



GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: DIREITO A TER UM FILHO

PREGNANCY OF REPLACEMENT: THE RIGHT TO HAVE A CHILD

Flávia Alessandra Naves Silva*

RESUMO: A comunidade científica tem desenvolvido trabalho para encontrar soluções e respostas que conduzam à evolução da ciência e da técnica frente à natural impossibilidade ou dificuldade humana no ato da reprodução. O objetivo deste trabalho é esclarecer os principais conceitos acerca da prática de reprodução medicamente assistida, em especial a que possibilita e evidencia a gestação de substituição, com a identificação jurídica da maternidade. A procriação medicamente assistida tem desembocado em diversos conflitos jurídicos, alguns dos quais sem qualquer solução legislativa presente, como é o caso da determinação da maternidade para as mulheres impossibilitadas de gerar e gestar seu filho, que se socorrem da maternidade de substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”.

Palavras-chave: Reprodução assistida. Fecundação *in vitro*. Gestação de substituição. Útero de empréstimo. Barriga de aluguel.

ABSTRACT: *The scientific community has been developing works to find solutions and answers that lead to evolution of sciences and techniques in view of the natural impossibility or human difficulty in reproduction/conceiving. This paper aims at clarifying the main concepts regarding the medically assisted reproduction practices, specially the one which enables and evidences surrogacy, with the legal identification of motherhood. Medically assisted procreation has led to various legal battles, some of which have found no solution in current legislation, such as the case of determining motherhood for women who are unable to generate and conceive their own child, who resort to surrogacy, vulgarly known as “belly or rent”.*

Keywords: *Assisted reproduction in vitro fertilization. Gestation of replacement. Uterus of loan. Belly of rent.*

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP, advogada e docente.



Introdução

O desenvolvimento das técnicas de reprodução humana medicamente assistida criou toda uma problemática a ser solucionada pelo direito e pelo ordenamento jurídico, hoje na seara da bioética e do biodireito, ciências bastantes contemporâneas, nas quais a vida e o ordenamento jurídico se encontram, cuja associação é claramente impossível de ser cindida.

Com a pretensão de promover certa desbiologização das relações parentais, busca-se neste trabalho traçar um paralelo entre obras já escritas sobre o tema, entretanto sob o prisma da presunção da maternidade, dado que esse conceito é cada dia mais relativizado, por não ser possível, especialmente no estado atual da biomedicina e do direito, afirmar-se a maternidade com base nos sinais exteriores que ela apresenta (gravidez e parto).

A genética trouxe para a realidade hodierna uma problematização contida até então somente no mundo masculino (identificação da paternidade), que doravante poderá ser sentida também no universo feminino.

O objetivo é estabelecer a presunção, apresentando as soluções do direito pátrio e estrangeiro em resposta à pergunta “quem é a mãe?”, bem como esclarecer os principais conceitos acerca da prática de reprodução medicamente assistida, em especial a fecundação *in vitro* e a gestação de substituição, alertando para as consequências quanto à determinação da maternidade para as mulheres impossibilitadas de gerar e gestar seu filho, que se socorrem da gestação de substituição, vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”.

A cada ano, 500.000 mulheres no mundo, 25.000 delas no Brasil, submetem-se a tratamentos de fertilidade¹. No contexto jurídico mundial, reconhece-se

plenamente o direito à procriação como inerente à espécie humana e, nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da resolução da III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, disciplina o direito de fundar uma família.

A Constituição Federal brasileira de 1988, nos artigos 5.º, *caput* e incisos VI e XI, 218 e 226, parágrafo 7.º, indiretamente dispõe sobre o direito à procriação, quando disciplina a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade de expressão, o incentivo à pesquisa e desenvolvimento científico e a liberdade de consciência e crença, dedicando ainda um capítulo inteiramente à família, no qual prevê o planejamento familiar como de livre decisão do casal.

Nesse sentido é que, ao se tratar da reprodução humana assistida, não se pode deixar de considerar um dos princípios básicos do Estado democrático, o da dignidade da pessoa humana, exaustivamente consagrado texto constitucional (art. 1.º, III), e que deverá sempre servir de paradigma para a utilização de qualquer das técnicas de reprodução artificial atualmente disponíveis.

Não se pode perder de vista que as técnicas de reprodução humana assistida têm como escopo colocar à disposição do ser humano meios artificiais para sanar sua infertilidade. Contudo, com o advento da possibilidade científica de “curar” essa infertilidade, outros conflitos são gerados, o quais, diante da ausência de disposição legal que os solucione, criam lacunas imensas no sistema, dando azo a uma série de tentativas clínicas que, muitas vezes debatem-se no campo filosófico e, mais especialmente, no campo jurídico, com consequências desastrosas na área do direito, sobretudo no direito de família.

Apesar do disposto no artigo 4.º da Lei de Introdução do Código Civil², a omissão da lei cria extrema-

¹ LOPES, Adriana Dias. Sem medo de ser feliz. *Veja*, São Paulo, n. 2.105, p.104-106, de 25 mar. 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250309/p_104.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2010.

² “Artigo 4.º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”



da dificuldade na solução dos problemas decorrentes da reprodução artificial, pelo que pouco se extrai da doutrina e da jurisprudência, que ainda caminham em pequenos passos.

Temos que com as técnicas de reprodução assistida, dentre elas e especialmente a gestação por conta de outrem, nascem novos vínculos com o direito, novos desdobramentos técnicos e jurídicos, alterando visceralmente a forma de estabelecimento da família como hoje a conhecemos.

Assim, vale transcrever a seguinte observação de Valter Nilton Felix:

“O que o torna possível uma verdadeira família não é a maneira pela qual ela se constituiu, mas o amor, o respeito e a alegria pela vinda do outro. Em todas as doenças humanas, a incapacidade de reproduzir-se naturalmente é uma das que mais nos torturam. E, para curá-las, o homem criou a medicina reprodutiva. E esta, por sua vez, criou a reprodução assistida.”³

Gestação de substituição: Direito a ter um filho

Os avanços da ciência são formadores de uma nova identidade materna, em que será preciso avistar contornos que definam tipos de mães para um bebê, tornando viável que uma pessoa tenha sua parentalidade filial titulada por três ou mais pessoas, tanto na linha materna, como na linha paterna.

Em geral, as “figuras de mães” se conclamam numa mesma pessoa, pois temos a identidade genética dela e somos gestados por ela e, em casos de reprodução medicamente assistida, a mãe encomendante será também a mãe genética, mas pode ocorrer de a mãe encomendante não ter condições de fornecer o seu gameta para a fecundação, bem como não poder gestar o filho, socorrendo-se por vez a bancos exis-

tentes para tais casos, a fecundação se dando com material de outra mulher.

Gestação substituição ou “mãe” substituta é entendida por muitos doutrinadores como sendo ato pelo qual uma mulher cede seu útero para a gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher desejosa ou fornecedora do material genético a condição de mãe.

Essa técnica é conhecida por diversas denominações, tais como útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação de substituição, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração, barriga de aluguel, cessão temporária de útero, dentre outras tantas que a identificam, as quais trataremos como sinônimas neste trabalho.

A terminologia mais conhecida, “barriga de aluguel”, é atacada por diversos doutrinadores como inadequada porque, na maioria dos países onde essa técnica é admitida, ou ao menos não é vedada, a utilização do método deverá ser gratuita, sem qualquer contraprestação financeira, aproximando a atividade muito mais de um empréstimo do que de um aluguel, embora possamos encontrar em rápida pesquisa na *internet* mulheres brasileiras, ofertando seus úteros em troca de pagamento, mulheres estas que indicam telefone e endereço no Brasil, ofertando seus *préstimos* para que outras brasileiras possam escolhê-las para tal método.

Existem ainda países em que a locação do ventre é empreita amplamente admitida, como em alguns estados norte-americanos e na Índia.

Mulheres indianas disponibilizam seu útero como quem se candidata a um emprego qualquer. Aliás, para elas, gestar filho de outrem é algo tão natural quanto exercer a atividade de bancária, empregada doméstica ou qualquer outra, pelo que, depois do parto, entregam imediatamente a criança a encomendante. Desde

³ FELIX, Valter Nilton. *Gravidez de substituição: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida*. São Paulo: Fiúza, 2009. p. 4



2002, essa prática é legal no país, o que leva casais do mundo todo a procurar essas mulheres, em razão do baixo custo que representam. Enquanto uma americana gasta com o procedimento na Califórnia cerca de 200 mil dólares, e ainda precisa pagar mais 80 mil dólares para alugar uma barriga, o gasto total é de apenas 20 mil dólares na Índia. Desse valor, a mãe de aluguel recebe cerca de 4.500 dólares.⁴

O embrião originado nesses casos pode ser implantado ainda numa outra pessoa, diferente da doadora, que contribui com o projeto procriativo, de modo que a criança terá no mínimo três figuras de mãe, a saber: a mãe biológica, hospedeira, portadora ou natural que é aquela que engravida e dá luz à criança (receptora de embriões), enquanto que a genética é aquela que tem identidade de genes com o filho (a doadora de gametas), e a mãe encomendante ou institucional é aquela que por ato volitivo desejou levar adiante projeto procriativo, com ajuda da ciência.⁵

Caso semelhante ocorreu nos Estados Unidos em 1993, em que uma criança tinha três pais e três mães. Um casal adotou uma menina e, depois de passados alguns anos, desejou ter outro filho, mas optando para que essa nova criança tivesse a mesma identidade genética de sua filha adotiva, resolveu procurar os pais genéticos e biológicos da menina e pedir a doação dos gametas necessários à fecundação. Os pais da criança, embora separados, resolveram contribuir e doaram esperma e óvulo para a fertilização, que ocorreria *in vitro*. O embrião resultante desse processo foi implan-

tado na filha mais velha do casal encomendante, que à época já era casada, e ela deu à luz a sua irmã adotiva mais nova. Nesse passo, a criança tem três pais: o genético, que forneceu os gametas; o biológico, composto pela mãe que gestou a criança e, por consequência seu marido; e os encomendantes, aqueles que desejaram a realização do projeto procriativo, por meio de reprodução medicamente assistida.⁶

Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida apresenta entendimento diferenciado quanto à dissociação entre mãe genética e biológica, entendendo que há identidade entre ambas, preferindo tratar como sinônimos os termos.

Essa autora esclarece a inexistência de diferenças entre as expressões, apontando que a genética é uma das partes da biologia, preferindo portando a utilização do termo mãe genética ou biológica (sinônimos) ou genetriz quando se refere à doadora do óvulo, e mãe gestacional ou gestatriz, para aquela que gera e dá à luz o bebê.⁷

Já para Raymundo Amorim Cantuaria, é possível nessa situação chamar de mãe três mulheres distintas envolvidas no procedimento: a mãe afetiva, a mãe genética e a mãe biológica, nas posições de mãe encomendante, mãe doadora de gameta e mãe gestacional.⁸

No Brasil, o assunto da gestação por sub-rogação não foi claramente definido, tanto nos tribunais como pelos legisladores, e o que temos a esse respeito é a Resolução n.º 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta em seu âmbito a gestação de

⁴ Matéria veiculada pelo jornal americano *The New York Times*, em 01 mar. 2008. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/new_york_times/2008/03/10/casais_estrangeros_vao_a_india_em_busca_de_maes_de_aluguel_1222824.html>. Acesso em: 08 jul. 2010.

⁵ DINIZ, Maria Helena. A ectogênese e seus problemas. *Justitia*. São Paulo, v. 62, n. 189/192, p. 175-185, jan./dez. 2000. Ver também: MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. *Gestação por outrem e determinação da maternidade*: "mãe de aluguel". Curitiba: Gênesis, 1998. p. 69.

⁶ DINIZ, Maria Helena, O estado atual do biodireito, cit., p. 566. No mesmo sentido, enfatiza Jussara Maria de Leal Meirelles (*Gestação por outrem e determinação da maternidade*: "mãe de aluguel", cit., p. 73).

⁷ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e, *Reprodução humana assistida*: aspectos civis e bioéticos, cit., p. 250-254. As expressões genetriz e gestatriz derivam respectivamente do latim *mater genetrix*, que significa mãe genética ou biológica, e do latim *mater gestatrix*, que significa mãe gestacional.

⁸ CANTUARIA, Raymundo Amorim, *Reprodução assistida*: filiação, controvérsias jurídicas. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001. p. 110.



substituição, prevendo que as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, sendo os demais casos sujeitos a autorização do Conselho Regional de Medicina; estabelece também que a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.⁹

Na legislação comparada, em caso de conflito de maternidade, tem prevalecido o princípio de que a mãe é a que dá à luz a criança. A maternidade é legalmente estabelecida pelo parto, e não pela transmissão do patrimônio genético. É assim na França, na Suíça e na Espanha. Nos Estados Unidos as decisões dos estados têm apontado que mãe da criança não é a sub-rogada, mas a que tenha fornecido o óvulo, prestigiando

nesse caso o vínculo genético¹⁰.

Como exemplo, podemos citar o chamado “caso Baby M”, ocorrido nos Estados Unidos, em que a Suprema Corte de New Jersey, em 1988, estabeleceu a maternidade e paternidade aos pais genéticos, entretanto admitindo o direito de visitas àquela que cedeu seu útero.¹¹

Eduardo de Oliveira Leite¹² afirma que a esterilidade gera uma reação de reprovação em cadeia, sendo limitada inicialmente à mulher, passando a atingir o casal e, daí, o grupo familiar, envolvendo, num estágio derradeiro, a sociedade inteira.

Nesse sentido, são inúmeras as mulheres que decidem se submeter às técnicas de reprodução medicamente assistida, na busca da cura de sua esterilidade

⁹ Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina: “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 a autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”

¹⁰ O artigo 341 do Código Civil francês dá prioridade à mãe que teve a gravidez e o parto sobre a mãe genética. No direito suíço, conforme o artigo 251/1 do Código Civil, a mulher que dá à luz é considerada mãe da criança. Na Espanha, a Lei n. 35/88 determina que a filiação dos filhos gerados por maternidade de substituição será determinada pelo parto.

¹¹ Nos Estados Unidos, a Suprema Corte de New Jersey, em 1988, julgou o caso Baby M.: William e Elizabeth Stern não podiam ter filhos, em razão de doença da mulher. Contrataram então com Mary Beth Whitehead e seu marido, que ela seria inseminada artificialmente com esperma do Senhor Stern, entregando-se a criança a ele e à sua esposa após o parto (que nos Estados Unidos recebe o nome de *surrogate motherhood*). Depois do nascimento da criança, a Senhora Whitehead arrependeu-se do pacto, negando-se a entregar o bebê ao casal Stern, oferecendo-se para devolver o dinheiro que havia recebido. O Tribunal decidiu que a criança devia ser entregue aos Sterns, mas garantiu o direito de visita à Senhora Whitehead, tendo considerado prioritariamente o melhor interesse da criança que, afinal, é o elemento mais importante para orientar solução desses problemas (Disponível em: < <http://bioetica.udesarrollo.cl/html/documentos/documentos/CasoBabyM.pdf> >. Acesso em: 15 ago. 2010). Ver também: VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro de filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 155. Cite-se também o caso Mark e Crispina Calvert v. Ana Johnson, em que Ana Johnson foi contratada por 10 mil dólares para gerar embrião formado por gametas do casal, nascendo Christopher. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela prevalência do contrato, entregando a criança, então com três anos de idade, aos pais genéticos (BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília (UNB), 2001. p. 87). Na Itália, o Tribunal de Monza, julgou em 27.10.1989, há mais de vinte anos, conflito em que um casal pretendia a execução da obrigação de um contrato por meio do qual ficou estipulado que uma mulher seria inseminada artificialmente com o sêmen do homem membro do casal, para ao final de gestação entregar-lhes a criança, pelo que receberia a importância de 15 mil dólares. Nascida a criança, a mulher encarregada da gestação recusou-se a entregá-la, decidindo o Tribunal que o contrato era nulo, por impossibilidade e ilicitude do objeto, considerando também ilícita a causa como contrária aos princípios de ordem pública, determinando, no entanto, que o dinheiro pago não deveria ser restituído ao casal contratante, visto que sua prática também contrariou os bons costumes, estabelecendo que o filho tem direito à continuidade da relação de filiação entre a vida intrauterina e ao posterior nascimento, que a maternidade deve ser estabelecida à mulher que o gestou, levando em conta que havia participação sua no processo de concepção (BALDINI, Gianni, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, cit., p. 114-115).

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.



para, enfim, realizar seu desejo, a maternidade.

O desejo de conceber um filho é próprio da natureza humana. Destarte, esse desejo pode ser ainda mais intenso se essa pessoa for acometida por uma esterilidade que parece incurável.

Na psicologia, esse desejo está intimamente ligado a uma maneira de nos aproximarmos da imortalidade, como possibilidade de transmitirmos nossa herança genética para os descendentes. Marina Ferreira da Rosa Ribeiro afirma que “a experiência da infertilidade pode ser desestruturante, podendo até levar alguns casais à separação após tentativas frustradas de gerar um descendente”¹³. A busca nesses casos é ter filho próprio, como resultado de seu material genético, tornando a oferta biológica o único caminho a seguir, como sustentáculo de seus desejos.

Dois caminhos se abrem quando a mulher se vê impossibilitada de ter filho: ou bem recorre à adoção, ou às técnicas de reprodução assistida. Resta saber se a mulher que deseja ter um filho tem esse direito assegurado.

O primeiro caminho decorre de instituto regulado em lei, em que a mulher dispõe da possibilidade de adotar uma criança abandonada por seus pais naturais que careça de amor materno. Sobre o segundo caminho, adverte Tycho Brahe Fernandes que “a dúvida que assombra o momento atual da evolução das técnicas de reprodução assistida é saber se esse desejo tem cunho de direito, ou é algo que lhe seja garantido por lei”.¹⁴

As possibilidades biotecnológicas que se apresentam à mulher estéril, envolvendo a realização do projeto de ser mãe, trazem consigo a necessidade de reflexão sobre quais os procedimentos que podem ser realizados sem afrontar diretamente os seus direitos fundamentais e igualmente os da criança, que deve ter

o direito de nascer com a dignidade devida a todos os seres humanos.

Nossa Constituição Federal não expressa explicitamente sobre direito de se ter filhos, contempla o direito de planejamento familiar, alcançando as situações de concepção e contracepção, ambos norteados pela autonomia do casal, competindo ao Estado o dever de proporcionar os recursos necessários para a educação e informação sobre os métodos existentes e sua eficácia.

Nesse sentido, importante traçar o quanto dispõe o artigo 226 da Carta Magna:

“Artigo 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

(...)

§ 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

A Constituição instituiu ao patamar da dignidade humana a satisfação e o exercício do direito ao planejamento familiar, a ser assegurado pelo Estado, objetivando o legislador viabilizar tal planejamento na forma da Lei n. 9.263/96.

Note-se que o planejamento familiar pressupõe a existência de uma família, que, no entanto também pode ser formada sem a presença de filhos, não obstante se verifique que o artigo 2º da lei em referência considere planejamento familiar assegurado pelo Estado como o conjunto de ações de regulação de fecundidade:

¹³ RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 53.

¹⁴ FERNANDES, Tycho Brahe, *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*, cit., p. 62.



“Artigo 2º – Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação de fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem e pelo casal.”

Quando a Constituição aloca o direito a planejamento familiar como afeto à dignidade da pessoa humana, instrumentaliza nesse sentido o próprio direito à vida, como ressalta Alexandre de Moraes:

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”¹⁵

Conclui-se assim que o Estado tem a incumbência de assegurar medidas eficazes de regulação, bem como proporcionar a satisfação da fecundidade no seio familiar. Numa interpretação sistemática, levando em consideração os inúmeros avanços biotecnológicos, é correto afirmar que é assegurado o direito institucional, através de medidas públicas, de ser realizada fecundação artificial em mulheres inférteis?

No Estado de São Paulo, há trabalho em reprodução humana medicamente assistida praticado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), assim como em ou-

tros Estados brasileiros, dando azo, portanto, ao desenvolvimento de medidas públicas a atingir essencialmente casais carentes desejosos da parentalidade por meio de um filho.¹⁶

A prestação de serviços médicos reprodutivos por parte do Estado pode ser classificada como tímida, em razão do custo do procedimento médico ser bastante alto. Já podemos, contudo, encontrar os serviços de assistência reprodutiva em alguns hospitais públicos. No Estado de São Paulo, tanto na capital quanto no interior, alguns hospitais como o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, o hospital da Universidade Federal Paulista (Unifesp), o Centro de Referência em Saúde da Mulher (antigo hospital Pérola Byington) e os hospitais universitários de Ribeirão Preto e de São José do Rio Preto têm disponibilizado o tratamento. Interessante também destacar que o Ministério da Saúde o elencou como uma das prioridades do governo.

Ana Cláudia S. Scalquette aponta que a atenção em reprodução humana assistida na rede SUS viabiliza a inclusão de todos nas técnicas de medicina reprodutiva, que evoluem em velocidade impressionante, observando que tal atendimento é meta do Programa Mais Saúde (PAC da Saúde do Governo Federal), com a futura implantação de outros centros de reprodução assistida, inclusive em cinco universidades federais, até 2011.¹⁷

Noutro ponto, o desejo da mulher de procriar, bem como formar família, não pode ser restringido nem cerceado pelo Estado, em vista da garantia constitucional à inviolabilidade da sua intimidade, pois a decisão de ter filho advém única e exclusivamente do casal, sem

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a EC n.24/99. São Paulo: Atlas, 2000. p. 61.

¹⁶ O Centro de Referência em Saúde da Mulher, antigo Hospital Estadual Pérola Byington, em São Paulo, Capital, já desenvolve tais medidas públicas desde 2008, quando inclusive obteve êxito ao engravidar uma de suas pacientes por meio de óvulo doado mantido em seu banco. No ano de 2008, já existiam mais 1.500 mulheres na fila de espera para receber o tratamento de reprodução assistida, 400 com mais de 35 anos (ARANDA, Fernanda. 1ª grávida com óvulo doado no SUS. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 29, out. 2008. Disponível em: <<http://www.jt.com.br/editorias/2008/10/29/ger-1.94.4.20081029.16.1.xml>>. Acesso em: 15 ago. 2010).¹⁶

¹⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 263.



que o Estado possa interferir. No tocante à liberdade da reprodução medicamente assistida do tipo fecundação artificial ou inseminação artificial, seja homóloga ou heteróloga, desautorizá-las à mulher infértil se afigura sobremaneira injusto e injurídico.

Não cabe à sociedade condenar as mulheres que optam pela reprodução ou pela contracepção de maneira assistida, e, sim, ampará-las, como forma de ampliar o poder de decisão conferido a elas em questão de tamanha complexidade.

Defender a liberdade de procriar é enfatizar que se existe direito à fecundidade, nem a lei civil, nem a religiosa o negam. A sociedade, assim como o Estado, tem a incumbência de amparar os casais que se chocam contra o obstáculo da esterilidade, para superar essa barreira.

Ensina Maria Cláudia Crespo Brauner que, embora seja a adoção uma experiência enriquecedora, devendo ser incentivada dia a dia, ela não representa o caminho escolhido por todos que não podem gerar naturalmente, pelo que deve ser dado reconhecimento aos métodos ofertados pela ciência moderna para tratar da infertilidade e da esterilidade¹⁸, dado que a esterilidade não é aceita facilmente, razão pela qual mulheres estéreis se socorrem dos métodos de reprodução medicamente assistida, dentre as quais ganha relevância a gestação de substituição.

Na gestação sub-rogada ou gestação de substituição, popularmente conhecida como barriga de aluguel,

ocorre uma inversão de valores, em especial a determinação da maternidade da criança que tem o material genético de uma mulher e é gestacionada por outra.¹⁹

Na ausência de uma legislação específica, a doutrina se ampara nos preceitos balizadores dessa prática: ética, bioética, diretrizes formuladas no Conselho Federal de Medicina e, sobretudo ao acatamento dos princípios de defesa dos direitos da criança.

Assim, o esvaziamento do conteúdo biológico da maternidade vem ocorrendo há algum tempo na sociedade, auxiliado pela transformação da família que, de instituição econômica, social e religiosa, vem se afirmando como uma união entre membros, objetivando a afetividade e a base psicossocial.

Para Eduardo de Oliveira Leite, “o direito da filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida. O direito da filiação não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança”.²⁰

A atuação graciosa da mulher que gesta o filho da outra é regra no direito pátrio, na forma de cessão temporária de útero, que decorre de proibição expressa que veda a comercialização de órgãos, tecidos e partes do corpo, como se infere do parágrafo 4.º do artigo 199 da Carta Constitucional, embora se tenha notícias dos que realizam tal prática mediante favorecimento econômico concedido à gestadora.

Na reprodução artificial heteróloga, a anuência do marido ou companheiro se perfaz em elemento essen-

¹⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 64.

¹⁹ O método da cessão temporária de útero recebe uma diversidade de nomes pela doutrina e estudiosos do assunto, como locação de útero, mãe sub-rogada, mãe de aluguel, barriga de aluguel, útero de aluguel, gestação de substituição, mãe hospedeira, mãe por conta de terceiro, esclarecendo Zeno Veloso que na doutrina suíça e francesa há distinção entre mãe de substituição e mãe portadora, sendo mãe de substituição a mulher que engravida tendo doado seu próprio óvulo para fecundação, considerando-a mãe genética e gestadora; e, mãe portadora aquela que hospeda em seu útero o embrião que foi formado com óvulo da mulher com a qual combinou a entrega da criança, havendo para este caso a mãe gestadora, chamada também de biológica, que é a que engravida e pare a criança, e a mãe genética, dona do óvulo fecundado. No Brasil a prática recebe popularmente o nome de “barriga de aluguel” (*Direito brasileiro de filiação e paternidade*, cit., p. 153).

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 114.



cial para desencadear o projeto procriacional e para estabelecer filiação e eventual presunção, visto que o marido ou companheiro que consente esclarecidamente com a técnica não pode negar a paternidade do filho advindo do projeto realizado com sua mulher ou companheira.

Afirma Marise Cunha de Souza que “a autorização prévia é considerada reconhecimento expresso da paternidade”²¹ e conclui que essa autorização enseja presunção absoluta de paternidade, decorrente de socioafetividade.

A cessão temporária de útero (gestação de substituição) é escolhida por algumas mulheres por variadas determinantes, dentre as quais estão a esterilidade, a dificuldade de fazer prosseguir a gestação, não desejar transmitir alguma doença hereditária, tudo com o fim de fazer realizar e concluir seu projeto procriativo. Muito embora seja proibida no Brasil a comercialização desse tipo de atividade, não são raros os casos em que a gestadora se envolve no projeto por razões financeiras, realizando de fato o aluguel do útero.

Seja como for, a gestação de substituição pode gerar muitos problemas, dentre os quais o de maior gravame é a recusa da gestadora em entregar a criança ao casal titular do projeto procriativo, deixando de cumprir o acordo realizado. A atribuição de filiação. Há por vezes casais que não querem mais receber a criança depois do parto, em especial quando nascida com alguma espécie de moléstia ou patologia. Ocorre ainda oposição da mulher gestadora, que recusa fiscalização do casal quanto à conduta que ponha em risco ou cause dano à saúde ou viabilidade do feto.

A legislação brasileira vigente consagra a maternidade pela gestação e pelo parto. Tem-se por certo que

a criança gerada por uma mulher o foi pelo seu óvulo, reunindo-se na mesma pessoa a figura da mãe genética e da biológica, essa última detendo a condição de mãe uterina.

Com essa certeza se formou em nosso sistema, como em outros estrangeiros, o estabelecimento da paternidade. A mulher casada faz incidir a presunção *pater is est est quem nuptia demonstrant*²²; se não for casada, a filiação deverá ser fixada por ato volitivo das partes ou por meio de reconhecimento forçoso, na forma de investigação de paternidade.

As técnicas de reprodução humana medicamente assistida possibilitam a utilização de meios que alteram a base do vínculo de filiação. A atribuição de maternidade, estendendo-se também à de paternidade, deverá ser feita àquela mulher, ou ao casal, encomendante da técnica médica e participante do processo procriativo, tenham eles identidade genética ou não com a criança. O que importa aqui é o ato de vontade manifestado para o exercício do método, levando-se em conta o consentimento realizado pelas partes.

Assim, na hipótese de uma mulher que, para realizar projeto procriacional, precisar de gametas de outra mulher que possa lhe doar o óvulo, precisar da doação de espermatozoides em virtude de esterilidade de seu marido, contar com a doação de embrião, ou até mesmo ter seu embrião (com material genético seu e de seu marido ou companheiro) implantado em terceira, é de se atribuir à maternidade à mãe encomendante.

Para essa forma de atribuição de filiação, o elemento volitivo assume papel relevante. A vontade procriacional é fonte do vínculo materno-filial, reveladora da vontade de ser mãe, do desejo de constituir um vínculo com a criança concebida com a ajuda de métodos

²¹ SOUZA, Marise Cunha de, *As técnicas de reprodução humana assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade*, cit., p. 355.

²² A presunção *pater is est est quem nuptia demonstrant* traduz que será o pai aquele que foi ligado à mulher gestadora pelo casamento, considerando como filhos todos aqueles concebidos na constância do casamento, observando-se inclusive o tempo entre o início da convivência e o parto, bem como o havido entre o final da relação e o parto. Nesse sentido, manifestou-se o legislador ordinário brasileiro no artigo 1.597 do Código Civil.



científicos, vontade essa que é declarada pela manifestação de consentimento, corroborando a natureza jurídica do instituto, de modo que ligará os encomendantes à criança.

Mãe é normalmente a mulher que, desejando ter um filho, o concebe e dá à luz uma criança, entretanto a ciência trouxe a dissociação desses fatores, tornando necessário o conhecimento de outras circunstâncias, para afirmar quem é a mãe.

Importante é frisar que a encomendante nem sempre terá laços genéticos com a criança, o que lhe retira a condição de mãe genética, porque em muitas ocasiões essa mulher não conta apenas com a impossibilidade física de gestar seu filho, mas também com algum tipo de esterilidade que não lhe permite a produção do óvulo a ser fertilizado. Não conterà ainda a condição de mãe biológica, já que também não será a encarregada de gestar o bebê, havendo necessário esvaziamento do conteúdo genético ou biológico da maternidade.

Taisa Maria Macena de Lima trata da questão dizendo que “a maternidade jurídica deve amoldar-se à maternidade de intenção, de modo que, para todos os efeitos legais, mãe é a receptora do material genético e não a doadora”.²³

Como ensina Maria Helena Diniz, “independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade procriacional, recorrendo a estranho para que ela se concretizasse”²⁴. Continua ensinando que esse entendimento se faz necessário para garantir a filiação da criança, porque, ao ocorrer gestação derivada de doação anônima de óvulo e espermatozóide, gestado por mãe substituta, e rejeitada por ela e pelos encomendantes, não existiria

o que se chama de “órfão de ninguém”.

A ausência de instrumento legislativo que conduza à resolução desses casos torna dificultosa a atuação do Judiciário, sendo imprescindível que o Legislativo edite norma com esse conteúdo, especialmente para optar pela prevalência da presunção de maternidade e paternidade em prol do casal que idealizou o nascimento, sendo dele o filho aos olhos da lei, independentemente da origem do material genético que o concebe, ou do útero em que se torna viável.

Uma vez fixada a maternidade e a paternidade àqueles que manifestaram a vontade procriacional, delas há de resultar todos os efeitos afetos ao parentesco, sendo vedado ao filho a busca da verdadeira filiação para a obtenção de nova identidade parental, permitindo-se, como outrora citado, que a criança possa ter, a qualquer tempo, acesso à sua identidade genética, especialmente nos casos em que de tal informação precisar para sanar gravame de saúde.

É de se observar que a atribuição da paternidade depende também da concordância expressa do marido da desejosa de utilização de útero alheio, admitindo-se para a fixação da paternidade que seja aplicada ao caso a presunção de que trata o inciso III do artigo 1.597, podendo ser igualmente admitida para a relação de companheirismo a “paternidade de intenção, calçada no afeto” considerando-se para essa hipótese também a existência de anuência do companheiro quanto à utilização da técnica.²⁵

Necessário tratar do Projeto de Lei n. 90/99, que dispõe sobre a procriação medicamente assistida, determinando em seu artigo 18 que será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de procriação medi-

²³ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biomédicas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 252.

²⁴ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 580.

²⁵ SOUZA, Marise Cunha de, *As técnicas de reprodução humana assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade*, cit., p. 355 e 358.



camente assistida, definindo ainda que a criança não tenha qualquer espécie de direito ou vínculo em relação aos doadores e seus parentes biológicos, salvo para o fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, ou ainda impedimentos matrimoniais.

Esse projeto cuida ainda de destacar que nem mesmo a morte dos beneficiários, encomendantes da técnica, restabelece o poder familiar dos pais biológicos, valendo esclarecer que o projeto de lei, ao referir “pais biológicos”, quer tratar da figura dos doadores anônimos e também da gestadora hospedeira, no caso de cessão temporária de útero.

A legislação atual não permite aos pais desejosos levar a efeito o reconhecimento de filiação sem o enfrentamento de processo judicial, havendo ainda quem diga que as alternativas buscadas pelos pais desejosos fora do Judiciário podem levar ao cometimento do ilícito penal descrito no artigo 242 do Código Penal, “dar parto alheio como próprio”.

Como afirma Taisa Maria Macena de Lima, tal posição é insustentável, isso porque, a mulher encomendante, ao se apresentar como mãe de criança nascida do útero de outra mulher, sendo ou não a doadora do óvulo, não incorre em conduta típica, pautada em duas situações que concorrem a seu favor: primeiro, porque não se pode negar, no caso de ser a mulher a doadora do óvulo, tenha a criança herdado as características genéticas da doadora, fato que pode ser comprovado por exame de DNA; segundo, porque nesses casos está presente a maternidade de intenção, que se apoia no primado jurídico da afetividade na filiação, decorrendo de desejo certo e convicto de manter com aquela criança o liame da parentalidade, donde restarão todas as responsabilidades que claramente está disposta a assumir.²⁶

O mesmo se diga da regra tangida pelo artigo 10, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina aos estabelecimentos hospitalares de atenção a gestadora a identificação do recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, ligando cada recém-nascido à parturiente. Essa medida serve apenas como disciplina aos procedimentos hospitalares, a fim de evitar trocas de bebês em hospitais, não podendo ser medida suficiente para, num procedimento de reprodução artificial, identificar quem seja a mãe da criança.

Temos visto noticiado até mesmo pela imprensa, casos de utilização da técnica no Brasil e, no direito interno, não temos visto serem suscitadas controvérsias no sentido de quem seja a mãe, a propósito de conflito entre encomendantes e gestadora, isso porque, na prática de técnicas médicas como essas, têm sido observadas as diretrizes do Conselho Federal de Medicina, que introduzem dever ter a mãe intencional relação de parentesco muito próximo com a “mãe de substituição”, de modo que ainda não vivenciamos recusa na entrega da criança, dado que em geral as avós, tias e sobrinhas têm prestado o papel de hospedeiras, com intuito amplamente colaborativo.

Como quer Raymundo Amorim Cantuaria, a proximidade de parentesco existente entre as mulheres revela a exata dimensão do afeto envolvendo todos os personagens que participaram do procedimento²⁷. A gestadora sabe que, na verdade, os filhos não são dela.

Fato é que mesmo utilizando para emprego da técnica mulheres que tenham laços afetivos tão fortes entre si, que sejam capazes de motivar a uma gestar o filho da outra para depois do parto entregá-lo, não constituem segurança máxima de que a entrega da criança será realizada, e mais, que nenhuma dificuldade haverá no momento de estabelecimento da filiação,

²⁶ LIMA, Taisa Maria Macena de, *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biomédicas*, cit., p. 260-261.

²⁷ CANTUARIA, Raymundo Amorim, *Reprodução assistida: filiação, controvérsias jurídicas*, cit., p. 190



pelo que necessária urgente regulamentação, não só para delimitar o campo de atuação médica para emprego do meio, como o destino da criança e sua parentalidade.

Destaque-se ainda que na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foram aprovados os Enunciados ns. 103, 108 e 111, com as seguintes redações: Enunciado n. 103 – O Código Civil reconhece, no artigo 1.593, outras espécies de parentesco civil, além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho; Enunciado n. 108 – No fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1.603, compreende-se à luz do disposto no artigo 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva; Enunciado n. 111 – Artigo 1.626: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Na III Jornada de Direito Civil, extraiu-se enuncia-

do propositivo de alteração do artigo 1.597 do Código Civil, fixando de vez o vínculo materno àquela que tenha planejado a gestação.

A redação atual do artigo 1.597 do Código Civil expressa:

“Artigo 1.597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, por separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga desde que tenha prévia autorização do marido.”

Ao final da Jornada, foram propostas algumas alterações para o Código Civil, dentre as quais, incluir artigo no final do Capítulo II, Subtítulo II, Capítulo XI, Título I, do Livro IV, por meio do Enunciado n. 129, com a seguinte redação:²⁸

“Artigo 1.597-A – A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único – Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da téc-

²⁸ Além da alteração proposta de inclusão do artigo 1.597-A, outras foram feitas: (i) alterar as expressões fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V para técnica de reprodução assistida (denominação apropriada por conter todas as técnicas, fazendo com que o dispositivo não tenha leitura reduzida, com interpretação equivocada); (ii) alterar o inciso III para constar apenas havido por fecundação artificial homóloga; (iii) revogar o inciso IV.



nica de reprodução assistida heteróloga.”²⁹

Tycho Brahe Fernandes, ao tratar da possibilidade de conflito da maternidade, traduz seu entendimento em trecho que abaixo transcrevemos:

“Ante a possibilidade de um conflito de maternidade, é fundamental estabelecer juridicamente que a maternidade deverá cair sempre naquela que será a mãe socioafetiva, até porque o projeto de maternidade partiu dela, ao escrever o seu direito constitucional do planejamento familiar.”³⁰

A resposta definitiva virá certamente por meio de reforma legislativa, na qual fique expressamente acolhido o entendimento de que o vínculo de filiação, quanto a esses filhos, seja estabelecido ao casal que pretende a criança.

Nesse rumo, importante observar que o artigo 1.593 do Código Civil define que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resultante de consanguinidade ou de *outra origem*, abrindo o legislador ordinário lastro para fundamentar não só a chamada filiação decorrente da socioafetividade, como as resultantes da utilização de técnicas de reprodução humana assistida.

Há que levar ainda em consideração que a prática da gestação de substituição não é proibida no Brasil, mas a falta de lei que a regulamente torna extremada dificultosa a solução dos problemas que dela decor-

rem, alguns inevitáveis, como, por exemplo, o registro da criança. Como fazer para registrar um filho nascido por esse método, se o documento hábil a promover o registro civil do bebê conterà como indicação de mãe a que sofreu o parto?

Já se encontra na classe médica quem defenda que a declaração de nascido vivo (DNO), documento que embasa o registro de nascimento, deve ser emitido com a inscrição do nome da mãe intencional, pelo que se dispensaria manifestação judicial acerca do tema.³¹

Entretanto, não se pode deixar de observar que a tomada de medida que inscreva na declaração de nascido vivo dados de outra mulher que não aquela que teve a gestação e o parto, constitui ilícito penal, sendo, embora um facilitador para os intencionais, muito mais um desvio legal.

É preciso que soluções concretas possam ser dadas ao instituto, que tem além de tudo um caráter social, possibilitando a efetividade de filiação própria.

Conclusão

As constantes mutações da sociedade são o agente motor das imensas transformações que sofre ou deve sofrer o direito, transformações que se devem nortear pelo equilíbrio e harmonização das relações sociais.

Nesse sentido, com o advento de novidades científicas que movem o homem de um lado a outro, tracejando-o entre nascimento e morte, variados interesses

²⁹ A proposta de alteração de Código Civil, especialmente com a redação mencionada para o artigo em referência, teve como justificativa a observação de que se o artigo 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não pode então deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se também assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada (Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados?searchterm=Enunciado>>. Acesso: 08 jul. 2009).

³⁰ FERNANDES, Tycho Brahe, *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*: aspectos do direito de família e do direito das sucessões, cit., p. 114.

³¹ FELIX, Valter Nilton, *Gravidez de substituição*: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida, cit., p. 47.



desembocam no mundo jurídico, a fim de que sejam resolvidas as complexas questões carregadas pelos envolvidos. Isso é o que se vê em tudo que se correlaciona com o fantástico mundo da bioética e do biodireito.

As múltiplas compreensões do quanto estabelecido pelo vasto mundo da bioética e do biodireito, especialmente nas questões afetas à gestação de substituição, elencando-a como instituto de natureza híbrida, capaz de albergar natureza contratual, na forma de negócio jurídico de comportamento, ou ainda como instituição de finalidade estritamente social, necessitam de pronta manifestação legislativa para a solução de situações aqui mencionadas, como por exemplo, dizer quem é a mãe de uma criança ao nascer, a quem cabe o direito de filiação e o que é melhor para aquele ser.

A esse propósito, é preciso dizer que não temos normas aptas a fazer a necessária conexão entre a aplicação dos avanços da ciência e o respeito à dignidade humana, dado que o avanço da ciência coloca o homem como produto de experimentação científica, valendo-se por vezes da máxima de que *o que não é proibido é permitido*.

O exercício do direito à procriação artificial decorre de novas exigências proclamadas pelos avanços tecnocientíficos no campo da reprodução humana medicamente assistida, como forma de responder às demandas devidas à superação das fraquezas humanas, sobretudo quanto à incapacidade de procriar, sendo necessário limitar, por certo, os malefícios provocados no desenvolvimento de tais diretrizes, dado que algumas delas podem importar em diminuição da dignidade humana ou em risco à própria vida.

Com a evolução das práticas de reprodução medicamente assistida e pela possibilidade do útero alheio para gestação de seu próprio filho, os julgamentos norteadores da determinação da maternidade se modificaram.

Não se pode mais levar em conta apenas os aspectos genéticos, biológicos, gestacionais e afetivos,

ou até mesmos legais, para a averiguação da parentalidade. Somos parte de algo muito maior, em que a doença da infertilidade fez com que a ciência viabilizasse a formação de vida fora do corpo, e mais, a gestação fora do útero materno, colaborando ainda a cessão de útero para que hipóteses de esterilidade do casal sejam suprimidas por meio de embrião doado por outrem e utilizando o útero emprestado de mulher estranha à relação, realizando-se então o sonho da maternidade e da paternidade.

Nesse mesmo sentido, devemos mencionar a possibilidade de utilização da técnica por pessoa que não detenha propriamente patologia que impossibilite a procriação. Ao aplicá-la em casos em que o desejo de ser mãe ou pai é exercido por casais homossexuais, enfrenta-se a inexistência de infertilidade ou de esterilidade, mas ela é utilizada em quem, no exercício de sua sexualidade, copula apenas com pessoas do mesmo sexo; não se pode exigir-lhe que, para a obtenção de descendência, pratique sexo com quem o repulsa, em respeito à sua dignidade humana.

Há que se dizer, portanto, que não só o conceito de *mãe* foi alterado, mas também que a palavra *casal* ganhou novos contornos.

À guisa de posicionamento legislativo e movimentação acatada de alteração do Código Civil, o juiz, ao dirimir questões conflitantes na determinação da maternidade, bem como da paternidade, deve buscar, acima de qualquer aspecto e circunstâncias, observar o melhor interesse da criança, isso porque, embora tenhamos adotado neste trabalho o reconhecimento da filiação ao *casal desejoso*, portanto à mãe encomendante (ou aos encomendantes), devemos admitir que em dadas circunstâncias seja necessária a averiguação do bem-estar do bebê.

Necessário afirmar também que o melhor interesse da criança certamente poderá lhe ser assegurando quando tenha só pais ou somente mães, observada também a origem da *família* em relação homossexual.

Mas, quando o melhor interesse da criança possa



ser alocado em condição *secundária*, por deterem os dois lados (os procriacionais desejosos e a hospedeira) meios de promoverem esse interesse em alta conta, há de se ter pela maternidade e paternidade fixada ao *casal* que, buscando realização de projeto procriacional, no exercício de seu direito constitucional ao planejamento familiar, se socorre da técnica da cessão temporária de útero, privilegiando sua intenção, seu desejo, seu afeto.

Devemos repisar ainda nosso sentir quanto à razoabilidade da linha de orientação promovida pelo Conselho Federal de Medicina, na forma da Resolução n. 1.358/92, no sentido que a gestante, na prática da gestação de substituição, pertença à família dos beneficiários, ampliando possa ser a gestante pessoa fora desse eixo, considerando-se num ou noutro caso a realização de análise clínica-psicológica mais criteriosa, especialmente para esclarecer os riscos, sejam físicos ou emocionais.

A elaboração de documento que contenha o consentimento esclarecido e informado de todos os envolvidos é essencial. É esse documento que historiará a relação triangular estabelecida no útero de empréstimo. Deverá contudo o profissional médico observar em sua elaboração todo o sentir das partes, explicando-lhes as consequências, valendo-se de outros profissionais para garantir que haja clareza no entendimento dos envolvidos, requerendo a participação de psicólogos, assistentes sociais e juristas, quando necessário para a melhor compreensão dos efeitos dessa forma de gestação.

Impõe-se a elaboração e aprovação de lei concebida a partir de uma profunda reflexão interdisciplinar, envolvendo outras áreas da ciência, como bioética, medicina, psicologia, direito, genética e sociologia. A nova regulamentação deverá enquadrar tais procedimentos dentro de limites claros, precisos e seguros, que permitam o avanço da ciência, assegurando-se prioritariamente a saúde dos utilizadores das modernas tecnologias reprodutivas, e mais, assegurando-se

o amplo exercício do direito reprodutivo.

Há que se respeitar ainda, por sua excelência, os princípios constitucionais que amparam o direito à intimidade (art. 5º, X), o direito à saúde (art. 196) e o direito a formar uma família (art. 226, § 7º), fazendo surgir ao lado da filiação natural e da filiação civil, a filiação *artificial*, consolidando-se por derradeiro novos critérios para estabelecimento da filiação, identificando-se no elemento volitivo um novo fundamento da paternidade e da maternidade.

A previsão constitucional do direito ao livre exercício do planejamento familiar (Lei n.º 9.263/96) compreende o direito das pessoas de buscar a concepção de um filho desejado, pelo que não se pode admitir a proibição de uma técnica pelas dificuldades quanto ao manejo de regulamentação para o seu caso. É preciso que se estructurem regras legais, ainda que severas, permitindo aos cientistas da área da bioética erguerem meios para as curas de que necessitamos, dentre eles os experimentos saneadores da infertilidade e da esterilidade.

A gestação de substituição não é das técnicas mais acatadas no mundo jurídico, mas em alguns casos pode ser a única, e uma vez existindo a viabilidade do exercício desse método para a realização do projeto procriacional e de família na forma socialmente concebida, não podemos aceitar as vozes que dizem *não* à técnica, devemos sim apor intensos esforços para que se edite legislação capaz de regulamentar a questão, tornando legítima a parentalidade instituída.

Referências

ALMEIDA. Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos*. 2000. 345 p. Tese (Livre Docência) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.



ARANDA, Fernanda. 1ª grávida com óvulo doado no SUS. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 29, out. 2008. Disponível em: <<http://www.jt.com.br/editorias/2008/10/29/ger-1.94.4.20081029.16.1.xml>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

BALDINI, Gianni. *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*: riflessioni di diritto civile su alcune delle principali questioni poste dall'affermarsi delle metodiche artificiali di procreazione umana. Torino: G. Giappichelli, 1999. (Università/oggi, 1).

BARRIGA de aluguel – ético ou não? *Midiativa (Mídias Digitais*, 30 maio 2008). Disponível em: <<http://midiativa.wordpress.com/2008/05/30/barriga-de-aluguel-%E2%80%93-etico-ou-nao/>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

BAÚ, Marilise Kostelnaki. Capacidade jurídica e consentimento informado. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 285-296, 2001. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/281/280>. Acesso em: 18 ago. 2010.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

BERNAUER, Maura Castello. *Nascendo pais*: a transição para a parentalidade em reprodução assistida (RA). São Paulo, 2009. 194 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009.

BIOÉTICA: histórico. Disponível em: <<http://www.ghente.org/bioetica/historico.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

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

CANTUARIA, Raymundo Amorim. *Reprodução assistida*: filiação, controvérsias jurídicas. 2001. 287 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CASAIIS estrangeiros vão à Índia em busca de mães-de-aluguel. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/new_york_times/2008/03/10/casais_estrangeiros_vao_a_india_em_busca_de_maes_de_aluguel_1222824.html>. Acesso em: 08 jul. 2010).

CASO Baby M. Disponível em: <<http://bioetica.ude-sarrollo.cl/html/documentos/documentos/CasoBabyM.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

_____. A ectogênese e seus problemas. *Justitia*. São Paulo, v. 62, n. 189/192, p. 175-185, jan./dez. 2000.

_____. *O estado atual do biodireito*. 6. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 15. ed., rev. e atual. de acordo com a Lei n. 12.036/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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



FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

FRANCO, Alberto Silva. *Genética humana e direito. Bioética*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 17-29, 1996.

FRANCO JUNIOR, J. G. Reprodução assistida. In: CANNELLA, Paulo Roberto Bastos. VITIELLO, Nelson. *Tratado de reprodução humana*. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1996. p. 416-417.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. A maternidade substituta no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 13, n. 291, p. 22-26, 28 fev. 2009

_____. O Projeto de Lei do Senado n. 90/1999 – Procriação Mecanicamente Assistida. *Revista do Autor*, 31 dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=349&Itemid=63>. Acesso em: 15 abr. 2010.

JORNADA DE DIREITO CIVIL – ENUNCIADOS APROVADOS DE NS. 1 A 137. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados- aprovados?searchterm=Enunciado>>. Acesso em: 08 jul. 2010.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

LEMAÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho: ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999. 429 p. (Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho).

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

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 251-280.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-149.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. *Veja*, São Paulo, n. 2.059, 07 maio 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. Sem medo de ser feliz. *Veja*, São Paulo, n. 2.105, p. 104-106, 25 mar. 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250309/p_104.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2010.

MATOS, Isabel; LEAL, Isabel. Validação preliminar de uma técnica de avaliação feminino/materno. *Psicologia, Saúde e Doenças*, Lisboa, ano 1, n. 1, p. 69-77, 2000.

Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/psd/v1n1/v1n1a08.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”*. Curitiba: Genesis, 1998.



MONTENGRO, Karla Bernardo. *Gravidez de substituição*: uma mágica história real. Disponível em: <[MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. rev. e atual. até a EC n. 62/09 e súmula vinculante 24. São Paulo: Atlas, 2010.](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0ZZVWTHIWowJ:www.ghente.org/entrevistas/entrevista_gravidezsubst.htm+MONTENGRO,+Karla+Bernardo.>. Acesso em: 13 ago. 2010.</p></div><div data-bbox=)

MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

MULHER será mãe de aluguel de gêmeos no PE. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2007/09/19/mulher_ser225_m227e_de_aluguel_de_g234meos_no_pe_1012881.html>. Acesso em: 14 ago. 2010.

OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez de. BORGES JÚNIOR, Edson. *Reprodução assistida*: até onde podemos chegar?: compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma, duas!*: contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. (Coleção argumenium, 2).

RECEBERAM alta: primeiros bebês concebidos por barriga de aluguel no Brasil. *Veja*, São Paulo, Abril, edição 1.632, n. 33, de 19 jan. 2000. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/190100/datas.html>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. *Infertilidade e reprodução assistida*: desejando filhos na família contemporânea. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. (Clínica Psicanalítica).

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito*: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito in vitro*: da bioética ao biodireito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da Reprodução Humana Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Marise da Cunha. As técnicas de reprodução humana assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. *Bioética: Revista da EMERG*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, p. 348-367, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 537-583.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro de filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *A reprodução assistida e seus aspectos legais*. Brasília, 1º fev. 2003. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=3025&>. Acesso em: 08 ago 2010.

VIEIRA, André; FAJARDO, Vanessa. Barriga de aluguel é encontrada na região por até R\$ 200 mil. *Diário do Grande ABC*, 26 jul. 2009. Disponível em: <[http://www.dgabc.com.br/News/5757024/barriga-de-aluguel-e-encontrada-na-regiao-por-ate-r\\$-200-mil.aspx](http://www.dgabc.com.br/News/5757024/barriga-de-aluguel-e-encontrada-na-regiao-por-ate-r$-200-mil.aspx)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

WEBER, Lidia Natália Dobriansky. *O filho universal*: um estudo comparativo de adoções nacionais e internacionais. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/333.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2010.