

O direito ao livre planejamento familiar e a doação de útero

The right to free family planning and uterus donation

CHEILA APARECIDA OLIVEIRA

Doutoranda em Direito pela Estácio de Sá (Unesa, RJ). Professora adjunta de Direito Civil e Biodireito do Curso de Direito da Imed. Mestre em Direito na linha de pesquisa Biodireito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS 2008) com bolsa Capes. Especialista em Direito Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc/Ipejur). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Foi Bolsista da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduada em 1º lugar com Lâurea Universitária no Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF).

cheila.olive@hotmail.com.

Bianca Dalvit Lima

Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (Imed Passo Fundo, RS). Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (Imed Porto Alegre, RS).

bia_dalvit@yahoo.com.br.

RESUMO Pretende-se, por meio deste estudo, abordar o entendimento doutrinário acerca da (im)possibilidade de um pacto de gestação de substituição como instrumento de efetivação do direito fundamental à procriação, tendo em vista a necessidade de regulamentação jurídica desta prática, crescentemente adotada no Brasil. O ensaio objetiva elencar as implicações não só do ponto de vista jurídico, mas também sociais, psicológicas e éticas, no que se refere à prática, aceita pelo Conselho Federal de Medicina, porém carente de regulação apropriada. Assim, a pesquisa

justifica-se, posto que tal prática interfere em direitos e deveres e possibilita o exercício do direito fundamental de qualquer pessoa de procriar, uma vez que a legislação vigente não aborda, de forma clara e específica, sobre como proceder quando surge um conflito no que concerne à referida gestação de substituição e às obrigações das partes envolvidas. Discute-se se o correto seria definir tal prática como um pacto de prestação de serviço gratuito que garanta a obrigatoriedade da assunção do menor nos casos de problema de saúde ou como um contrato comercial de locação de coisa, aluguel de útero, ou se essa prática deveria ser inviabilizada, conforme projeto de lei em andamento, seguindo o art. 14 do CC/02, que só permite disposição do próprio corpo após a morte. O método utilizado foi o dialético, pois é importante considerar o entendimento contraposto da doutrina acerca do tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO FUNDAMENTAL; DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO; GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO; PACTO; PLANEJAMENTO FAMILIAR; REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA.

ABSTRACT The goal of this study is to address the doctrinal understanding of the (im)possibility of a pact of surrogate pregnancy as an effective instrument of the fundamental right to procreation, in view of the need for legal regulation of this practice, which is being increasingly adopted in Brazil. The study aims at listing the implications not only from a legal point of view, but also from social, psychological, and ethical ones since the practice is accepted by the Federal Medical Council but lacks appropriate regulation. Such research is justified because this practice interferes with rights and duties, and allows the exercise of the fundamental right of anyone to procreate, since the current legislation does not clearly and specifically address how one must proceed when a conflict arises in relation to the surrogate pregnancy and the obligations of the parties involved. The study discusses how such pact should be understood: as a free service-providing pact that guarantees the obligation of taking the child to medical care in the case of health problems, as a business lease contract of an object – a uterus rental – or the practice should be made unfeasible in accordance with a bill in progress, art.

14 of the CC / 02, which allows the disposal of one's body only after death. The method was dialectical because it is important to consider the doctrine's counterpoised understanding of the theme.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHT; TEMPORARY UTERUS DONATION; SURROGATE PREGNANCY; PACT; FAMILY PLANNING; LEGAL REGULATION.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio trata do direito fundamental da pessoa de procriar, de solidificar a família com a presença de um filho, formando o tão almejado triângulo familiar. Reflete sobre a viabilidade jurídica de um possível pacto que regulamente a doação temporária de útero como um possível meio de instrumentalizar esse direito reprodutivo de quarta geração, tendo em vista o aumento dos problemas de caráter sexual e reprodutivo e a crescente procura por tal procedimento no Brasil. O estudo considera que a prática de gestação de substituição deve ser tratada como um ato nobre, de solidariedade e altruísmo por parte de quem cede o útero – no caso a parente – para o processo de gestação, sendo que ao final do processo a criança deverá ser entregue aos pais socioafetivos que tão ardentemente desejaram o filho.

Desta forma, o ensaio tem por objetivo elucidar as observações doutrinárias sobre as implicações bioéticas e jurídicas da doação temporária de útero como mecanismo de efetivação de um direito constitucional e regulamentado pela Lei do Planejamento Familiar. Esta prática pode vir a ser inviabilizada pelo Projeto de Lei do Senado nº 1.184, de 2003, que dispõe sobre a reprodução assistida. Este Projeto de Lei está pendente de aprovação e impossibilita, pela criminalização, a participação no procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica. No entanto, em contraposição, há um adendo a tal projeto que libera essa prática, demonstrando que ainda não há opinião majoritária formada sobre o tema em questão e nem legislação aprovada.

É de fundamental importância discutir tais implicações da posição doutrinária no que se refere ao procedimento de doação temporária do

útero. Considerando-se que ao abordar o tema proposto abarca-se uma diversidade de contextos, também são pontuadas as implicações sociais de um modo geral e, ainda que de forma breve, questões relacionadas à religião e à psicologia. Em virtude de as técnicas de reprodução assistida estarem cada vez mais inseridas no cotidiano da sociedade brasileira, elas precisam ser regulamentadas por legislação específica, o mais rápido possível.

O presente ensaio tem como finalidade, portanto, demonstrar histórica e conceitualmente o procedimento da gestação de substituição na reprodução assistida, tendo como base o esclarecimento de critérios específicos para a realização desta prática, de acordo com o que estabelecem as resoluções médicas. Ademais, direciona-se no intuito de abordar as implicações bioéticas e jurídicas da prática de gestação de substituição abarcando indiretamente as implicações sociais e sua possível atualização, introduzindo a modificação que o adendo ao Projeto de Lei nº 1.184/2003 faz com relação ao tema, tratando sobre a possível proibição da prática pelo projeto original, na busca de sua efetiva regulação.

A metodologia utilizada para a realização do ensaio não poderia ser outra senão a dialética, visto que o principal instrumento utilizado em sua elaboração é a orientação literária contraditória, para além da legislação disponível no atual sistema jurídico brasileiro. A legislação é indiscutivelmente precária, apesar da relevância para a sociedade brasileira, posto que a busca pela utilização do procedimento de gestação de substituição tem sido mais frequente, embora as normas, em contrapartida, não acompanhem a velocidade dos acontecimentos. Por conseguinte, isto gera inquietação por parte de quem quer utilizar esta técnica, pois não há um posicionamento majoritário formado a respeito da garantia de um direito constitucional fundamental e nem legislação específica.

CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Na história da humanidade, sempre houve uma preocupação com a fecundidade; situações de esterilidade na família geralmente ocasio-

navam desestabilização no grupo. A esterilidade era considerada um fator negativo em épocas distantes, como menciona Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 17), demonstrando que a percepção social atribuía a infertilidade a um problema de ordem feminina: “A mulher estéril era encarada como ser maldito que precisava ser banida do convívio social”. Ainda, com relação à esterilidade feminina, Fustel de Coulanges (2011, p. 66) relata bem o papel da mulher no seio do matrimônio e o que acontecia em caso de infertilidade: “Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, pareceria justo que pudesse anular-se no caso da esterilidade da mulher”. Segundo Leite, somente no século XVII é que Johann Ham afirmou que a esterilidade também se tornava possível em virtude da escassez ou ausência de espermatozoides.

Considerando a problemática social sobre a infertilidade no decorrer do tempo, os estudos foram se aperfeiçoando e, a partir do século XX, foram realizadas diversas pesquisas em animais, inclusive a realização da técnica chamada fertilização *in vitro* (FIV), mas somente no final da década de 1970 esse procedimento foi realizado com sucesso em seres humanos, nascendo os denominados bebês de proveta. Foi o caso da menina Louise Joy Brown, gerada pela técnica de fertilização *in vitro* pelos médicos Dr. Steptoe e Dr. Edwards, que nasceu em 20 de julho de 1978, na cidade de Oldham, Inglaterra. Em seguida, um segundo bebê nasceu na Índia pela técnica realizada pelo Dr. Bhattacharya e, em 1979, um terceiro bebê nasceu na Escócia, sendo o procedimento efetuado pelos doutores de Louise Brown (LEITE, 1995, p. 18-20).

Conforme Maria Helena Machado (2003, p. 39-40), os primeiros resultados provenientes da técnica de fertilização *in vitro*, aqui no Brasil, foram discutidos no ano de 1984, pela equipe do Dr. Nilson Donadio, no Simpósio Nacional de Reprodução Humana.

Machado (2003, p. 40) relata o primeiro procedimento realizado com sucesso no País:

O primeiro caso registrado com sucesso ocorreu em 07.10.1984, através de Nakamura e sua equipe, com o nascimento de Ana Paula, realizado pelo laborató-

rio de FIV do Hospital Santa Catarina em São Paulo. A possibilidade de congelamento dos embriões é que proporcionou um grande salto quantitativo na eficiência e utilização da Fivete.

A maior parte do procedimento de fertilização *in vitro* ocorre fora do corpo, ou seja, é coletado o líquido folicular da mulher, encontrado o óvulo; há adição ou suspensão do esperma ao óvulo. Posteriormente à divisão celular, o ovo é transferido para o útero.

Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz (2000, p. 94) mencionam: “com a fecundação, após horas ou até dois dias, o óvulo é colocado no útero da mulher. Se ocorrer a adesão do óvulo ao útero (nidificação), a gravidez segue seu ritmo normal”.

Cabe ressaltar que essas técnicas são realizadas tanto de forma homóloga (material genético dos cônjuges) como heteróloga (material genético de terceiros).

Neste sentido, Machado (2003, p. 34) aborda as técnicas e trata da mãe de substituição:

Sendo implantado no útero da mãe pode ocorrer a inseminação homóloga (quando o sêmen é do varão) ou heteróloga (quando o sêmen é de um doador). Se implantado no útero de uma hospedeira ocorre a inseminação heteróloga, visto poder ser tanto o sêmen quanto o sêmen e o óvulo originados de terceiro.

Dentre as diversas técnicas envolvidas na reprodução assistida, faz-se menção ainda ao procedimento GIFT (Transferência Intratubária de Gametas). Tal procedimento foi proposto pelo Dr. Ricardo Asch, argentino, no ano de 1984, sendo que o primeiro nascimento oriundo desta técnica foi em 1985. Seu procedimento é semelhante ao da fecundação natural. Leite (1995, p. 48) explica que “embora a transferência intratubária de gametas (GIFT) seja oriunda da FIV, não se confunde com esta. Na GIFT, a fecundação não ocorre ‘in vitro’, mas ‘in vivo’”. Ou seja, esse procedimento ocorre no corpo e não fora dele e, conforme bem coloca

Giovanni Russo (1997, p. 194), “A GIFT se constitui na aspiração do ovócito e sua transferência nas trombas juntamente com os espermatozoides”. O procedimento inicial é o mesmo da FIV, pois consiste na estimulação do óvulo e a preparação do esperma, sendo que haverá o encontro do esperma com o óvulo de forma natural (MACHADO, 2003).

Em virtude de essas práticas terem sido utilizadas no passado e ganhado força no decorrer dos anos, mais precisamente no que concerne às técnicas heterólogas, há que se referir sobre a doação de materiais genéticos, o esperma, óvulos e embriões.

Essas doações, como o próprio nome já diz, são de caráter gratuito, como bem disposto na Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

E como menciona Leite (1995, p. 58): “É a doação altruísta que, embora rara, ocorre”.

Ainda conforme o regramento estabelecido na referida resolução, as doações são anônimas, visando à preservação da identidade do doador. É importante a referência a um critério estipulado por tal resolução no tocante à doação de gametas, que é o cuidado em evitar que um doador (a) produza mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes, na região de localização da unidade, em uma área de um milhão de habitantes, para que não haja uma possibilidade considerável de duas pessoas consanguineamente irmãs, sem terem conhecimento, venham a se relacionar de maneira amorosa e constituir matrimônio.

Sabe-se que estas não são as únicas técnicas de reprodução assistida. Há muitas outras técnicas, as quais, porém, não serão abordadas no presente ensaio.

Há que se ressaltar, porém, uma técnica específica: a gestação de substituição, que adveio do amadurecimento de todos estes procedimentos de reprodução assistida, no entanto sem a possibilidade de a mulher levar adiante a gestação.

Como explica Leite (1995, p. 66): “quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe”, de nada adiantaria a realização dessas técnicas.

Tendo em vista essa angústia para os pais, recorre-se a uma terceira pessoa para gestar o bebê e, nesse ínterim, surgem os problemas éticos, sociais, psicológicos e até mesmo jurídicos desse procedimento.

Nesse sentido, faz-se mister referir alguns conceitos dentro da técnica da gestação de substituição, que envolve de duas a três pessoas, como menciona Francisco Vieira Lima Neto (2001, p. 126):

Na relação de maternidade substituta, ou maternidade sub-rogada, são partes uma mulher (e, normalmente, seu esposo ou companheiro) que, fornecedora ou não de material genético, tem desejo de ter o filho, [...] e uma mulher que, por dinheiro ou altruísmo, cederá seu útero.

Ou seja, a maternidade de substituição comporta a característica de “mãe portadora”, sendo aquela que tão somente empresta o útero, sem qualquer vínculo genético com a criança, como a “mãe de substituição”, referida pelos autores como aquela mulher que não só empresta o útero para gestar a criança, como também cede o material genético, sendo genitora e gestante. Qualquer que seja o caso, após o término da gestação, quando do parto, ela deve entregar o bebê ao casal, conforme acordado.

Cabe lembrar que o empréstimo temporário do útero só é possível quando houver um problema médico que impeça a mulher que deseja ter o filho de gestá-lo ou, então, haja um problema de saúde que contraindique esta gestação.

Por óbvio, no decorrer da história, tais práticas geraram desconforto em diversos âmbitos da sociedade global, pois essas novas biotecnologias – procedimento de fecundação fora do corpo da mulher, a utilização de material genético de terceiros ou, ainda, uma gestação concretizada por uma mulher fora do núcleo conjugal – envolvem situações nunca antes imaginadas possíveis pelo homem. Por conseguinte, tais procedimentos têm de ultrapassar barreiras, dos mais diversos cunhos, notadamente religiosas, psicológicas e éticas, a fim de conquistar seus devidos espaços na sociedade de consumo pós-moderna.

Breve menção aos aspectos religiosos, psicológicos e éticos da prática de doação temporária de útero

Em virtude de todo esse progresso concernente às técnicas de reprodução assistida, bem como a doação temporária do útero, o sistema social, em sua diversidade, posiciona-se quanto a tais procedimentos. É importante avaliar o posicionamento religioso, visto que a religião ainda possui uma opinião forte diante da sociedade, pois as novas tecnologias influenciam moralmente. A Igreja Católica, em especial, posicionava-se contrariamente a essas práticas desde o último século, como explica Leite (1995, p. 71):

A Igreja Católica – como ocorreu na maioria das grandes alterações sociais do último século – desconheceu, inicialmente, a extensão desta evolução, ou simplesmente, na impossibilidade de apreendê-la integralmente, manifestou seu total repúdio às novas experiências. Num segundo momento, decorrente de reflexão amadurecida, posicionou-se apresentando ora tendência mais rigorosa, ora mais democrática.

Nesse diapasão, verifica-se que o casamento, na visão religiosa da Igreja Católica, tem e tinha como função a procriação e, por consequência, não se poderia pensar em métodos artificiais, pois as tecnologias da reprodução assistida possibilitam a procriação por método sem relação sexual, e, na visão do catolicismo, isso não é admissível do ponto de vista moral. Leite (1995, p. 73) refere: “para o catolicismo, o dom da vida, confiado por Deus ao homem, impõe a este a obrigação de tomar consciência de seu valor inestimável e, [...] assumir a responsabilidade deste dom”. Portanto, não é admissível que as técnicas substituam a responsabilidade do homem no dom da procriação. Além disso, pode-se referir que a técnica heteróloga é considerada um ato imoral, e mesmo a criança oriunda destas práticas é vista sob uma ótica de ilegitimidade pela Igreja, segundo relata Leite (1995, p. 74):

A inseminação heteróloga é contrária à unidade do casamento. O recurso aos gametas de uma terceira pessoa constitui uma violação do compromisso recíproco dos cônjuges e uma falta grave à unidade do casamento. Constitui uma ofensa à vocação comum dos esposos chamados à paternidade e à maternidade.

Ligando tal fato à gestação de substituição, ainda hoje a Igreja Católica a reprova, pois a gestação só será digna se originada de uma relação interpessoal dentro do matrimônio.

Dessa forma refere Monica Sartori Scarparo (1991, p. 26):

[...] as técnicas médicas que interferem no ritmo natural da vida, como a inseminação artificial, o bebê de proveta e o aluguel de útero, não recebem qualquer reconhecimento, pois, ‘em caso de infertilidade a única solução que a Igreja apresenta é a adoção’. Questionado sobre quem seria a mãe da criança – se aquela que cedeu o óvulo ou a que cedeu o útero – manifestou-se o assessor da pastoral familiar da CNBB afirmando ser a questão mais “jurídica que teológica”. Segundo ele, a Igreja, ao manter suas orientações, não está fechando os olhos para a realidade, mas simplesmente não aceita esta realidade.

Observa-se que o procedimento da gestação de substituição é visto negativamente pela Igreja Católica não só por ser uma inseminação heteróloga, mas também porque envolve uma terceira pessoa no casamento, dando uma conotação de adultério, do ponto de vista católico. No entanto, não somente a Igreja Católica é contrária a esta prática; também a rejeitam a Igreja Anglicana e o judaísmo. Scarparo (1991, p. 27) explica que a umbanda admite as inseminações artificiais sob o argumento de que o homem pode utilizar-se de sua inteligência para corrigir seus defeitos; o mesmo diz o espiritismo.

Anteriormente as práticas de reprodução assistida de forma homóloga também não eram recomendáveis, pois também não tinham con-

dão natural, conforme demonstra Leite (1995, p. 76) com base na declaração de Pio XII: “1º) porque o esperma do marido só pode ser obtido por masturbação, ato contrário à natureza, [...] 2º) [...] a fecundação se realiza fora de qualquer contato sexual, logo, em condições contrárias à ordem natural”. Atualmente, a Igreja Católica vê a inseminação homóloga de outra forma, posto que o direito canônico não estabelece nenhuma indicação sobre o procedimento, podendo ele ser usado.

Com toda essa carga opinativa do sistema religioso, a sociedade molda-se e posiciona-se diante destas novas tecnologias, mas independentemente disso, a evolução científica não estaciona, abrindo um leque de possibilidades e esperança aos pais que desejam ter filhos mas não consigam pelo método natural, ou seja, pelo ato sexual.

Em virtude dos avanços científicos revolucionários que envolvem técnicas novas e na maioria das vezes bem-sucedidas de reprodução humana, aguçou-se o interesse dos profissionais da área psicológica, fazendo com que eles passassem a analisar mais profundamente os reflexos psicológicos, um tanto quanto ameaçadores, que estão atrelados às práticas envolvendo tais tecnologias, buscando um padrão de conduta diante da ética e da religião oscilantes na sociedade e levando em conta a responsabilidade moral das pessoas que buscam as técnicas de reprodução assistida e também a gestação de substituição.

Neste condão, explica Leite (1995, p. 98): “tal alteração na ordem natural dos acontecimentos provoca interrogações essenciais sobre o sentido e o valor de tais poderes, gerando na psique humana uma série de conflitos”.

Questões como estas ultrapassam a esfera do casal e seus reflexos psicológicos atingem as crianças oriundas das técnicas de reprodução assistida, especialmente quando a técnica é realizada na forma de inseminação heteróloga, como menciona Leite:

Se a inseminação artificial homóloga não cria maiores problemas de ordem psicológica, já que a matéria manipulada é originária do marido e da mulher, a inseminação heteróloga, com doador do esperma, estranho ao casal,

é traumatizante e paradoxal, na medida em que permite o estabelecimento de uma aparente conformidade às normas sociais e individuais da filiação, independente da notória transgressão dessas normas. (1995, p. 98).

Tendo em vista essa problemática de caráter psicológico que envolve a criança, a preocupação volta-se para sua afetividade, posto que o modo de concepção heterólogo geraria uma probabilidade considerável de risco em seu desenvolvimento afetivo, levando os estudiosos, portanto, a considerarem a importância de vedarem o anonimato dos doadores, possibilitando à criança descobrir suas origens.

Neste diapasão, trabalhando com os reflexos sociais e culturais que a pessoa sofre desde o nascimento e no decorrer da vida em consequência da gestação de substituição, têm-se a preocupação com as duas mulheres envolvidas nesse processo, a que ficará com a criança e a criará e a que simplesmente gestará a criança, sem entrar no problema biológico (o fato de a mãe gestante ser aquela que só emprestou o útero ou, além de emprestá-lo, cedeu material genético). O que deve ser alvo de aprofundado cuidado, quanto à mulher que criará a criança, é o fato de que esta deve ter um acompanhamento psicológico, pois terá que assimilar esta experiência de não ter gerado a criança para que não repasse a ela sua falta de autoestima, em virtude de não saber a quem o filho pertence ou de se sentir uma ladra. Já com relação à mulher que gestará o bebê, o cuidado a se ter é saber se ela conseguirá assimilar esta experiência e seu papel no procedimento, para que não se sinta inferiorizada ou utilizada meramente como um objeto descartável posteriormente à gestação, com a entrega do bebê, nem se enxergue como uma máquina reprodutora.

Em relação não só à gestação de substituição como também em relação à adoção, explica Scarparo (1991, p. 33), com base em entrevista pessoal com a psicanalista Halina Grymberg: “Sobre a possibilidade de os casais optarem entre o contrato de gestação e a adoção, entende a psicanalista que a preferência deveria recair sobre a adoção de uma criança abandonada”, tendo em vista os reflexos que a gestação de substituição

poderia acarretar psicologicamente. Mas não só isso, “para ela, o fato de desejar ter um filho através do procedimento da barriga de aluguel poderá, em muitos casos, resultar de vaidade”.

Desse modo, o que deve preceder a busca por procedimentos de reprodução assistida é a análise da verdadeira motivação para sua realização. É, necessário que os envolvidos tenham um bom amparo psicológico, para que não restem dúvidas sobre seus devidos papéis nestes processos e para que a futura criança capte influências de um meio sadio e apto a recebê-la, e não seja sobrecarregada com um possível orgulho ferido dos pais por não poderem gerá-la por intermédio do ato sexual.

Com isso, as técnicas de reprodução assistida passaram a desafiar a sociedade, em razão de seus níveis razoáveis de sucesso e do aumento do seu índice de procura, fazendo com que profissionais de áreas multidisciplinares opinem e contribuam com os seus conhecimentos para melhor adequar e regulamentar tais procedimentos. Mas, primeiramente, vislumbra-se uma imensidão de questionamentos concernentes a valores fundamentais, tendo em vista o grau de polêmica que estes processos geram.

O que contribuiu para preencher as lacunas dos questionamentos e discussões que surgiam pelo caminho em torno de algo até então inédito para sociedade – a procriação artificial – foram a ética e a bioética, pois todos esses processos abarcam um conglomerado de critérios e valores morais dentro de cada ser e, estas duas áreas ajudam a sanar as obscuridades que a ciência, por meio de procedimentos de reprodução assistida, ocasionou na sociedade em geral.

Sobre isso, bem demonstram Sauwen e Hryniewicz sobre o papel da ética:

se a experiência da moralidade é comum a todos os homens, em todas as sociedades, nem todos são capazes de desenvolver a crítica do conteúdo da moral: esta tarefa cabe à ética [...] Diante dos impactos causados pelas grandes descobertas feitas pelas ciências da vida e da saúde nas últimas décadas, a bioética tem a proposta de debater sobre os impactos por elas produzidos,

sobre suas aplicações e sobre o comportamento mais adequado ao homem, à medida que estas vão produzindo suas novidades. (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 13, 17).

Nessa lógica, dentro dos papéis desempenhados pela ética e bio-ética, o que surge, diante da fertilização artificial é o questionamento sobre sua finalidade: se pode ser considerada detentora de um objetivo nobre, tendo em vista a realização do sonho de pais estéreis em terem filhos, ou se percorre por caminhos perigosos, com intenção tão somente voltada a pesquisas para aprofundar o conhecimento do estágio máximo de manutenção da gestação humana fora do corpo, ou então para fins de eugenia, para conhecer as características, bem como para melhor aprofundar o conhecimento do desenvolvimento da vida humana, podendo, inclusive, ter a finalidade de utilizar o ser humano como um objeto comercializável.

Conforme Machado (2003, p. 84) expôs em sua obra, essas discussões possibilitaram um olhar mais cauteloso de todos sobre tais procedimentos científicos da vida humana.

Considera-se sempre que a partir da concepção o que se tem em jogo é uma vida humana e que não se pode brincar com ela.

A intervenção da ciência a partir destas novas técnicas desafia o sistema social a opinar sobre questões que em outra oportunidade foram consideradas de foro íntimo do casal.

E o fato de provocar um nascimento decorrente de um procedimento artificial gera interrogações éticas. Como coloca Leite (1995, p. 137), “não [é] pelo fato de tratar-se de algo artificial, mas em decorrência da indefinição do direito da criança, do direito de família, do direito dos pais e do direito do embrião, até o presente momento aguardando um posicionamento legal preciso”.

Sabe-se que essas técnicas por vezes são realizadas a partir do material genético dos próprios pais, porém também há a possibilidade de envolverem terceiros, como a mãe de substituição, a mãe gestante ou simplesmente o material genético de pessoa estranha ao casal; há tam-

bém o caso de procriação artificial solicitada por mãe solteira ou por casais homossexuais. Tais fatos geram questões de cunho ético e bioético.

No que diz a respeito à doação temporária do útero, faz-se necessária a análise sobre o aspecto do verdadeiro objetivo do casal ao buscar outra mulher para gestar (da mãe portadora) ou, além de gestar, doar material genético (mãe de substituição), para obter-se um nascimento. Deve-se questionar a real intenção da gestação de substituição, levando em conta a questão emblemática da comercialização.

Por óbvio que em se tratando apenas de um capricho corporal de ordem estética da mulher que deseja ter filhos, ou que por qualquer outro motivo não queira sofrer as consequências de uma gravidez, esta mulher não tem respaldo ético para sequer ter filhos.

Menciona Andrew C. Varga (2005, p. 107): “a mulher que não está disposta a fazer o sacrifício de dar à luz seus filhos, não fará, provavelmente, o sacrifício de educá-los e deles cuidar”. Segundo o autor, é preciso levar em conta também a mulher gestante, que terá uma ligação afetiva com a criança, possibilitando um desequilíbrio na vida desta quanto à sua identidade, deixando a criança à mercê de apenas um desejo da mãe geradora, não se considerando, nesses casos, sua existência como pessoa, como um fim em si mesmo, mas como meio de satisfação do desejo dos pais pelo filho a todo custo.

Da mesma forma, é considerada reprovável a comercialização ou aluguel do útero, como os autores chamam, por de fato tornar-se uma atividade exploradora, gerando um impacto no corpo da mulher, reduzindo-o a uma máquina reprodutora e, além disso, impondo à criança a característica de mero produto comercializável.

Outra questão relevante na seara da maternidade de substituição envolve a vida sexual da mãe portadora e/ou de substituição, tendo em vista a existência de possíveis dúvidas sobre a gravidez, ou seja, se de fato a criança adveio da inseminação artificial ou de um ato sexual. Isso configura dúvidas inclusive quanto à paternidade e/ou maternidade genética, não sendo possível garantir nenhuma dessas hipóteses e podendo gerar conflitos envolvendo a guarda dessa criança e a maternidade/paternidade biológica.

Dentre outros possíveis danos à mãe gestante, como problemas obstétricos inerentes e decorrentes da gravidez, há os problemas psicológicos em virtude da entrega do bebê. Há, ainda, a possibilidade de a criança nascer com malformações ou anomalias e ser rejeitada tanto pelo casal como pela mãe gestante, como explica Leite (1995, p. 191). Nesse caso, faz-se o quê? É contrato de entrega de coisa certa?

Todas estas inseguranças oportunizam à bioética o debate dessas questões emblemáticas, que, como mencionam Sauwen e Hryniewicz (2000, p. 43), “[...] têm por objetivo resguardar os valores fundamentais”.

Sabe-se que todo este aparato de discussões no campo ético e bioético acarreta uma preocupação de regularização dos procedimentos de reprodução assistida, na área do direito, visto que há uma carência de legislação específica para tratar do assunto. Há o art. 14 do CC/02, que somente valida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, o que impossibilitaria o comodato de útero, mas sabe-se que a demanda por útero de substituição tem aumentado no País.

O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA PRÁTICA DE DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

A escassez de legislação para o tema vem sendo suprida pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que nem sempre sanam as lacunas, pois as resoluções têm a finalidade de guiar as condutas médicas, não adentrando na seara do direito propriamente dito, e, por consequência, não resolvendo os conflitos que desses processos podem surgir.

Há também a Lei do Planejamento Familiar nº 9.263/1996, que esclarece o direito fundamental de desejar ter filhos e planejar a constituição de uma família, sem que haja interferência exterior nessa escolha.

A respeito do assunto, Maria Claudia Crespo Brauner entende que há:

o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva.

Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento de filhos desejados. (2003, p. 51-52).

O que deve ser questionado é se a procriação é um direito absoluto, decorrendo disso imensas discussões. Dentre outras questões da reprodução assistida, considera-se importante mencionar a situação do embrião extracorpóreo, como menciona Scarparo (1991), e seus direitos, tendo em vista a problemática concernente à definição do momento em que o embrião humano passa a ser titular de direitos, embora não assuma uma ligação corpórea com a mãe, por ter sido gerado fora do corpo.

Nesta perspectiva, o Código Civil Brasileiro expõe, em seu art. 2º, que o início da personalidade jurídica material é a partir do nascimento com vida. Entretanto, tal artigo tem lacunas, pois há um prolongado debate entre os doutrinadores sobre o assunto, posto que o mesmo artigo defende que os direitos do nascituro devem ser preservados desde a concepção. Mas há entendimentos de que o embrião extracorpóreo não estaria abarcado no conceito de nascituro, apenas o intrauterino, de modo que até o 14º dia a partir da concepção *in vitro*, poder-se-ia, inclusive, fazer pesquisas com o embrião extracorpóreo, conotando, portanto, a desconsideração desse embrião como um sujeito de direitos.

Opinando contrariamente, Scarparo (1991, p. 44- 45) refere:

Em síntese, o princípio a ser adotado para dirimir estas questões seria o da prioridade da pessoa humana sobre os interesses da ciência, pelo simples fato de que esta, a ciência, só tem sentido na medida em que está a serviço da humanidade. Em consequência, deverá encontrar formas de desenvolver as atividades de pesquisa que preservem os valores inerentes ao embrião humano, porque é vida e merece ser respeitado.

Já no que concerne à gestação de substituição, o art. 13 do CC/02 veda a disposição do próprio corpo, a não ser em casos de exigência

médica, e o Conselho Federal de Medicina estabelece critérios para sua prática que são regradados pela Resolução nº 2.121/2015, determinando a observação de alguns requisitos para a efetivação dessa prática. Dentre tais requisitos, deve existir um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou ser caso de união homoafetiva. Igualmente, exige-se que as doadoras temporárias do útero pertençam à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, seguindo, inclusive, disposição constitucional em seu art. 199. Deve-se elaborar, ainda, um termo de consentimento livre e esclarecido, assinado pelos pacientes, e um termo de compromisso, entre os pacientes e a doadora temporária do útero, estabelecendo a filiação da criança.

Acerca do tema, a Constituição de 1988 abarca expressamente os princípios fundamentais que corroboram a condução dos processos de reprodução assistida e de gestação de substituição, como a dignidade da pessoa humana. Tal princípio está disposto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, devendo ser observado nestas situações.

Além de ser observado o critério da não comercialização desta prática, deve-se considerar rigorosamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, para que se evite a possibilidade de inferiorizar o ser humano à condição de coisa, tanto do ponto de vista da criança que será gerada e gestada como da mulher que gestará a criança. Tal princípio também está disposto no art. 226, parágrafo 7º, da Constituição, pois abrange o princípio da paternidade responsável, como direito fundamental, na esfera do planejamento familiar, bem como no art. 227, que estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, a dignidade, além de todos os outros cuidados a ela necessários.

Nesta perspectiva, a Constituição elenca, entre os direitos e garantias fundamentais, o direito à saúde e à maternidade, possibilitando o entendimento acerca da liberdade que a mulher tem na busca de procriar, embora não haja menção expressa às situações de esterilidade e

de procura por métodos artificiais de procriação. O que se extrai do art. 6º, do texto constitucional é o direito e a garantia fundamental que a mulher tem à maternidade.

Inverteram-se os papéis, visto que antigamente a maternidade era sempre certa e a paternidade era presumida. Com a incidência da prática de doação temporária do útero, a mãe passou a ser incerta e o pai, certo, pois, nestas circunstâncias, quem seria a mãe, àquela que doou o óvulo, a que gestou ou a que se propôs a criar o filho e, para isso, foi em busca dessa técnica? Daí nasce a polêmica sobre a maternidade e as dúvidas de natureza jurídica.

É importante referir, ainda, o artigo 1.593 do Código Civil, que aborda que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

No contexto do direito fundamental de qualquer pessoa à procriação, Márcia Correia Chagas (2005, p. 61) entende que

Como todos os direitos fundamentais, o direito à liberdade do planejamento familiar, pode ser depreendido de outros princípios de direitos fundamentais, pois todos se referem à realização, a mais plena possível, do máximo das potencialidades do ser humano como pessoa.

Ao analisar a Lei nº 9.263/1996 – que regula o § 7º, do art. 226, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar – é possível vislumbrar que é garantido igualmente, à mulher, ao homem, ou ao casal, o acesso às ações que envolvem a esfera da fecundidade, estando disposto em seu artigo 2º, parágrafo único, a vedação da utilização das ações referentes à fecundidade para fins de qualquer tipo de controle demográfico. Ademais, a referida lei aborda o aspecto dos contraceptivos, pois também está imbuída no planejamento familiar esta faculdade que os pais têm de querer ou não ter filhos.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar *serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e*

que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia. (grifo nosso)

O parágrafo único, do artigo 9º supracitado, demonstra que o legislador teve cautela e o objetivo de esclarecer sobre qual viés poderão ocorrer esses métodos de concepção e contracepção, ou seja, somente mediante avaliação e acompanhamento clínico e, sobretudo, mediante informação dos riscos, vantagens, desvantagens e eficácia, para garantir mais segurança quanto ao exercício do planejamento familiar.

Já no que tange à gestação de substituição, a legislação não aborda de forma expressa essas situações, entretanto abarca de forma implícita esse processo, tendo em vista a garantia que a lei expressa sobre a utilização de todos os métodos para concepção e contracepção e, com isso, a possibilidade da gestação de substituição está amparada pela lei.

Entendem Oliveira e Marques (2009) que a legislação do planejamento familiar veio ao encontro da liberdade constitucional que o cidadão possui de optar por ter ou não filhos, visto que essa seara pertence à intimidade de cada um. Apesar disso, devem-se vedar os interesses egoístas das pessoas, que buscam essas técnicas somente para satisfazer um capricho ou obter uma satisfação individual, sem levar em conta os interesses da criança. A finalidade da referida legislação é observar os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, dos melhores interesses da criança, tendo como embasamento um caráter humanista dentro do direito, principalmente na esfera da família.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo (2006, p. 15-16) refere que:

[...] desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha

de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado –, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros.

Ou seja, sempre que observados os princípios constitucionais acerca do tema, não há por que haver interferência do Estado, pois no que compete à prole, somente o indivíduo ou o casal pode decidir, sem que sejam necessárias políticas atípicas de controle da sexualidade.

Nesse contexto, tem-se o reconhecimento internacional dos direitos sexuais e reprodutivos, como menciona Brauner (2003, p. 8-9): “dentre os principais triunfos, insere-se principalmente o aperfeiçoamento da legislação pertinente à mulher, a melhoria da condição feminina através da criação de políticas dirigidas à saúde reprodutiva, à proteção à maternidade”.

Para além da Lei de Planejamento Familiar, que dispõe sobre o direito de procriação ou contracepção da pessoa, há em tramitação vários projetos de lei que tratam sobre o tema da reprodução assistida; no entanto, deve-se destacar o Projeto de Lei (PL) nº 1.184/2003, de iniciativa do Senado Federal.

Dentre os demais projetos, o PL nº 1.184/2003 é o mais bem elaborado, tratando da reprodução humana assistida de forma mais estruturada e detalhada, oferecendo uma amplitude no que concerne ao tema. Porém, foi o primeiro projeto a vedar a prática de gestação de substituição, como dispõe o artigo 3º: “É proibida a gestação de substituição”. Não bastasse essa proibição, tal prática ainda é considerada crime e passível de punição, conforme o artigo 19, inciso III do referido projeto:

Art. 19. Constituem crimes: [...] III- participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica.
Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Ou seja, todos os envolvidos na técnica da reprodução assistida por meio da gestação de substituição podem ser punidos caso esse projeto seja aceito, tanto o beneficiário, o intermediário, como também o executor. Na sequência, o projeto menciona a perspectiva da filiação sob a ótica da socioafetividade sobrepondo-se à ótica biológica.

Foi pensado, no referido projeto, em 2012, o Projeto de Lei nº 4.892/2012, de autoria do deputado Eleuses Paiva, que permite a gestação de substituição quando houver: “fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento”. Além desta condição, é frisada a vedação de caráter econômico, além de estabelecer que o grau de parentesco da doadora temporária do útero cai pela metade, ou seja, é até o segundo grau consanguíneo, o que reduziria a probabilidade de não entrega da criança por uma parente mais distante, como uma prima, parente de quarta grau. Mas excepcionalmente será admitida a gestação por pessoa que não seja parente, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina. O projeto ainda prevê que em todos os casos indicados há necessidade de ser formalizado um pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente, antes do início dos procedimentos médicos de implantação.

Percebe-se que não há somente omissão por parte do Legislativo, tampouco por parte do Judiciário. Como entendem Sauwen e Hryniewicz (2000, p. 99), não se pode ver somente por esta ótica. A falta de legislações específicas também é ocasionada por dificuldades de caráter ético, social, no que tange às novas técnicas de reprodução humana artificial. Ainda conforme os mesmos autores, estes vácuos normativos originam-se da dificuldade em se produzirem normas de alta complexidade subjetiva, que atingem valores fundamentais na sociedade, principalmente os imbuídos na família.

Nesse condão, é possível verificar discrepância entre os projetos de lei em tramitação, pois um prevê a vedação da prática de gestação de substituição e outro prevê a possibilidade, como também a necessidade, da elaboração prévia de um pacto, o qual será submetido à homologação judicial, sem a qual será considerado nulo.

Outro questionamento que se tem é sobre o entendimento doutrinário acerca da possibilidade de elaboração de um pacto e quais seriam seus desdobramentos a partir de uma perspectiva principiológica, cumulada com os valores fundamentais do ser humano.

Indaga-se se teria ou não validade jurídica um pacto que tivesse como objeto partes do corpo humano ou o próprio ser humano, ou se este pacto teria apenas a conotação de regular um serviço prestado altruisticamente, e não negociar o corpo humano ou a pessoa, na hipótese de ser aceito e viabilizado juridicamente.

Embora haja opiniões divergentes acerca do tema, deve-se considerar a importância do respeito ao livre exercício do planejamento familiar, bem como dos direitos sexuais, que tem por finalidade proporcionar o bem-estar de cada indivíduo na sociedade, protegendo os direitos fundamentais, mais precisamente o direito à procriação. Deve haver, portanto, melhor regulamentação sobre o tema, pois o Judiciário precisa estar preparado e apto para julgá-lo.

(IM)POSSIBILIDADE DA PACTUALIZAÇÃO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

A questão da possibilidade de elaboração de um pacto gera uma discussão emblemática, tendo em vista justamente seus reflexos. O que se tem hoje é algo obscuro, dúvidas sobre o desfecho da prática de gestação de substituição na hipótese de surgirem conflitos a partir da questão da filiação, pois envolve o próprio direito de família, todo o círculo familiar. Ou seja, como a futura criança será considerada no seio das famílias? Como sua filiação será considerada na seara jurídica, principalmente se houver conflitos entre os envolvidos? Que papel possui o pacto de gestação de substituição? Qual é sua finalidade?

Todos os questionamentos supracitados movimentam boa parte da doutrina, voltada ao direito civil e ao biodireito, para analisar e opinar quanto à validade deste pacto e a vulnerabilidade jurídica no que concerne ao uso de tal procedimento.

Os contratos elaborados a partir desses procedimentos de doação temporária do útero não são algo tão novo. Situações como estas vêm acontecendo pelo menos desde a década de 1980. Nos dias atuais mostra-se relevante a discussão sobre a possibilidade ou não de uma pactualização para esses casos como forma de garantir direitos e estabelecer deveres, proporcionando-lhes segurança jurídica.

Neste diapasão, há uma parte da doutrina que entende que o pacto de gestação de substituição nada tem de imoral ou ilegal se for um contrato gratuito. Em sendo oneroso, aí, sim, violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, já que o objeto volta-se à personalidade, à criança, ao corpo humano, estabelecendo uma caracterização de produto à pessoa. Corroboram com esse entendimento, Ana Carolina Brochado Teixeira, Christine Keler de Lima Mendes, Francisco Vieira Lima Neto, Maria Berenice Dias, Pietro Pierlingieri.

No entanto, grande parte da doutrina entende não ser possível o contrato, como ato de formalização, sob o argumento de que o objeto seria ilícito, ultrapassando a limitação da lei.

Adriana Maluf (2010, p. 176) menciona que “torna-se inócuo o contrato de gestação pelo objeto ilícito”.

A pergunta que se faz é com relação ao pacto. Seria ele também inócuo? Sua terminologia diferencia-se do contrato, posto que neste há conotação de mercantilização, enquanto que o pacto abarca o aspecto apenas de formalização de direitos e deveres.

A posição de grande parte da doutrina é no sentido de que não pode haver qualquer tipo de formalização expressa, pois afrontaria a condição do ser humano e sua dignidade, mas outro questionamento vai de encontro a tal posição, pois se não houver formalização, ou no caso de haver e não possuir respaldo e validade jurídicos, o que garantirá os direitos de todos os envolvidos e principalmente da criança?

O que se pode esperar de um procedimento sério, que envolve seres humanos, embora altruísta e nobre, sem qualquer vínculo remuneratório, se porventura houver um conflito no que diz respeito à guarda da criança ou à sua condição de saúde, ou se nem os pais afetivos, nem a mãe gestante desejarem a guarda, em virtude da portabilidade de alguma anomalia?

Os pais afetivos não assumiriam tal risco ao formalizarem o pacto? O Judiciário estará preparado para julgar essa situação, que é muito séria, sendo que não há regulamentação clara sobre ela? Quem garantirá, nesse caso, os direitos do concebido? O Ministério Público assumirá a curatela desse nascituro portador de anomalia e rejeitado por ambos os envolvidos? Ele acabará em uma instituição pública carente de recursos médicos? E se for portador de anencefalia e a mãe gestante não quiser abortá-lo por preceitos religiosos e os pais genéticos não o quiserem? Poderão estes obrigá-la a abortar ou ela poderá ficar com a criança nesse caso, mesmo sendo filho biológico dos pais genéticos? Quais os futuros direitos dessa criança em relação aos pais biológicos que planejaram seu nascimento?

Se interpretada essa formalização somente com o viés de comercialização e prestação de serviço, com conotação remuneratória, por óbvio que haverá uma afronta imensurável à Constituição e a todas as garantias de proteção ao ser humano nela previstas, sendo tal formalização, portanto, inaceitável e nula.

Não obstante, o que se busca é apenas um pacto que estabeleça expressamente os direitos e obrigações de todos os envolvidos, para que a criança, principalmente, tenha seus direitos resguardados e o Judiciário possa julgar de forma mais coerente ao caso concreto, em caso de conflitos diversos, preservando as expectativas que todo o processo da gestação envolve e protegendo o bem-estar da criança e da mãe que cedeu o útero de forma gratuita, com intenções nobres.

Há, ainda, a preocupação com a situação da criança nesse procedimento, pois existe o risco de ela nascer com problemas de saúde, como já referido anteriormente, sendo que essa situação possibilitaria uma interpretação negativa quanto à viabilização de tal prática, a partir do fato de que poderia haver rejeição dessa criança, tanto pelos pais desejosos de um filho, mas impossibilitados de tê-lo, quanto pela mãe gestante ou de substituição.

Neste sentido, Pedro Belmiro Welter (2003, p. 241) afirma que há quem entenda poder ser objeto de contrato, quando se tratar de prestação de serviço:

[...] não se pode admitir que a cessão temporária de útero seja comparada ao contrato de locação, seja porque o ser humano não pode ser objeto de contrato, seja pela coisificação do homem, da exploração do hipossuficiente, seja pela possibilidade de rejeição do menor quando portador de alguma patologia indesejada; mas há quem entenda que a gestação sub-rogada possa ser objeto de contrato em se considerando que se trate de prestação de serviços e que garanta a obrigatoriedade da assunção do menor nos casos de problemas de saúde.

A partir do entendimento de um pacto de gestação gratuito, tem-se, por necessário, observar que haverá o pagamento, pelo casal ou pela pessoa solicitante, das despesas médicas, exames, medicamentos, valores de caráter alimentício, inclusive vestes adequadas à gestante.

Contudo, há posição contrária. Aguiar (2005, p. 111) refere que, mesmo sendo um contrato gratuito, este não poderia ser válido, reiterando tal ideia da seguinte forma:

Ainda quando frequentes as diversas manifestações altruísticas, especialmente de familiares ou amigos, que se dispõem a realizar o serviço de gestação, independentemente de pagamento, esses motivos não são suficientes a ensejar a garantia da validade do negócio encetado. [...] Tal conversão, ainda assim, não poderia realizar-se e, portanto, o contrato, ainda quando a título gratuito, não é válido. Não se pode pretender preencher o conteúdo jurídico da liberdade de procriar, previsto no art. 226, § 7º da Carta Magna, com tudo aquilo que se pense possa ser por ela albergado.

Ao contrário do exposto acima por Aguiar, Leite corrobora com o entendimento de que o pacto seria a garantia da própria criança, sendo a oportunidade de proteger sua aceitação. Verificam-se aspectos positivos no pacto, e sendo voluntário, não há impacto do ponto de vista moral que impossibilite sua realização no País. O que precisa ser feito ainda é regulá-lo no ordenamento jurídico brasileiro.

De tal modo reitera-se o entendimento do autor:

[...] a proibição de qualquer remuneração, garantiria ao procedimento a característica de um ato de generosidade deliberada e refletida por parte de uma mulher em relação a outra, sem que se pudesse considerar a prática como um empreendimento que deprecia e mercantiliza a maternidade. A este respeito, vale lembrar que, se o acordo é autenticamente voluntário e o pagamento do casal solicitante é feito com o único objetivo de manter a mãe de substituição, garantindo-lhe sobrevivência digna e a melhor manutenção física para levar a bom termo a gravidez, fica afastada a possibilidade de exploração de uma mulher, ou do casal, em relação à mãe de substituição. (LEITE, 1995, p. 195-196).

Por fim, há o entendimento de grande parte da doutrina acerca de que, quanto à filiação, o que se tem é a consideração dos laços afetivos em detrimento dos biológicos, como afirma Maria Helena Diniz (2008, p. 555), e, ainda, o bem-estar da criança.

Em virtude disso, a prática da gestação de substituição, quando realizada sob o prisma altruísta, não afronta qualquer disposição constitucional quanto aos princípios e direitos fundamentais dos seres humanos; pelo contrário, corrobora-os, servindo como mecanismo para sua efetivação, sendo uma exigência médica ante a impossibilidade de gestação.

Por não haver formalização do procedimento do ponto de vista jurídico, a possibilidade de um pacto deve ser vislumbrada com grande relevância, não com o intuito de mercantilizar os atos, mas com o único objetivo de estabelecer obrigações e direitos entre todos os envolvidos, para que nenhum seja explorado, inferiorizado, e para dar, inclusive, credibilidade e segurança ao procedimento, bem como para efetivar as garantias fundamentais de todos, mas principalmente garantir os direitos da criança.

A ausência de um documento formal e válido juridicamente faz com que conflitos cheguem ao Judiciário, gerando desconforto e insegurança tanto para as partes quanto para o julgador, tendo em vista,

também, a falta de regulamentação legislativa específica sobre o tema da doação de útero, podendo provocar equívocos nas decisões proferidas, bem como a insatisfação das partes envolvidas por não terem suas expectativas atendidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o direito à maternidade é garantido constitucionalmente a toda mulher, e a lei do planejamento familiar regulamenta o direito à procriação aos casais, de modo que, qualquer conduta que diga respeito à procriação não poderá sofrer intervenção do Estado, seja qual for o método utilizado para tanto, desde que, por óbvio, não infrinja princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição.

No entanto, há uma posição majoritária por parte da doutrina que se mostra inflexível quanto à possibilidade de formalização de um pacto ou contrato de gestação de substituição para regular um procedimento oneroso, a chamada barriga de aluguel, contrato de locação de coisa, passando ao largo, pela prática da doação temporária do útero, que até o momento é aceita e praticada no País, em virtude de que tal formalização conotaria uma contratualização de partes do corpo, que, por sua vez, é vedada constitucionalmente, não regulando a possibilidade de formalizar um pacto ou contrato gratuito de prestação de serviço, que garanta a obrigatoriedade da assunção do bebê encomendado, nos casos de má-formação fetal.

O presente ensaio buscou estudar a possibilidade desta pactualização como uma forma de efetivação da prática do empréstimo do útero, desde que este seja um ato nobre, altruísta e solidário por parte de quem vai gestar a criança e entregá-la após o processo de gestação àquelas pessoas que sonhavam com este momento, porém não tinham condições físicas, do ponto de vista de saúde ou biológico, para levar uma gestação até o final ou procriar pelo método natural, sendo tal prática uma exigência do ponto de vista médico por tais impossibilidades. Por conseguinte, não se pode admitir, de forma alguma, a comercialização por esse ato, tampouco inferiorizar o ser humano, mais precisamente a

criança, que no caso é muito desejada por quem a espera, a um mero objeto contratual.

Não obstante, a doutrina majoritária posiciona-se contrariamente ao contrato da gestação de substituição pelo fato de seu objeto ser ilícito, lembrando que os doutrinadores que defendem tal posição observam o contrato ou pacto com conotação divergente da qual o presente ensaio o enfoca. Suas opiniões devem-se à inferiorização da criança e do útero materno a objeto contratual, ferindo a constituição e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, o que se objetivou foi observar o pacto como um meio de obter segurança quanto às obrigações e os deveres de cada parte envolvida no processo de gestação de substituição solidária, com o intuito, justamente, de proteger os direitos fundamentais de cada um nesse processo, para que nada ou ninguém fira estes direitos e, consequentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É importante que os pais afetivos, a mãe de substituição ou mãe portadora e a criança não fiquem vulneráveis, a ponto de serem transformados em meros produtos à disposição em um supermercado biotecnológico; tal mãe e a criança não podem ser vistos, respectivamente, como mera máquina e um produto encomendado, inclusive passível de manipulação genética, o que é proibido, e ambos descartáveis.

O fato de haver uma precariedade normativa sobre o tema da gestação de substituição, especificamente no que tange à sua formalização, é muito preocupante, tendo em vista os conflitos que eventualmente possam surgir, conforme a procura por essas técnicas vá aumentando, sendo necessário estabelecer os direitos do ser humano gerado por essa técnica.

Inevitavelmente haverá questões, como, por exemplo, quem obterá a guarda exclusiva da criança, e o Judiciário estará despreparado para uma discussão dessa natureza, o que acarretará decisões não satisfatórias ou equivocadas, do ponto de vista da expectativa que existiu durante o processo da referida gestação, e também sofrimento, sob o viés emocional dos envolvidos, por não restarem atendidas as expectativas iniciais.

No que se refere ao Projeto de Lei nº 1.184/03, sabe-se que a partir do momento em que houver a vedação desta prática altruísta, conhecida como doação temporária do útero, poderá haver a cassação de um dos direitos fundamentais da mulher, tendo em vista que a própria Constituição Brasileira, em seu art. 6º, promove o direito à maternidade. Além disso, há a Lei do Planejamento Familiar, que estabelece tantas outras providências a respeito da procriação, efetivando o direito que todo cidadão tem de decidir sobre questões relacionadas à sua sexualidade e reprodução.

Portanto, vedar uma conquista da medicina, um procedimento biotecnológico que possibilite a realização do direito à maternidade ou à procriação a quem não teria condições de obtê-la por questões de saúde, de inviabilidade gestacional, pode não ser a devida solução. É preciso encontrar um meio justo de regulamentar tais técnicas, de forma que possam cumprir seus papéis como auxiliadoras da efetivação de um direito constitucionalmente previsto, notadamente possibilitando que casais inférteis tenham filhos biológicos.

Propugna-se aqui pela aprovação do referido Projeto de Lei nº 1.184/2003, por ser o mais completo, possibilitando a formalização da doação temporária de útero, por meio do pacto, conforme seu adendo, o que resguardará o mútuo acordo de parentes mais próximas, de até segundo grau consanguíneo, um ato solidário, de nobreza familiar, que dignificaria ainda mais o sexo feminino. É o caso de uma avó que se dispõe a dar à luz o neto, por amor à sua filha, portadora de uma impossibilidade gestacional que a impede de conceber o que lhe é mais querido, um filho, sendo que esta criança conviveria indistintamente com ambos os envolvidos, num seio familiar fecundo e fraterno de amor recíproco entre os envolvidos, independentemente de seus papéis.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, M. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Código Civil. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia

Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Legislação Brasileira).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1996.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1.184. 2003. Dispõe sobre a reprodução assistida. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.892**. 2012. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRAUNER, M. C. C. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e debates bioéticos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAGAS, M. C. **Tecnologia médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar**. Recife, 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pernambuco, Recife, Pernambuco.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.121/2015, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 2015, seção I, p. 117.

COULANGES, F. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, M. B. **Direito de família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, S. da C. **As técnicas de reprodução humana assistida e a**

necessidade de sua regulamentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade.** 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012. v. 3.

GAMA, G. C. N. da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, E. de O. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médico-legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, T. M. M. de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, M. de F. F. de; NAVES, B. T. de O. (Coords.). **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MACHADO, M. H. **Reprodução humana assistida:** aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2003.

MALUF, A. C. do R. F. D. **Curso de bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, C. K. de L. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Porto Alegre, n. 0, out.-nov. 2007.

NETO, F. V. L. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, M. C. C. L. (Org.). **O biodireito:** ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, C. B. de; MARQUES, H. J. B. de M. M. Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, São Paulo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi.** São Paulo: SP, 2009. p. 1220-1242.

PIERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997.

RIZZARDO, A. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RUSSO, G. **Educar para a bioética.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

SAUWEN, R. F.; HRYNIEWICZ, S. **O direito “in vitro”**: da bioética ao bio-direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCARPARO, M. S. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA, A. C. B. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coords.). **Bio-tecnologia e suas implicações técnico-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VARGA, A. C. **Problemas de bioética**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

WELTER, P. B. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Submetido em: 19-7-2016

Aceito em:7-10-2016