

As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética.

Marise Cunha de Souza

Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Ilha do Governador - RJ.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante esclarecer que não há qualquer pretensão, neste artigo, de esgotar o assunto em pauta, que é vastíssimo, comportando posições doutrinárias divergentes com relação às situações que poderão surgir.

Assim é que o tema a ser desenvolvido, repleto de pontos polêmicos e questões controvertidas, vem despertando o interesse de juristas e doutrinadores, que tentam encontrar respostas para as mais variadas situações que podem surgir a partir da utilização das técnicas de reprodução assistida. Na ausência de legislação específica a respeito, a tarefa é árdua, não só porque qualquer estudo que se pretenda fazer deve ser realizado dentro de um contexto interdisciplinar, que envolve direito, medicina genética, psicologia e ética, como porque o Código Civil contém apenas uma acanhada menção a algumas técnicas de reprodução assistida, no artigo 1.597, artigo este em que a lei material estabelece a presunção *pater is est*. Tal conjuntura, sem dúvida, torna o assunto instigante e apaixonante, e essas são as principais razões que nos impelem a nele nos aprofundarmos e a trazê-lo à baila, para, quem sabe, despertar o mesmo entusiasmo em outros estudiosos e operadores do Direito, mormente quando se sabe que existem no Congresso Nacional dois Projetos de Lei, que de forma mais

completa regulam a matéria, o de nº 90/99 e seu substitutivo de 2001, e o de nº 1.184/03, ambos proibindo a prática da chamada “barriga de aluguel”.

Por outro lado, um dado estatístico, a saber, que realça a importância da descoberta destas técnicas de reprodução assistida e da necessidade de sua regulamentação legal é que, segundo a Organização Mundial da Saúde, entre 8% e 15% dos casais têm algum problema de infertilidade, que, com o emprego de algum dos procedimentos de procriação artificial, poderá ser sanado, possibilitando a desejada gravidez.

Outro fator importante é que a evolução da biotecnologia, juntamente com a modificação do conceito de família, a cujas transformações sociais estamos assistindo, permitirá que casais homoafetivos tenham filhos com a utilização do gameta de um deles, assim como pessoas sós poderão se valer das tais técnicas. São, pois, numerosas as possibilidades de procriação artificial com a utilização das técnicas, hoje conhecidas, de reprodução assistida.

Assim é que se afigura urgente e apropriado que a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida e suas consequências na formação das famílias se tornem objeto de análise pelos estudiosos e operadores do Direito. Isso, sem dúvida, ensejará acaloradas discussões, dada a dimensão interdisciplinar que o tema alcança, envolvendo noções morais, jurídicas, médicas, tecnológicas, religiosas e éticas, bem como o fato de que a utilização das referidas técnicas afeta diretamente os conceitos de paternidade e maternidade.

2. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O que é, então, a reprodução assistida? É um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis. Quando se fala em reprodução assistida, logo nos vem ao pensamento a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, como se a reprodução assistida se limitasse à utilização dessas técnicas e suas variações, nas quais não há o intercuro sexual. Por essa razão, os que entendem dessa forma afirmam que tais técnicas dissociaram a reprodução do sexo. Contudo, o ter-

mo abrange, também, aqueles casos em que não há manuseio de gametas, como, por ex., a administração de medicamentos sob orientação médica para estimular a ovulação. Entende-se, assim, que haverá reprodução assistida sempre que houver qualquer tipo de interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação.

Cabe, aqui, chamar a atenção para a diferença entre as técnicas de reprodução medicamente assistida e a clonagem (que ficou muito conhecida com a *ovelha Dolly*). As TRAs são sexuadas, e a clonagem não (nas primeiras, utilizam-se gametas de um homem e de uma mulher e o ser que será concebido terá metade do material genético de cada um; na segunda, o ser gerado é uma cópia daquele que o gerou, com constituição genética idêntica - trata-se da reprodução, replicação de uma célula).

3. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

3.1. Onde são reguladas as TRAs?

No nosso país, ainda não há lei específica que regule as técnicas de reprodução humana assistida. Há dois projetos de lei, que serão brevemente referidos à frente. Porém, diante da ausência de norma legal a respeito, utiliza-se como parâmetro a Resolução nº 1.358/92 do CFM, que edita normas éticas, estabelece princípios gerais para a utilização das TRAs, define os usuários e as responsabilidades das clínicas, dispõe sobre a doação e criopreservação de gametas e pré-embriões, assim como sobre a utilização de pré-embriões para diagnóstico e tratamento e, por fim, estabelece normas a respeito da barriga de aluguel.

3.2. Classificação

As TRAs podem ser classificadas em:

a) intracorpóreas: a inseminação artificial, que é o método pelo qual se insere o gameta masculino no interior do aparelho genital feminino, possibilitando a fecundação dentro do corpo da mulher. Há a inoculação, a introdução do sêmen na mulher, não havendo qualquer tipo de manipulação externa do óvulo ou do embrião.

b) extracorpóreas: a fertilização *in vitro* (FIV), pela qual recolhem-se o óvulo e o espermatozoide, faz-se a fecundação fora

do corpo humano em um tubo de ensaio ou mídia de cultivo (daí a denominação bebê de proveta) sendo, posteriormente, o óvulo fecundado (embrião) transferido para o útero materno.

c) homólogas: utilizam-se os gametas do próprio casal;

d) heterólogas: utilizam-se gametas masculino ou feminino ou ambos de doadores.

Para o Código Civil, que insere as TRAs no artigo que estabelece a presunção da paternidade, serão homólogas quando realizadas com esperma do próprio marido (ou companheiro, para aqueles que admitem a aplicação do art. 1.597 do CC àqueles que vivem ou viveram em união estável). Serão heterólogas quando realizadas em mulheres casadas (ou que vivam em união estável), com esperma de uma terceira pessoa (doador).

3.3 A fertilização *in vitro* (FIV)

A FIV é uma técnica revolucionária, por permitir a fecundação fora do corpo da mulher, bem como a implantação do embrião no útero de outra mulher que não aquela que forneceu o óvulo, razão pela qual vamos discorrer um pouco sobre ela. Com a utilização desta técnica é grande a possibilidade de sucesso, na medida em que serão formados vários embriões. O primeiro bebê a nascer com a utilização da FIV foi Louise Brown, em 1978, na Inglaterra. Há pouco tempo uma notícia veiculada na mídia informou que, na Tunísia, uma mulher estava grávida de doze gêmeos após a utilização desta técnica, e, se todos vingarem, será um recorde mundial. Quando a FIV começou a ser utilizada aqui no Brasil, considerando que o embrião implantado no útero tem apenas 28% de chance de produzir uma gestação, os médicos costumavam implantar de seis a oito embriões no útero materno e começaram a nascer gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos. Isso fez com que se diminuísse o número de embriões transferidos, vindo a Resolução nº 1.358/92 do CFM a limitar a transferência em quatro embriões para não aumentar o risco, já existente, de multiparidade.

A utilização da FIV acarreta, ainda, um problema: a sobra de embriões que fica armazenada nos laboratórios, porque serão produzidos vários embriões, sendo apenas alguns transferidos para

o útero materno e os demais serão congelados, para utilização posterior, se for necessário. Aqui no Brasil, não há lei sobre o destino dos embriões excedentários, mas tais embriões não podem ser destruídos. A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05) estabelece que células-tronco embrionárias podem ser extraídas de embriões inviáveis ou que estejam armazenados há mais de três anos, desde que para fins de pesquisa ou terapia (o art. 5º da referida Lei foi considerado constitucional pelo STF). Poderá, também, ser feita a doação para um banco, nos moldes da doação de sêmen e óvulo.

A solução a ser adotada quanto ao destino dos embriões excedentários, ou seja, se podem ou não ser destruídos, já que nem todos serão aproveitados para reprodução ou para pesquisa, passa, necessariamente, pelo entendimento de quando se dá o início da vida. Numa rápida pincelada sobre o assunto, pode-se dizer que existem duas correntes: a concepcionista, para a qual a vida tem início com a concepção, e a nidacionista, que defende que a vida tem início com a implantação do embrião no útero materno - este momento é conhecido como nidação. Para a primeira, os embriões excedentários não podem ser destruídos ou descartados, porque desde a fecundação há vida; para a segunda, podem, se não ocorrer a nidação. Em um encontro realizado na Inglaterra, em 1977, cientistas decidiram que, até o 14º dia de gestação, o embrião não é ser humano, pois não está dotado de cintura neural e sistema nervoso, podendo ser destruído até este momento.

Cabe aqui uma observação quanto aos bancos de células germinativas e embriões (ou pré-embriões): nos bancos de sêmen se mantém o anonimato dos doadores (relativamente aos receptores), mas as amostras identificam alguns fatores como tipo sanguíneo, cor dos olhos e cabelo etc., a fim de que o tipo físico do doador seja o mais parecido possível com o do parceiro da paciente (o recurso ao banco de sêmen é feito por casais em que o homem apresenta problema e, em geral, a técnica a ser utilizada será a da inseminação artificial). Igualmente com relação ao banco de óvulos, é preservado o anonimato da doadora e há identificação de algumas características nas amostras, com o fim de preservar o máximo possível a semelhança física com a receptora (neste caso, quem tem problema é a mulher, que ou não ovula, ou seu óvulo

não é apto a ser fecundado, e a técnica será, necessariamente, a da fertilização *in vitro*). Em geral, a doação de óvulo para um banco é feita por mulheres que precisaram usar a fertilização *in vitro*, porque a técnica tem início com a estimulação ovariana e a mulher, em vez de produzir apenas um óvulo, produzirá vários; os óvulos serão aspirados e separados: uns para a paciente, que serão fecundados pelos espermatozoides de seu marido, e os outros serão congelados e ficarão no banco de óvulos, podendo ser transplantados na mesma receptora, em caso de necessidade, ou ficarão à espera de nova receptora e serão fecundados pelos gametas do marido desta, ou, ainda, permanecerão congelados, dando origem ao já referido excesso de embriões, que ficará armazenado como os óvulos e o sêmen. Vale mencionar que é necessária autorização para que gametas e embriões sejam usados em outras pessoas, que não os doadores.

Já que estamos falando de banco de gametas e embriões, impõe-se pontuar que a ANVISA, através da Res. 29/2008 aprovou o regulamento técnico para o cadastramento nacional dos bancos de células e tecidos germinativos e, no dia 30 de outubro de 2009, noticiou em seu *site* que no Brasil encontram-se oficialmente cadastrados 47.570 embriões produzidos por meio de fertilização *in vitro*. Parte deles poderá ser destinada para pesquisa e terapia e os que não forem dessa forma aproveitados ou transplantados, permanecerão criopreservados (congelamento com nitrogênio), posto que a destruição e o descarte são proibidos, como anteriormente mencionado. Merece ainda menção a Portaria nº 2.526/05 da referida Agência, que dispõe sobre a informação de dados necessários à identificação dos embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, para fins de pesquisa com células-tronco embrionárias.

Pode-se dizer, arrematando, que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* clássica (FIV) são as técnicas mais utilizadas, com manipulação de gametas e/ou embriões e ausência de intercurso sexual, havendo algumas variações, que não cabe aqui examinar; e a gestação de substituição, que será objeto de análise mais adiante.

4. A LEGISLAÇÃO CIVIL

O Código Civil tratou de algumas técnicas de reprodução assistida no art. 1.597. O artigo estabelece, na verdade, a presunção *pater is est*, e o legislador optou por atribuir tal presunção quando da utilização de algumas técnicas de reprodução medicamente assistida. Impõe-se frisar que a lei civil não regulou qualquer procedimento de reprodução humana artificial, apenas atribuiu a presunção *pater is* a alguns deles, de forma, inclusive, atécnica e confusa, utilizando nomenclaturas distintas para o mesmo fenômeno nos incisos III e IV, e referindo-se a uma técnica específica no inc. V. A bem da verdade, o Código Civil tentou dar uma solução ao problema da paternidade, omitindo-se, por completo, quanto à questão da maternidade.

Vale recordar que a presunção *pater is* vigora para os filhos havidos do casamento, porque, partindo do princípio de que a maternidade é certa, o filho nascido da mulher casada é presumidamente filho de seu marido, aquele que a teria fecundado mediante uma relação sexual (a grande maioria dos autores entende que a presunção se aplica aos conviventes, desde que comprovada a união estável na época da concepção). A presunção é relativa, admitindo prova em contrário, à exceção do inc. V, como se verá a seguir.

Reza o art. 1.597:

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

I - ...;

II - ...;

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.”

As técnicas, então, que estão sob o manto da presunção *pater is est* são as seguintes: no inciso III, a inseminação artificial

homóloga e fertilização *in vitro* homóloga, casos em que haverá coincidência entre a paternidade biológica e a legal; o inciso IV refere-se a embriões excedentários pela utilização da fertilização *in vitro* homóloga, hipótese em que também haverá coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade legal; e, finalmente, o inciso V prevê a inseminação artificial heteróloga com prévia autorização do marido, sendo a única hipótese em que as paternidades biológica e legal não coincidirão. A autorização prévia é considerada reconhecimento expresso da paternidade, na forma do art. 1.609, § único do CC, configurando caso de paternidade socioafetiva a ensejar presunção absoluta. Segundo Maria Berenice Dias, a situação corresponde a uma “*adoção antenatal*”, mas, por outro lado, se não houver a autorização do marido ou do companheiro, situação que a doutrina denomina de “*adultério casto*”, poderá ele ajuizar ação negatória da paternidade que lhe tenha sido atribuída.

O que, de imediato, salta aos olhos é que o legislador civil não regulou qualquer hipótese de utilização de óvulos doados e, de resto, se pode notar que a regulamentação é tímida e lacunosa, pois deixou várias questões em aberto, como a utilização das técnicas que menciona por pessoas não casadas, o destino dos embriões excedentários, a solução em casos de separação e divórcio, porque o inciso III se refere à hipótese de morte etc. Deixou, ainda, a lei material de, em boa oportunidade, acompanhar a evolução da medicina genética e não regulamentou outras hipóteses de reprodução assistida, em especial com relação às mulheres, dentre as quais a fertilização *in vitro* por gestação de substituição (a chamada “*barriga de aluguel*”).

No entanto, em que pesem as críticas ao art. 1.597 do CC, é forçoso reconhecer que o seu conteúdo é de suma importância e, complementando o artigo 1.593 do mesmo diploma legal (que prevê o parentesco por “*outra origem*”), concretiza a passagem do modelo clássico de filiação que o CC/16 ostentava para o modelo contemporâneo, no qual, além do suporte biológico da filiação reconhece-se uma “*paternidade de intenção, calcada no afeto*”, como ensina Eduardo de Oliveira Leite, a que se convencionou chamar de parentesco socioafetivo, que compreende, dentre ou-

tras, a filiação oriunda das técnicas de reprodução medicamente assistida heterólogas.

5. A BARRIGA DE ALUGUEL

Primeiramente, impõe-se esclarecer que se tomará por base a definição do CFM, sempre partindo do pressuposto de que o recurso à técnica é feito por um casal, com a utilização de seus gametas.

É importante chamar a atenção para a diversidade de nomenclatura para identificar a técnica: é vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”, além das referências a maternidade de substituição, maternidade por sub-rogação, gestação por outrem, gestação de substituição (CFM), entre outras. Entendemos que a terminologia vulgar “*barriga de aluguel*”, apesar de ser a mais conhecida, é um termo pejorativo e, demais disso, a disposição onerosa de qualquer parte do corpo humano é crime. Maternidade de substituição e maternidade por sub-rogação também não nos parecem denominações ideais, pois não há a figura da substituição ou da sub-rogação daquela que desempenha a função materna, como se verá a seguir. A melhor terminologia, s. m. j., é a utilizada na Resolução 1.358/92 do CFM, já que a gestação é feita por terceira pessoa, podendo se usar, aí sim, a adjetivação “*de substituição*”. Gestação por outrem também é uma denominação bastante adequada.

A gestação de substituição acontece quando há a fertilização *in vitro* e a mulher doadora do material genético possui algum problema que faz com que seu útero não seja apto a gerar o embrião. Assim, o embrião se desenvolverá no útero de uma “mãe hospedeira”. O caso é daqueles que mais podem gerar conflito e, embora o CC não tenha regulamentado a hipótese, também não a proíbe. Tanto assim, que há algum tempo foi amplamente noticiado o caso de uma avó que gerou o seu neto porque a filha não tinha condições de fazer a gestação do embrião em seu ventre. É classificada como técnica extracorpórea, posto que o primeiro passo é a fertilização *in vitro*, com a posterior implantação do embrião no útero da hospedeira, podendo ser homóloga ou heteróloga. Neste estudo, será considerada sempre a homóloga, ou seja, com material fecundante do casal.

Como não há regramento legal a respeito, o que se usa como parâmetro moral e ético aos procedimentos deste tipo é Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que trata especificamente da gestação de substituição no inciso VII, estabelecendo: que a técnica pode ser usada quando exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética; que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética num parentesco de até 2º grau; e que tal doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Aliás, a comercialização do corpo ou parte dele é proibida constitucionalmente pelo § 4º do art. 199, regulamentado pela Lei 9.434/97, cujo art. 9º, referindo-se à pessoa viva, estabelece que a pessoa pode dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo.

Frise-se que a Resolução mencionada é uma norma a ser obedecida pelos médicos, não possuindo força de lei (daí que uma mulher que não seja parente da doadora genética poderá hospedar o embrião).

Na prática, pode-se resumir a situação ao fato de duas mulheres proporcionarem o nascimento de uma criança. Obviamente, alguns problemas quanto ao estabelecimento da filiação poderão surgir exatamente em razão da ausência de norma legal a respeito. Assim, ao fim da gestação, aquela mulher que por nove meses carregou em seu ventre filho que sabe ser de outrem, pode recusar-se a entregar o bebê, uma vez que o registro de nascimento será feito no nome da hospedeira e que o hospital fornece a declaração de nascido vivo com os dados da parturiente. Nesse caso, os pais biológicos terão que ajuizar uma ação para reverter essa situação. O que deverá decidir o juiz? Mãe é aquela que doou o óvulo para fecundação ou a que gerou o embrião? Seria possível, quanto à paternidade, aplicar-se o que dispõe o art. 1.597 do CC em seus incisos III e V?

Vejamos a possibilidade de aplicação, quanto à paternidade, dos incisos III e V do art. 1.597 do CC: 1. o inciso III trata da inseminação artificial homóloga e da fertilização *in vitro* homóloga, ou seja, com utilização de material fecundante da mulher e de seu marido. Descarta-se a inseminação artificial, porque a técnica utilizada na gestação de substituição é a fertilização *in vitro*. Nesta, óvulo e sêmen são retirados, e a fecundação é feita fora do corpo

da mulher, melhor dizendo, em um tubo de ensaio. Algum tempo depois, o embrião é transferido para o útero materno. A diferença para a fertilização *in vitro* por gestação de substituição é que, nesta, o embrião será transferido para o útero de uma terceira pessoa, em função de algum problema da mãe biológica que a impeça de fazer a gestação. Entendemos que seria possível aplicar a presunção na situação do inciso III do artigo 1.597 para o estabelecimento da paternidade, desde que haja concordância expressa do marido com a utilização de útero de terceira pessoa e que seja considerada mãe a que forneceu o material fecundante; 2. quanto ao inciso V, que trata da inseminação artificial heteróloga, cremos não ser possível aplicar a presunção quanto à paternidade, porque o inciso prevê, expressamente, a técnica da inseminação artificial, que não é a utilizada na gestação por outrem.

Contudo, a questão da relação paterno-filial facilmente se resolve com o exame de DNA (já que estamos tratando de técnica homóloga) e, como se pode constatar, problema maior será o da maternidade, que poderá suscitar dúvida, como antes referido, já que a adoção da prática acarreta necessariamente uma cisão das etapas do processo de procriar, redundando numa desestruturação do conceito de maternidade.

Vale lembrar que, em decorrência da estrutura da sociedade, em que havia uma hierarquização entre homens e mulheres, na qual imperava o patriarcalismo e a família legítima se constituía apenas pelo casamento, que tinha como uma das funções primordiais a procriação, mãe era sempre certa, posto que às esposas impunha-se um dever jurídico absoluto de fidelidade, além da ostensividade da maternidade. Hodiernamente, com a evolução da medicina genética, que possibilitou fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, não mais se pode conferir caráter absoluto ao dogma *mater semper certa est* (mãe pode ser a que está gerando o filho, a que forneceu o óvulo em banco de reprodução, a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa em banco de reprodução humana, ou a que forneceu o óvulo para fertilização *in vitro* com gestação de substituição).

Obviamente, pelo critério biológico, também é possível resolver a questão da maternidade com o exame de DNA, assim

como é ele utilizado para indicar o pai biológico, porque o exame apontará quem forneceu o material genético para a criança. Contudo, a solução do problema não é simples assim, porque envolve uma terceira pessoa, a mãe hospedeira, que gerou e pariu a criança, havendo divergência doutrinária quanto à atribuição da maternidade: à mãe biológica ou à mãe gestacional? Estão em jogo noções legais, morais e éticas, ao lado do necessário alargamento do conceito de maternidade, não sendo demais dizer que, diante das novas técnicas de reprodução, especialmente com a participação de terceira pessoa, e da nova concepção da família como união de afetos, mãe pode ser a doadora do material genético, a que hospeda o embrião (no caso da barriga de aluguel), a que amamenta (antigamente conhecida como “mãe de leite”) e a que dá amor, educa e conduz o crescimento da criança, que é a mãe socioafetiva.

No caso em análise, ou seja, quando apenas as duas primeiras etapas estão em jogo (fecundação e gestação), entendemos que a razão está com aqueles que solucionam a questão atribuindo a maternidade à mãe biológica, por refletir a verdadeira filiação, com a correta inserção da ascendência genética no registro de nascimento. A mãe gestacional apenas hospedou o embrião para que ele pudesse ser gerado e, num primeiro momento, inclusive, não espera nem pretende ter qualquer responsabilidade em relação à criança após o nascimento. Não se pode olvidar, em qualquer caso, que a solução deve se adequar ao melhor interesse do menor, princípio norteador de todas as querelas envolvendo menores.

Mas a tomada de decisão numa disputa deste gênero não é fácil e está longe de ser pacífica, se pensarmos que nos deparamos com uma situação delicadíssima, na qual, de um lado, há uma mãe biológica, que durante nove meses aguarda ansiosa a chegada do filho, e, do outro, a mãe substituta, que pelos mesmos nove meses, vê seu ventre aumentar e uma vida nele se desenvolver, podendo, inclusive, estabelecer uma ligação afetiva com o bebê. Fácil verificar que neste novo universo da maternidade, conforme destacado por Christine Keler de Lima Mendes, “*os conceitos e sentimentos se confundem*” e, por essa razão, há quem entenda que deve sempre prevalecer o melhor interesse da criança, ou seja,

num conflito positivo de maternidade, sempre se deverá decidir por aquela que melhor atenderá às necessidades da criança. Nosso entendimento, como salientado antes, é de que mãe é aquela que forneceu o material fecundante, ou seja, a mãe biológica (porque a hospedeira sempre soube que deveria entregar o bebê a ela), a não ser que se evidencie, de forma robusta, que tal decisão não atenderá ao melhor interesse da criança.

Um conflito negativo (quando a mãe biológica e a gestacional não têm interesse na maternidade - o que pode ocorrer, por ex., quando a criança nasce com algum problema, alguma má-formação) é ainda pior, porque, via de regra, a guarda da criança deverá ser conferida a uma terceira pessoa, até que a questão da maternidade seja resolvida.

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

Entendemos que o ideal é que os pais biológicos façam com a hospedeira um contrato de cessão gratuita do útero, onde todos expressem o seu consentimento com o procedimento. Acompanhamento psicológico é sempre aconselhável e pode até evitar futura disputa judicial. Outra providência que também pode evitar futuras demandas é o parentesco entre a mãe biológica e a mãe gestacional, exigido na Resolução do CFM. A única certeza para o juiz é que sempre será um caso de difícil decisão, por envolver questões éticas, morais e jurídicas, estas últimas em razão mesmo da falta de legislação a respeito, além dos sentimentos e expectativas das partes e de seus problemas psicológicos. A mãe substituta, que passará por todas as transformações físicas e psíquicas de uma gravidez, tende a fazer a representação de um aborto psicológico e, se mantinha contato com os pais biológicos, com a entrega do

bebê e conseqüente separação, será tomada por um sentimento de abandono. A mãe biológica, por seu turno, poderá protagonizar uma gravidez psicológica, chegando mesmo a desenvolver sintomas de uma gravidez, como poderá, ainda, ser tomada pelo sentimento de que realizou a maternidade pela metade, além da sensação de impotência que poderá recair sobre o casal e abalar a relação, entre outros problemas. Tem-se, ainda, a inusitada situação do filho, que terá duas mães, a biológica e a geratriz.

Claudete Carvalho Canezin cita um caso concreto ocorrido no Paraná, em que a maternidade e a paternidade foram atribuídas aos pais biológicos, reconhecida a qualidade de hospedeira àquela que emprestou o seu útero para a gestação.

A par das dificuldades quanto ao estabelecimento da paternidade e da maternidade, a ausência de regulamentação específica acarreta um grave problema, que volta e meia é noticiado na mídia: a oferta de barriga de aluguel na Internet. Mesmo sendo ilegal a cobrança de qualquer valor pela cessão do útero (como de qualquer parte do corpo), os anúncios na Web fornecem até o preço. A respeito, há excelentes reportagens da **Revista Veja**, de 7 de maio de 2008 (“Gravidez a soldo - A barriga de aluguel tornou-se um negócio bem rentável no Brasil, apesar de proibido”), e do **Jornal Agora**, de 5 de julho de 2009 (Folha *on-line* - “Explode oferta de barriga de aluguel na Internet” - o jornal entrou em contato com diversas mães de aluguel, que, unanimemente, deram como motivo o interesse financeiro, e os valores cobrados variam de R\$ 30.000,00 a R\$ 450.000,00).

É importante salientar que há controvérsia quanto à tipificação da conduta como crime, sustentando os adeptos da posição de que o aluguel temporário do útero não é crime “que não há conduta típica a incriminar”, já que a ação “*alugar útero*” não é abrangida pela legislação específica, que é a Lei 9.434/97 (Lei dos Transplantes), nos seus arts. 14 e segs.

Há controvérsia, ainda, quanto à possibilidade ou não de se fazer um contrato para regular a situação. E se feito um contrato, seria ele válido juridicamente? Deveria o contrato ser gratuito ou poderia ser oneroso? Há os que entendem que não é possível, sob o argumento de que as pessoas não podem ser objeto de contrato.

Outros atribuem validade jurídica ao contrato gratuito com base nas normas da Resolução nº 1.358/92 do CFM. Em menor número, doutrinadores há que admitem o contrato oneroso, entendendo que não há conduta típica, como também não há falar em coisificação da hospedeira ou da criança, já que o objeto do contrato é a cessão temporária do útero, seja de forma onerosa ou gratuita. Na nossa opinião, por uma questão de coerência com o espírito (eticismo, solidariedade) da legislação em vigor (Código Civil e Lei 9.434/97), o contrato de cessão gratuita do útero deve ser tido como juridicamente válido, com todas as implicações daí decorrentes, até que venha a legislação a regulamentar o uso desta técnica de reprodução assistida.

6. OUTRAS POSSIBILIDADES

Até agora nos referimos à gestação por outrem na forma em que vem apresentada na resolução do CFM, com utilização do material fecundante do casal. Mas existem outras possibilidades e que trazem maior dificuldade ainda na determinação da maternidade e até da paternidade.

Partindo-se de um casal e de uma mulher que vão gerar um filho, podemos ter: óvulo doado, sêmen do parceiro e gestação de substituição; óvulo da parceira, sêmen doado e gestação por outrem; ambos os gametas doados e gestação de substituição, hipótese problemática em razão da inexistência de vínculo genético entre o casal e o filho; e, por último, as hipóteses que, a nosso sentir, são as mais complicadas e, a rigor, não retratam a gestação de substituição tal como entendida atualmente, que acontecem quando o óvulo é da própria hospedeira e nela é feita inseminação artificial com sêmen do marido ou de doador (a hospedeira será também a mãe biológica). Cremos que, sendo a hospedeira também a mãe biológica, todos aqueles problemas, especialmente os de natureza psíquica, se agravam, e será extremamente penoso, de difícil solução, esse confronto entre a maternidade biológica e a socioafetiva. Talvez esse seja o único caso que deva ser proibido pela legislação vindoura.

A técnica em comento, como visto, amplifica o conceito de maternidade, que, necessariamente, em futuro não muito distan-

te, estenderá o seu manto sobre os casais homoafetivos masculinos que optarem por ter um filho com a utilização do gameta de um deles, como já aconteceu na Inglaterra. Ivan e Steven tiveram um filho gerado na barriga da irmã de Steven, sendo a criança filha biológica apenas de Ivan, que doou o seu sêmen. Existem vários casos nos EUA e na Inglaterra.

Há um caso ocorrido aqui no Brasil (em uma cidade de São Paulo) de um casal homoafetivo feminino, em que uma das conviventes doou o óvulo, para fecundação *in vitro*, com esperma de banco, e a outra recebeu o zigoto para a gestação. A reportagem da **Globo News**, de 19/05/09, informa que elas entraram na justiça com um pedido para registrar os gêmeos no nome das duas, como mães, sem registro de pai. O processo ainda estava em andamento na época da reportagem, tendo sido negada a antecipação da tutela.

Já no Rio Grande do Sul, um casal homoafetivo feminino conseguiu o reconhecimento de que viviam em união estável e a autorização para registrar o casal de gêmeos no nome das duas.

7. OS PROJETOS DE LEI

Com relação à legislação por vir, como consignado anteriormente, temos o Projeto de Lei nº 90/99 e seu substitutivo, de 2001, bem como o PL nº 1.184/2003 que dispõem sobre a reprodução assistida. A pedido do Senador Roberto Requião foi feita uma análise preliminar do projeto 90/99 por um grupo interdisciplinar coordenado pelo Professor Luiz Edson Fachin. Encontram-se facilmente na internet e quem tiver interesse no assunto constatará, por simples comparação, que o substitutivo acatou várias críticas e sugestões da análise encomendada. Contudo, com relação à gestação de substituição, houve um enorme retrocesso, vindo o substitutivo a proibir a prática. Em vez de enfrentar as dificuldades do tema, preferiu o Senador Lúcio Alcântara, autor do projeto e do substitutivo, proibir, no segundo, a prática desta técnica de reprodução assistida, o que ocasionará imensa lacuna entre os avanços científicos e sociais e a sua regulação legal. Infelizmente, no PL 1.184/ 2003, a

proibição foi mantida. A gestação de substituição e as demais técnicas de reprodução assistida estão aí, cada vez mais largamente utilizadas, inexistindo caminho de volta para os avanços tecnológicos que, ao contrário, seguem em velocidade avançada, e o Direito não pode se acanhar e se amedrontar, optando pelo caminho mais fácil da proibição, em vez de enfrentar e solucionar os problemas que poderão surgir.

8. BIOÉTICA

Partindo dos significados de bio = vida e ética = moral, pode-se definir bioética, a grosso modo, como o estudo das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado com a saúde.

Verifica-se facilmente que várias questões éticas se apresentam quando se trata de reprodução humana medicamente assistida. Algumas delas já foram colocadas, mas, considerando a importância, a atualidade do tema e as controvérsias existentes, impõe-se determo-nos um pouco mais sobre o assunto, referenciando, ao final e quando for o caso, as correspondências na Resolução nº 1.358/92 do CFM:

8.1. os profissionais envolvidos com essa tecnologia devem respeitar a autonomia e o direito reprodutivo dos casais, assim como não desrespeitar o embrião, e preocupar-se com os interesses da criança (I, 1 e 2);

8.2. os usuários devem ser totalmente esclarecidos em relação à técnica a ser utilizada, bem como informados sobre alternativas de tratamento, se houver, as chances de sucesso e os riscos inerentes ao procedimento, para que possam expressar livre e conscientemente a sua vontade. É o que se denomina consentimento informado (I, 3);

8.3. quanto à doação de gametas, algumas questões afloram: Deve-se considerar que, através da doação de gametas, há a introdução de uma terceira pessoa na relação conjugal? Considerando que a identidade do doador é preservada, como fica o direito de conhecer a ascendência genética, hoje reconhecidamente um direito da personalidade? Pode

a “doação” ser remunerada? O que fazer quanto ao risco de consanguinidade? (IV);

8.4. A grande questão da bioética é, exatamente, a definição de quando começa a vida, ou seja, o “status” do embrião. Já foi mencionado que existem três correntes: a concepcionista, a nidacionista e aquela dos que entendem que o embrião somente pode ser considerado ser humano a partir do 14º dia. O congelamento dos embriões pelo método da criopreservação é aceitável, sendo a única maneira pela qual eles poderão chegar à vida, já que os embriões produzidos pela FIV só vivem graças à técnica e à ciência (I, 5 e 6; V);

8.5. a seleção de embriões para implantação é aceitável, para alguns, desde que com a finalidade de evitar doenças geneticamente transmissíveis, garantindo, desta forma, a saúde humana. De outra mão, para outros, a seleção embrionária é inaceitável, pois, constatada eventual anomalia, haveria a eliminação do embrião, o que caracterizaria uma odiosa seleção genética. Outro argumento contrário à seleção é que a manipulação dos embriões pode acarretar lesões ou morte. Contudo, as técnicas de RA podem ser utilizadas para diagnóstico e tratamento de doença genética ou hereditária (VI);

8.6. para alguns, a seleção do sexo não se justifica e outros entendem que somente se justifica para evitar problemas genéticos ligados ao sexo (I, 4);

8.7. seja qual for a corrente a que se adira, a redução embrionária (eliminação de embriões já transferidos para o útero materno com o fim de evitar uma gestação múltipla) significará aborto. É procedimento eticamente condenável, de forma praticamente unânime na doutrina, e não permitido no Brasil (I, 7);

8.8. quanto à gestação de substituição é importante salientar que, havendo disputa, o juiz deve, sempre, considerar o melhor interesse da criança, bem como deve ser objeto de atenção na apreciação das provas o elemento anímico, ou seja, quem teve a intenção de procriar; quem se mobilizou na busca da gravidez e do filho. Isto significa a valorização

do elemento volitivo no exame do conjunto probatório e será de suma importância no julgamento, especialmente se foi utilizado óvulo de terceira pessoa, quando não se terá o liame biológico, mas o socioafetivo (VII);

8.9. *considera-se, majoritariamente, que, desde que haja autorização do morto, é possível eticamente a inseminação artificial e a transferência do embrião gerado na FIV post mortem. Os problemas sucessórios devem ser solucionados pela legislação vindoura;*

8.10. *argumenta-se contrariamente à inseminação de mulheres solteiras em razão da “ausência” do pai, eis que a criança necessitaria de uma família com pai e mãe para um desenvolvimento psicoafetivo adequado. E a adoção por uma mulher ou por um homem, que é possível? Outrossim, em termos psicanalíticos, existem funções a serem desempenhadas: a função de mãe e a de pai, que nada tem a ver com sexo. Ademais, por quanto tempo a família “normal” permanecerá unida? (II, 1);*

8.11. *com relação a casais homoafetivos femininos, a questão do desempenho da função de pai pode ser satisfatoriamente resolvida, sendo exercida por uma delas;*

8.12. *quanto aos casais homoafetivos masculinos, como salientado anteriormente, é necessário o alargamento do conceito de maternidade para que a técnica da FIV por gestação de substituição possibilite a casais homoafetivos masculinos terem filho dela se utilizando, a exemplo de Ivan e Steven (utiliza-se o gameta masculino de um deles, óvulo de banco e gestação por outrem). A função materna, ou seja, o que se chama de maternagem, será desempenhada por um deles;*

8.13. *a clonagem humana não é permitida. A clonagem, a bem da verdade, não é forma de reprodução humana (no sentido de preservação da espécie), mas, sim, de replicação, duplicação, com o risco de redução da diversidade dos indivíduos inerente à técnica. Há quem argumente que os gêmeos univitelinos sejam clones e, portanto, a clonagem poderia ser permitida. Mas há uma diferença marcante entre gêmeos idênticos e crianças clonadas: os gêmeos dividem uma*

nova identidade genética determinada ao acaso, ao passo que a identidade genética do clone teria sido escolhida pela pessoa que vai doar o DNA (ou pela pessoa que vai escolher a célula usada) e será idêntica à do ser clonado. Perigo: possibilidade de buscar-se a eugenia (que é o aperfeiçoamento da raça pela seleção genética);

8.14. *por fim, impõe-se responder à questão que legitima a utilização das técnicas de reprodução assistida: existe um direito à procriação? Aqui, também, a doutrina não é unânime. Nosso entendimento é o de que a resposta deve ser afirmativa, porque, em havendo um novo e ilimitado universo de arranjos familiares, há que se reconhecer que existem novas formas de procriar, e assim como a família constituída a partir destas formas deverá estar sob a proteção estatal, as diversas formas de procriar também estarão.*

9. CONCLUSÃO

A matéria ora tratada é ampla e extremamente complexa e, certamente, ensejará um sem número de situações fáticas diversas e conflituosas, que devem ser contempladas pela legislação pátria, inclusive por suas tormentosas implicações no direito hereditário.

Finalizando, então, diante do vasto universo de possibilidades criado com a descoberta das técnicas de reprodução assistida, especialmente diante das incertezas que a utilização da técnica de fertilização *in vitro* por gestação de substituição gera, e das novas situações, hoje ainda invulgares, envolvendo casais homoafetivos, é urgente que se crie uma legislação específica, não só que regulamente a gestação de substituição, como também todas as técnicas de reprodução medicamente assistida, para conferir segurança às pessoas que delas se utilizarem para realizarem um sonho; o sonho de terem um filho. ☐