embora o ordenamento jurídico não reconheça a personalidade no nascituro, leva-se em consideração que em breve a terá e, desta forma, resguarda os seus interesses.

Com base nesses princípios é que foi enunciada pelos jurisconsultos clássicos a regra geral *in rerum natura esse*, ou seja, quando se tratar de vantagens em favor do nascituro, deve-se considerá-lo como se estivesse vivo. Desta forma, pondera-se que só se pode negar proteção ao nascituro se admitir-se que nesta fase iniciante do ser se possa considerá-lo uma coisa sem vida, ou então um ser que não seja humano.

Resguardar os direitos do nascituro desde a sua concepção, garantido na lei brasileira, é fórmula ampla que deve ser preservada acima de divergências doutrinárias. Em um momento histórico atual em que se defende o crescimento dos Direitos Humanos, omitir ou ponderar discutível a cláusula desde a concepção, seria, no mínimo, contraditório.

Ante o exposto, observa-se que são asseguradas ao nascituro, inúmeras prerrogativas dentre as quais se destaca: o direito à vida, à sucessão, à alimentos.

No que se refere ao direito à vida, está ele assegurado constitucionalmente, sendo “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida” (CF/88, art. 227).

Pedro Lenza (2005, p. 470) afirma que “o direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”.

Segundo o constitucionalista Alexandre de Moraes (2003, p. 63):

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina. (sic)

Com base nestas assertivas é que o nascituro tem o direito de se desenvolver naturalmente no útero materno para que possa nascer e viver dignamente. Tanto é que lhe é assegurada a proteção em relação ao aborto, e a possíveis danos à sua integridade física e moral.

Tratando-se do direito sucessório, este se origina da filiação e, a partir da determinação do vínculo de paternidade ou maternidade, será resolvido. Esta é uma condição *sine qua non* para que haja sucessão recíproca entre pais e filhos.

Não há dúvidas de que o filho de uma pessoa, mesmo que tenha nascido por qualquer das técnicas de reprodução assistida, terá os mesmos direitos e deveres dos demais filhos dessa pessoa, pois para herdar, basta que tenha sido concebido ao tempo da abertura da sucessão, que venha a nascer com vida e que seja filho do *de cuius*.

Se o nascituro é proveniente do sêmen do marido, do óvulo e do útero da esposa, ele será filho e herdeiro legítimo, uma vez que o direito sucessório prolonga sem ruptura o vínculo da filiação.

Mas, quando um terceiro elemento é introduzido no processo de procriação, quer dizer, se o sêmen pertencer ao marido, o óvulo pertencer a esposa e a gestação ocorrer em um útero hospedeiro, este terceiro componente (mãe substituta) poderá gerar um conflito no estabelecimento da filiação.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência consideram mãe para efeitos sucessórios, aquela mulher que deu à luz a criança depois de gestá-la em seu corpo. Então, no caso da gestação substituta haveria confusão, visto que a criança ficaria com o casal que fez o projeto parental. Como afirmar que nesse caso a criança teria direitos sucessórios em relação àquela, e não a estes? E se o casal vier a falecer antes do nascimento da criança? Estes são apenas alguns dos questionamentos em torno deste tema polêmico, que será abordado adiante.

No que se refere ao direito a alimentos, este é defendido ao nascituro apenas pelos seguidores da doutrina concepcionista, os quais consideram o nascituro como pessoa, sendo titular de direitos separados dos de sua genitora.

Conforme preceitua o artigo 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Complementando o dispositivo citado anteriormente, o artigo 8º do aludido estatuto, assegura à “gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”. Ou seja, assegura proteção não só a gestante como também, a criança apenas concebida. O parágrafo 3º do referido artigo ressalta que “incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e a nutriz que dele necessitem”.

Baseado nesses dispositivos pode-se assegurar, com firmeza, que o nascituro terá direito a requerer alimentos.

A possibilidade de ajuizar ação de alimentos, antes do nascimento da criança, por previsão expressa do Estatuto, é totalmente possível, já que o intuito é de garantir o bom desenvolvimento da criança, desde sua concepção.

No que concerne à gestação de substituição, Gama (2003, p. 935) leciona que mesmo que não se admita tal prática, é imperioso observar que na eventualidade dela ser efetivada, deverá ser reconhecido e resguardado o interesse do nascituro relacionado à existência de condições materiais e imateriais suficientes para o pleno desenvolvimento do feto (nascituro), permitindo seu nascimento e crescimento harmonioso. Assim, poderá o juiz nomear curador ao nascituro que, preferencialmente não seja a gestante, nem logicamente os cônjuges ou companheiros que a contrataram, a título gratuito, para gestar o embrião. Na eventualidade da dissolução da sociedade conjugal ou companheiril, mesmo no caso de ainda não ter nascido a criança, haverá tutela em favor dos interesses do

nascituro quanto ao seu pleno e sadio desenvolvimento, tendo como principais devedores de alimentos seus futuros pais (Gama, 2003, p. 936).

2.4 O nascituro frente às novas técnicas de procriação

A ciência parece vir modificar por completo as noções tradicionais de procriação e de filiação. No entanto, as instituições fundamentais, a reunião de um homem, uma mulher e seus filhos no seio de uma família, subsistem, apesar das transformações por que passam atualmente.

No geral, o nascituro pertence à mulher que o trouxe ao mundo e ao homem que o gerou. Entretanto, isto não é o essencial ou o fato primordial a ser contemplado. Sob o ponto de vista jurídico, o nascituro é, antes de tudo, um elemento do contexto social, pouco importando se no interior da família em que se encontre haja laços biológicos ou afetivos.

A partir do momento que o Direito ocupa-se de um ser humano de forma essencial, quer dizer, quanto a sua existência, não o faz para estabelecer relações com outros seres humanos. Pois como já abordado anteriormente, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas, desde sua geração, o nascituro já é um ser individual, razão pela qual o Direito considera-o como objeto de tutela do Estado.

O objetivo da lei é proteger o nascituro, independentemente da forma em que foi concebido e do seu grau de desenvolvimento. Porém, com a gestação de substituição, em que há duas mães ou mais para um mesmo ser, este objetivo legal demonstra, cada vez mais, a necessidade de sistematização e complementação legal.

É fundamental que se tenha em mente que o desenvolvimento científico nem sempre é humanamente um progresso.

O direito à vida é um direito fundamental, o mais importante de todos os direitos, assim, reconhecendo a vida como um bem jurídico, tutelado constitucionalmente, deve-se disciplinar o sistema legal que visa proteger tal prerrogativa.

Porém, não se deve avaliar unicamente o direito a vida, que já é reconhecido ao nascituro, mas, principalmente o valor da vida humana em relação ao avanço tecnológico e científico.

Deverá haver, em algum momento, um limite além do qual a Ciência não possa ultrapassar em respeito à ética e à moral. Não se sabe que limites serão esses, mas é certo que não devem se fundar nos atributos de desenvolvimento, tamanho, forma ou idade dos seres, pois isto significaria conceder aos adultos status mais elevado do que às crianças e a estas mais vantagens em relação aos embriões.

CAPÍTULO 3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Através da ciência, o ser humano cada vez mais transpõe barreiras antes inimagináveis de serem rompidas, chegando a ponto de conceber sem cópula sexual. Entretanto diversos conflitos juntamente com os benefícios advindos do progresso científico, surgiram, cabendo ao Direito buscar solucioná-los. Atualmente, tem-se hipóteses concretas que podem gerar inúmeras celeumas jurídicas, entre elas, a implantação do embrião em mãe substituta.

A chamada gestação de substituição está indicada em virtude do estado do útero da mãe biológica não permitir o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe. Ocorre quando uma mulher dispõe-se a emprestar temporariamente seu útero para a obtenção de uma criança, a qual deverá ser entregue ao casal, assim que der a luz.

No Brasil, a gestação de substituição está prevista apenas na Resolução nº. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, na qual permite-se apenas o uso da citada técnica na hipótese da existência de algum problema médico que impeça a gestação na doadora biológica, bem como a doadora temporária do útero seja parente até segundo grau da doadora genética, e que a substituição não tenha caráter lucrativo ou comercial.

Inúmeras são as polêmicas envolvendo a gestação de substituição, especialmente diante da circunstância de que a mulher grávida é a pessoa que gestará, durante longo período de tempo, o embrião até o seu nascimento e, provavelmente, neste período muitos acontecimentos podem alterar o estado anímico da gestante a ponto dela não mais pretender entregar a criança logo após seu nascimento ao casal solicitante, independentemente da procedência do óvulo e do espermatozóide que serviram para a concepção. O que tem levado os tribunais de alguns países a ter que solucionar os conflitos que surgem envolvendo as pessoas da família solicitante e as pessoas da família da mulher que emprestou seu corpo para a gestação.

Ainda que se saiba que a gravidez e o parto, atualmente podem decorrer de outro fato jurídico que não a relação sexual, e que especialmente não envolvem o material genético da mulher gestante, os valores culturais ainda se revelam bastante atrelados à vinculação das noções de maternidade e gravidez, além de maternidade

e parto, o que reforça a convicção quanto a ser atentatória à dignidade da pessoa humana a gravidez por outrem, ao menos no estado atual da civilização ocidental atinente à tradição judaico-cristã.

Muitas são as perguntas sem respostas, diante do desarmamento jurídico a respeito dessa inusitada técnica como: qual o estatuto legal da criança ao nascer? Quais são os direitos e obrigações da mãe substituta durante a gestação? Quais são os direitos e obrigações dos pais naturais e de sua esposa (se houver), durante a gravidez? Como seriam resolvidos os casos de contracepção e interrupção da gravidez, perante também, a doadora do óvulo ou a mulher que solicitou a gravidez? Quais os direitos e obrigações das respectivas partes após o nascimento com vida? Como seria resolvida a situação, no caso do nascimento sem vida? E se a gestante morrer por ocasião do parto? Poderá a mãe substituta receber recompensa financeira? Seria lícito considerar a gravidez como bem de trabalho? Poderia se pressupor a locação de gravidez? Que medidas deve a mãe substituta tomar para abdicar de seus direitos como mãe? E se o casal recusar o recebimento da criança diante de problemas físicos ou mentais apresentados pela criança (ou mesmo diante do arrependimento)? Quais as medidas cabíveis para o pai natural adotar, garantir ou reivindicar seus direitos como pai? Em que medida e extensão deve ocorrer a regulamentação dessa prática?

Todas essas interrogações servem para demonstrar, a grave e profunda dimensão do problema, tendo em vista, os vários aspectos decisivos para a vida do homem concernentes à personalidade, ao estado civil, à filiação, com repercussão em outras searas do Direito, surgidas com a utilização dessa forma de procriação humana.

O que convém dizer é que, nos casos de maternidade de substituição, as conseqüências psicológicas podem ser graves tanto para o bebê quanto para a mãe gestadora, pois é sabido que durante a gravidez ocorre um intenso processo de afeto e dependência entre mãe e filho. Essa relação não acaba com o nascimento, mas intensifica-se com a busca do bebê pelo olhar protetor de sua mãe. Todos esses aspectos devem ser levados em conta no momento de se legislar a respeito do tema, visando sempre o bem maior da criança.

Considerando os conflitos psicológicos que surgem com a maternidade de empréstimo, acredita-se não ser essa ainda a melhor forma de resolver o problema da infertilidade feminina. Decerto que as pessoas estéreis têm direito a buscar a

realização do desejo de ter um filho, mas desde que isso não cause dano a ninguém. A própria ciência caminha rumo ao fim das "barrigas de aluguel" com a chamada "gestação sem mãe", possível através do útero artificial.

As experiências com embrião humano não estão longe de acontecer e será uma solução não somente à maternidade de substituição, mas também aos casos, cada vez mais freqüentes, de bebês prematuros. Entretanto, a possibilidade do uso do útero artificial por seres humanos exige ainda um longo processo.

3.1 Das Relações de Parentesco Decorrentes da Gestação de Substituição

As relações de parentesco são profundamente afetadas pela prática da gestação de substituição, visto que causa uma confusão no papel que cada um exerce no grupo familiar, principalmente na forma em que ela ocorre no Brasil, onde só é permitido o empréstimo de útero em parentes até o segundo grau. Desse modo, bastante difícil seria identificar em uma família onde a avó fosse a mãe substituta, a sua relação com a criança, seria uma mãe-avó? E a mãe biológica seria uma mãe-irmã? E a presunção de paternidade, como seria estabelecida nesse caso, já que de acordo com o código civil, o pai seria o marido da parturiente, ou seja, o avô da criança? Deve-se legislar a respeito do assunto, ainda mesmo para que se evitem relações incestuosas, como no caso de a mãe substituta ser também a mãe do pai biológico da criança.

3.1.1 Quanto à filiação

Em se tratando de família, o principal vínculo que se pode estabelecer no Direito de Família é a relação de parentesco entre pais e filhos, também chamada filiação.

A filiação pode ser estabelecida pelo parentesco por consangüinidade (natural), que corresponde ao vínculo entre mãe/pai ascendente e filho descendente.

Como também pode ser estabelecida por parentesco civil, por um meio de processo de adoção, por exemplo.

Quando se fala em prática de maternidade de substituição, fala-se em plena desestruturação dos conceitos de filiação, porquanto que esse processo permite uma total dissociação das etapas do processo de procriar: conceber, gerar e ser mãe.

Nesse processo de reprodução que pode envolver até três mães, uma biológica que viabiliza seu óvulo para a concepção, uma que disponibiliza seu útero, mesmo que temporariamente, para a geração e gestação de uma criança, e outra que pretende ficar com a criança, são constantes as indagações de ordem ética, moral e, principalmente sobre como se estabelecer à filiação.

Sendo as funções da maternidade desenvolvidas e desempenhadas de forma distribuídas entre várias pessoas, conclui-se, diante das lacunas da lei, que a criança estará diante de três mães, ou de nenhuma. Pode ainda ter criança sem mãe e também sem pais e tiver ocorrido mera doação de gametas. Poderão existir também seres sem mãe, visto que a mãe social não é a mãe por não se beneficiar de nenhum critério de atribuição de maternidade; a mãe biológica não é mãe, porque se constitui em mera doadora de gametas; e a mãe portadora não é mãe, visto não se constituir a gestação em título de atribuição de maternidade.

Segundo o famoso filósofo Elio Sgrechia, (*apud* Santos, 2001, p. 131), na gestação substituta:

Caracteriza-se assim uma manifestação da corporeidade do filho, que recebe o patrimônio genético de duas pessoas, enquanto recebe o sangue, a nutrição e a comunicação vital intra-uterina (com conseqüências também em nível psíquico) de uma outra pessoa, a mãe substituta. Tudo isto determina uma série de abusos em relação não somente ao matrimônio, como também ao filho, que é assim tratado como um exemplar animal e não como uma pessoa que tem o direito de reconhecer seus próprios pais e de se identificar com eles.

É importante destacar que, um dos elementos norteadores na solução de qualquer embate jurídico acerca da reprodução assistida é o principio do melhor interesse da criança, visto que, casais que recorrem a procriação artificial buscam a

plenitude da família como comunidade de afeto. Logo, qualquer interesse diverso do afetivo deve ser retaliado.

Um outro elemento norteador do uso da maternidade em substituição é o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve balizar o implemento das novas biotecnologias a serviço da reprodução.

3.1.2 Quanto à maternidade

Com relação à maternidade observa-se que o princípio segundo o qual a mãe é sempre certa ficou literalmente abalado pelas novas técnicas de reprodução assistida com a utilização da figura da maternidade por substituição.

Até recentemente, poder-se-ia afirmar, com relativa segurança, ser a identidade da mãe sempre certa enquanto a do pai era presumida, ou seja, esta identidade baseava-se nos princípios "*mater semper certa est*" (a mãe é sempre certa) e "*pater semper incertus est*" (o pai é sempre incerto).

Antigamente, a mãe era sempre certa pois era impossível fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, sendo certo que a mãe era aquela que estava gestando o nascituro.

Nos dias de hoje a certeza em relação à maternidade está abalada, tendo em vista que, a mãe pode ser a que está gestando o filho, bem como a que forneceu o óvulo para fecundação, ou até a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e contratou a barriga de substituição para gestá-lo (mãe sócioafetiva). Para o ordenamento jurídico pátrio consagra-se a idéia de que a mãe é a que gestou e deu a luz.

Se a mãe doadora do óvulo for fecundada com sêmen de seu marido ou de terceiro, e ela própria gestar o concebido, não restam dúvidas de que será tida como a mãe da criança, tendo em vista a coincidência do material genético, sócio-afetivo e gestacional.

Porém, o ponto de maior dificuldade ocorre quando a mãe gestante for diferente da mãe biológica. Podendo, nestes casos, ocorrer o conflito negativo ou positivo da maternidade.

O conflito positivo ocorre quando várias mães reclamam para si a maternidade da criança, e o conflito negativo ocorrerá quando nenhuma das mães assumirem a maternidade da criança.

Existem tendências doutrinárias mundiais que acreditam que a melhor solução seria a de atribuir maternidade à mãe que gerou a criança, porém, não é esta uma solução pacífica.

Se ficar evidenciado que a mãe que gerou não possui condições, psicológicas e sociais, de criar a criança, esta solução poderá ser modificada, entregando-se a criança à mãe que melhor atender aos seus interesses, podendo ser a biológica ou socioafetiva.

Segundo alguns doutrinadores, a problemática se torna maior quando o conflito é negativo, pois a ausência de interesse de qualquer das partes levará à necessidade de, inicialmente, atribuir-se a guarda da criança a uma terceira pessoa, enquanto aguarda-se a decisão judicial da maternidade.

No caso de nenhuma das mães quererem o recém-nascido (por ter o casal desistido, durante a gestação ou depois do nascimento, em virtude do bebê não corresponder ao desejado, e a mãe substituta, que desde o início não desejava um filho, pois estaria apenas cumprindo sua parte no acordo, a de dar a luz e entregar a criança), a situação vira-se contra o filho, que ficará sem filiação a mercê dos serviços de assistência social, devendo ser entregue para adoção.

Mas, não menos desafiador, seria decidir a guarda da criança no conflito positivo, visto que de um lado existe a mãe biológica, que além de fornecer o elemento gerador, o óvulo, passa nove meses alimentando o desejo da maternidade; e do outro lado, está a mãe gestacional, que emprega suas energias físicas e psíquicas na formação de um novo ser, sujeitando-se aos riscos e desconfortos da gravidez e do parto.

Este método de procriação artificial traz graves prejuízos a personalidade moral e física da mulher que é despojada da sua maternidade, dando origem a conflitos psicológicos e afetivos em relação a si mesma, e ao recém-nascido.

Oliveira (2000, p. 49) relata que o arrependimento é psicologicamente comum, verificando-se que a mulher só consegue avaliar a extensão do seu ato durante a gravidez, e não na fase do acordo com o casal infértil.

Atualmente, no pertinente a determinação da maternidade (gestacional ou biológica), estabeleceu-se que a melhor maternidade é a que proporcionará uma

melhor vida à criança. Com isso, não se quer esquecer os sentimentos que envolvem estas mães, e sim priorizar o direito da criança de ser criada com as melhores condições possíveis, haja vista ser este o ônus que as mães devem suportar, por serem capazes, e proporcionalmente responsáveis pelo nascimento da mesma.

3.2 Do Registro Civil da Criança Nascida por Gestação de Substituição

Outra questão a ser suscitada é em relação ao registro civil da criança proveniente da gestação de substituição. Nesse caso, o registro deve ser feito em nome da mulher que emprestou seu útero, com base na declaração de nascido vivo emitida pelo hospital ou maternidade, ou em nome dos pais biológicos, no caso de estes serem reconhecidos pela ciência médica como os verdadeiros pais?

Certamente, na maioria das vezes, o hospital ou maternidade, após o parto, na declaração de nascido vivo a ser emitida, fará constar como mãe a parturiente, e não a mãe biológica ou social, quer por desconhecer o fato a se tratar de gestação de substituição, quer em face da ausência de legislação regulando a matéria, quer por não possuir certeza de quem seja a verdadeira mãe, sendo por presunção a parturiente.

A doutrina e a jurisprudência consideram mãe, para efeitos de registro e de direitos sucessórios, aquela mulher que deu à luz a criança depois de gestação no seu corpo. A mãe social não teria como registrá-la em seu nome, visto que o parto foi dado em outra mulher, e registrar parto de outrem como seu é uma prática vedada pelo Código Penal, em seu artigo 242, *in verbis*:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Este problema pode ser resolvido, concedendo-se, a princípio, a maternidade a mulher que deu à luz a criança, ao mesmo tempo, deve ser estabelecida, legalmente, a possibilidade de que a “mãe idealizadora” a adote imediatamente, caso a “mãe legal” concorde com isso. Porém, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 42, §1º, proíbe expressamente a adoção de descendentes por ascendentes e por irmãos do adotando. Então, como conceber que a mãe biológica possa adotar seu próprio rebento? Não faz o menor sentido adotar quem já é filho.

Como a legislação pátria não permite a adoção de filhos biológicos, outra solução seria emitir a declaração de nascido vivo do hospital em nome da mãe social, entretanto, como assegurar que as declarações daquela mulher são verdadeiras. A certeza que o médico tem, é em relação à parturiente, e não com a biológica. Ao menos que o médico que realize o parto seja o mesmo que acompanhou todo o processo de procriação artificial.

Santos (2001, p. 142), relata que um julgado recente da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (n. 66/00) determinou o registro de trigêmeos nascidos por via de gestação de substituição em nome da doadora do óvulo. No caso, todavia, não havia disputa entre a doadora e a portadora, sendo esta sobrinha daquela. Tratava-se de processo não-contencioso, suscitado pelo Cartório de Registro de Nascimento, cujo oficial não sabia em nome de quem registrar as crianças, visto que a mãe genética se apresentava como tal e o documento da maternidade apontava que o parto fora realizado pela mãe gestante. Como não foi o caso de um “comércio carnal”, o juiz concedeu tutela àquela “paternidade de intenção”, o que a autora chama de “adoção brasileira por via judicial”.

Certamente, enquanto o Direito não se posicionar a respeito dessa problemática, muitos casos irão parar nos Tribunais, principalmente quando houver disputa pela criança, situação em que os juízes deverão decidir de forma a preservar ao máximo os interesses do menor em questão.

3.3 O Pacto de Gestação no Brasil

Atualmente o pacto de gestação no Brasil está amparado pela Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que permite a prática de tal acordo, desde a doadora seja parente até segundo grau da mãe substituta, de forma a garantir o caráter altruístico dessa relação, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina, pois caso exista impedimento físico ou clínico para que a mulher, doadora genética, possa levar a termo uma gravidez, é terminantemente vedada a remuneração pelos serviços de aluguel de útero.

Portanto, a mãe substituta é uma figura permitida, de acordo com as exigências especificadas na resolução, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina, pois entre familiares existe uma maior cumplicidade, solidariedade, compreensão e intimidade, sejam em linha reta ou colateral. Pode-se dizer que a vinculação ao parentesco tem o objetivo de suavizar as conseqüências decorrentes da imprecisão jurídica quanto à determinação da maternidade nessa prática, tendo em vista que a criança manterá laços afetivos com as duas mulheres que proporcionaram seu nascimento.

Outra exigência é a limitação em procriar da mãe substituta, por ser acometida de infertilidade que a impeça ou contra-indique a gestação. Não se aceita, portanto, a utilização deste método apenas por vaidade da mulher que não quer se submeter aos desconfortos da gestação ou em razão de suas atividades profissionais.

Há ainda o impedimento de cobrança de valores para o pacto de gestação, para se evitar um comércio carnal, mediante exploração de mulheres menos favorecidas sob o prisma econômico. Assim, o casal não poderá valer-se de convenção, para obrigar a mãe substituta ao recebimento de certos valores, pois o objeto do acordo se tornaria ilícito, frente as disposições presentes na resolução citada, que permite tal procedimento.

Nessa linha, Heloisa Helena Barbosa (*apud* Gama, 2003, p. 859) invoca o artigo 199, §4º, da Constituição Federal, que – apesar de não se aplicar diretamente aos casos de maternidade de substituição – impede qualquer comercialização do

corpo humano, impossibilitando também a cessão gratuita do útero por comprometer os laços jurídico-familiares.

Uma abertura do rol das genitoras potenciais levaria, inexoravelmente, a contratos camuflados de "barriga de aluguel", especialmente num país com diferenças sociais tão grandes como o Brasil, onde é relativamente fácil achar mulheres dispostas a se submeter a uma gravidez de substituição em troca de vantagens econômicas.

A experiência mostra como os acordos de aluguel causam graves danos psicológicos e sociais à mãe de aluguel, e o discurso de uma mulher submetida ao procedimento de mãe de substituição para um casal infértil, revela bem que tudo que se faz é transferir a dor de uma mulher para outra, de uma mulher que esta sofrendo com a sua infertilidade a uma que tem de desistir do seu bebê.

Destarte, no Brasil o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher portadora do material genético. Infelizmente não encontramos além da Resolução do Conselho de Saúde outro dispositivo que trate da gestação de substituição, restando assim aplicá-la em todas as situações.

3.4 Necessidade de regulamentação jurídica

A análise da utilização da gestação de substituição sob o ponto de vista jurídico, trás à tona questões polêmicas e de difícil resolução. Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro uma lei específica que discipline em sua totalidade o tema, tanto no aspecto de determinação da maternidade, quanto na permissão ou vedação de sua realização, sendo a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a única fonte normativa orientadora de tais procedimentos.

No Brasil há um crescimento expressivo do número de clínicas que intermedeiam a gestação por substituição, em decorrência de uma grande demanda de interessados, fato que justifica a urgência em legislar de forma a estabelecer critérios e responsabilidades dos profissionais que a utilizam, bem como resguardar os direitos das pessoas que investem esperanças e patrimônio na busca da realização do sonho de ter um filho.

Imperioso destacar que o Código Civil de 2002, apesar de ter trazido grandes avanços, não trouxe qualquer regulamentação acerca da gestação de substituição, nem tão pouco, da controvérsia sobre quem teria direito à criança, caso haja disputa entre a mãe gestacional e a mãe genética, ou caso haja uma terceira mãe, a sócio-afetiva.

Seguindo o caminho traçado pela Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, alguns legisladores propuseram tardiamente projetos de lei referentes à matéria. Quase a unanimidade de tais projetos segue fielmente as disposições constantes da resolução acima citada, em nada inovando a respeito dos reflexos jurídicos e das conseqüências advindas do uso das técnicas artificiais de reprodução.

Portanto, mesmo que as clínicas especializadas em reprodução humana assistida, estejam atuando a todo o vapor, em face do volume de pessoas inférteis que anseiam por filhos, não existe nenhuma lei que as ampare ou que regule os seus procedimentos ou os reflexos jurídicos advindos de tais técnicas, pois a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, somente serve para traçar os caminhos éticos a serem seguidos pelos médicos e clínicas, haja vista não possuir força de lei.

No caso de haver descumprimento do disposto em tal resolução, só há como punir os médicos que intermedeiam a gestação substituta, apenas com sanção administrativa, não há como puni-los criminalmente. E quanto às outras partes envolvidas, nada se pode fazer, visto que não há nenhuma lei que as vincule.

Portanto, a carência de legislação específica, faz com que a gestação substituta seja livremente praticada, explorada e consentida, sem que haja nenhum controle legal a respeito, posto que a sua prática não é proibida por lei.

A maioria dos países se posiciona proibindo a maternidade por substituição, por ferir gravemente as relações de parentesco e mesmo os que permitem, enfrentam constantes embates judiciais envolvendo a maternidade por substituição.

No Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais, relativamente a maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a licitude da prática da gestação de substituição, conforme foi analisado, mesmo na modalidade gratuita. Porém, em havendo a prática, mesmo que de forma ilícita, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles,

o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema.

Várias são as razões pelas quais levam um casal à busca de outras formas de reprodução, na ânsia de ter um filho. No caso das mães de substituição é difícil aceitar tais razões, pois a técnica pretendida se reveste de um descomedimento não encontrável nos outros recursos. É este excesso que precisa ser podado por futuras legislações, de modo a evitar que a busca de satisfação para os pais acabe por criar mais um candidato à adoção, no caso de ninguém querer ficar com a criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões tratadas pela Bioética e o Biodireito ainda são revestidas de certos tabus. Por estarem diretamente ligadas ao bem maior que é a vida. Dessa forma a pesquisa foi motivada pela curiosidade e o desejo de quebrar alguns preconceitos e dúvidas sobre o tema.

Levando em conta que a ciência jurídica, como sistema de normas impostas, é reflexo da sociedade que está freqüentemente em processo evolutório e transformativo, cabe ao legislador, como elaborador destas normas, acompanhar a dinamicidade social garantindo a ética e os princípios correspondentes aos direitos de cada um. O Biodireito como ramo dessa ciência nasceu para cuidar das circunstâncias éticas, morais e jurídicas que envolvem o desenvolvimento de tecnologias na área do corpo humano, como é o caso da reprodução e fertilidade.

A reprodução humana assistida é uma realidade. Não há como ignorar seus benefícios, mas, devem-se procurar meios de utilizá-la de modo a servir à sociedade, sem perder de vista o respeito a dignidade humana e o equilíbrio das relações sociais. Nessa esfera encontra-se a gestação de substituição que foi tratada nesta pesquisa.

Viu-se que a gestação de substituição vem prevista no Brasil apenas pela Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. De acordo com esse dispositivo a gestação só pode ocorrer em casos de problema médico que venha impedir a gestação da doadora biológica, determinando ainda que a doadora temporária do útero seja parente até segundo grau da doadora genética, excluídos portanto, os casos que envolvam caráter lucrativo ou comercial.

O trabalho tentou esclarecer algumas dúvidas sobre o tema através da análise de doutrinas, artigos da internet entre outros. Por essa análise constatou-se que qualquer conflito envolvendo a reprodução assistida deve seguir o princípio do melhor interesse da criança.

Observou-se que os conceitos legais consideram mãe aquela mulher que deu à luz, indicando que a filiação resulta do nascimento. Entretanto, nem sempre o critério da consangüinidade é o mais importante, como bem se sabe, o que vale e o que embasa a família são as relações de afeto, carinho e amor, sendo esse um

princípio constitucionalmente defendido além de também vir previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra questão apresentada no trabalho foi a que trata do registro civil da criança nascida por gestação de substituição, sendo que geralmente ela é registrada no nome da mãe que deu à luz. Vários embates nesse sentido vão parar nos tribunais, contudo acredita-se que a criança deve ser registrada no nome no nome daqueles que a desejaram desde o início ou os que possuem as melhores condições estruturais, psicológicas e afetivas em relação ao recém-nascido. Este problema pode ser resolvido também, concedendo-se a princípio a maternidade à mulher que deu à luz a criança; ao mesmo tempo, deve ser estabelecida, legalmente, a possibilidade de que a “mãe idealizadora” a adote imediatamente, caso a “mãe legal” concorde com isso.

Apresentou-se que os beneficiários não podem se eximir da sua responsabilidade em relação ao filho gerado por sua iniciativa; ainda que eles desistam da adoção após o nascimento, deverão responder civilmente pelos alimentos da criança, que obviamente ficará com a mãe que emprestou o útero, ou seja, a geratriz. No caso da recusa do recém-nascido por ambas as partes, a criança deverá ser liberada para a adoção por terceiros, sob manutenção da responsabilidade jurídica das duas “mães”.

Por fim, percebeu-se que no Brasil o pacto de gestação não é proibido, entretanto carece de maior tratamento no ordenamento jurídico, pois só assim evitará que injustiças aconteçam cumprindo efetivamente o papel do Direito que é promover o bem-estar da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acesso em: 16 de setembro de 2007.

BRASIL, *Código Civil (2002)*. Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2006.

_____, *Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)*. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 2007.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Editora das Américas S.A, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. *Direito civil brasileiro – Direito de Família*. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. *Direito civil brasileiro – Direito das Sucessões*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação – O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. 6. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2004.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*: 3.ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil - Princípios éticos e Jurídicos*. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (coord.). *Temas Polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JR, Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Parte Geral*. 34 ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2003.

_____. *Direito Civil - Direito de Família*. 28 ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (coord.). *Biodireito: Ciência da Vida, os novos desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 1998.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito - a nova fronteira dos direitos humanos*. Editora LTR, São Paulo, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil - direito de família*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BERNARDO, Karla. Gravidez de substituição: uma mágica história real. Disponível em: <http://www.ghente.org/entrevistas/entrevista_gravidezsubst.htm> Acesso em 20 de set. 2007.

COLARES, Juliana. Avó é mãe duas vezes. E dessa vez? Disponível em: <<http://www.pernambuco.com/ultimas/nota.asp?materia=2007919141520&assunto=71&onde=21>> Acesso em 18 de out. 2007.

GOLDIM, José Roberto. Maternidade Substitutiva. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/matsub.htm>> Acesso em 17 de set. 2007.

GRANJA, Aline Ferraz de Gouveia. Filiação afetiva nas técnicas de reprodução assistida heteróloga, uma abordagem geral. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1551>> Acesso em 29 de set. 2007.

LIMA JUNIOR, Einardo de Sousa. Maternidade de substituição, uma abordagem geral. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=316>> Acesso em 15 de set. 2007.

NERY, Bruna Barreto. Gestação por substituição: A ciência em busca do homem. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/21/06/2106/p.shtml>> Acesso em 16 de set. 2007.

ANEXOS

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

ANEXO 1 RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

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.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá carácter lucrativa ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de carácter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.
- 2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.
- 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

- 1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
- 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
- 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO 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 contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.