

LUANA DIAS DA SILVA

**DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE NA OCORRÊNCIA DE
GESTAÇÃO POR OUTREM**

CURITIBA

2005

LUANA DIAS DA SILVA

**DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE NA OCORRÊNCIA DE
GESTAÇÃO POR OUTREM**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel no Programa de Graduação em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná –UFPR.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA

2005

*Dedico este trabalho à Heloisa
Helena e José Dias, meus
queridos pais, eternos amigos e
meus maiores entusiastas.*

“Só uma mínima parte daquilo que aconteceu e que foi dito foi também escrito; e só uma mínima parte do que foi escrito permaneceu”.

Goethe

TERMO DE APROVAÇÃO

LUANA DIAS DA SILVA

DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE NA OCORRÊNCIA DE GESTAÇÃO POR
OUTREM

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca
examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 26 de Outubro de 2005.

SUMÁRIO

RESUMO	01
INTRODUÇÃO.....	02
CAPÍTULO 1 – Causas do surgimento da gestação em útero alheio	04
1.1- Gestação por outrem	05
CAPÍTULO 2 – Técnicas modernas de reprodução humana assistida.....	06
2.1- Inseminação artificial	08
2.2-Fertilização in vitro	09
2.3-Maternidade de Substituição.....	11
2.4-Aplicabilidade em mulheres solteiras, viúvas ou divorciadas.....	12
CAPÍTULO 3 – Restrições religiosa, moral e jurídica à interferência na reprodução humana.....	15
3.1-Projetos de Leis Brasileiras.....	17
CAPÍTULO 4 – Gestação por outrem: hipóteses de ocorrência e razões de sua utilização.....	22
4.1-Hipóteses de ocorrência e razões de sua utilização	23
CAPÍTULO 5 – Acordo referente à utilização de útero alheio	25
5.1 - Jurisprudência Nacional.....	25
5.2 - Caso Oferta de Maternidade Substitutiva em Pelotas/RS.....	27
5.3 - Legislação Estrangeira.....	28
CAPÍTULO 6 – Determinação da maternidade.....	32

CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38
ANEXO – Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92	41

RESUMO

Este trabalho propõe-se a evidenciar as principais técnicas de reprodução humana assistida, as causas de sua utilização em útero alheio e a incerteza que esta trouxe para a determinação da maternidade. Para isso, no primeiro capítulo, serão analisados os aspectos da infertilidade e as causas do surgimento da gestação em útero alheio. No segundo capítulo serão abordadas as técnicas modernas de reprodução assistida, analisando cada uma delas e a aplicabilidade em mulheres solteira, divorciadas ou viúvas. No terceiro capítulo, serão vistos aspectos relativos a restrição religiosa, moral e jurídica, como também os projetos de leis que estão em tramitação. O capítulo quatro versa sobre as hipóteses de ocorrência e as razões da utilização da gestação por outrem. No capítulo cinco, explicitaremos a posição atual sobre o acordo referente à utilização de útero alheio. E por fim, no capítulo seis, trataremos da determinação da maternidade.

INTRODUÇÃO

Com os avanços da engenharia genética, os centros de fertilização estão atuando onde o Direito ainda não alcançou e esta realidade começa a causar distorções pela falta de regulamentação específica.

Mas temos normas que sempre devem ser observadas e também analisadas enfocando a evolução ética e legal da reprodução humana assistida. Essas novas técnicas possibilitaram que muitos casais inférteis ou estéreis pudessem vir a ter seus próprios filhos.

Os principais procedimentos disponíveis são a Inseminação Artificial, que pode ser feita com o sêmen do esposo ou companheiro ou com sêmen de um doador, e a Fecundação In vitro com transferências de embriões e transferência Infratubária de gametas e a gestação por outrem.

Ao analisar as dificuldades suscitadas sobre a determinação da maternidade trazidas pelos avanços das pesquisas no campo da reprodução humana assistida nos casos onde há a ocorrência da participação de mais de uma mulher na geração de um ser humano, observamos uma grande dificuldade da ordem jurídica nacional em estabelecer normas jurídicas específicas, sendo esta necessária, porque o envolvimento de mais de uma mulher no processo de criação, traz incerteza à maternidade.

Por isso, a idéia de que tanto as gestações, como o parto, não sejam exclusivas da parturiente, e pelo fato de uma mulher somente mantê-la em função de outras pessoas, que buscam concretizar a vontade de ter filhos, não tornando muito clara a participação da gestante apenas como recurso para se atingir a maternidade almejada, venha ser o principal objeto da presente pesquisa, uma vez que tem por finalidade demonstrar o problema de ~~se~~ determinar com certeza a

maternidade, nesses casos.

Pretende-se, portanto na presente pesquisa evidenciar as características das técnicas de reprodução humana assistida, as causas de sua utilização em útero alheio, as restrições referentes à ordem religiosa, moral e jurídica, juntamente com o tratamento que tem recebido da ordem jurídico nacional, dos projetos de leis em tramitação, enfocando a pesquisa nas técnicas modernas de reprodução humana assistida e sua utilização no que se refere a maternidade de substituição, diante da participação de mais de uma mulher na geração de um ser humano, considerando quem poderá ser para todos efeitos jurídicos a mãe, e qual situação poderá ser juridicamente viável o acordo referente à utilização de útero alheio.

CAPÍTULO 1 - CAUSAS DO SURGIMENTO DA GESTAÇÃO EM ÚTERO ALHEIO

"Desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fato negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora influência das bruxas, ora aos desígnios divinos,(...), a fecundidade era olhada com intensa benevolência. À chegada dos filhos sempre foram vinculadas às noções de fortuna, riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina."¹

Um casal fértil, tendo relações sexuais regulares, tem cerca de 25% de chance de conceber em cada mês. Após o período de 1 ano, 85% dos casais conseguem obter uma gestação. Entretanto, muitos casais não conseguem gerar uma criança e este número tem aumentado com o decorrer do tempo.

Os médicos usualmente definem a infertilidade ou a subfertilidade como a incapacidade de engravidar após, pelo menos, 1(um) ano de atividade sexual sem uso de métodos anticoncepcionais.

A escolha do melhor tratamento dependerá da causa e da duração da infertilidade, bem como da idade da mulher. Mas o que a maioria das diferentes técnicas de tratamento tem em comum é o objetivo de dar uma ajuda à natureza, para que se obtenha um óvulo e um espermatozóide de boa qualidade e para que eles tenham uma maior chance de obter a fertilização, formar um embrião e uma gestação saudável. Por esta razão, estas técnicas são conhecidas como "Reprodução Assistida".

¹ LEITE, Eduardo Oliveira. Procriações artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 17.

1.1- GESTAÇÃO POR OUTREM

A gestação em útero alheio ocorre quando a mulher possui problemas de gestação, isto é, não consegue manter em útero próprio o embrião, precisando de uma terceira pessoa para mantê-la. O fato dela não conseguir gestar a criança, não quer dizer que tenha problemas de infertilidade.

Consiste num tratamento adequado quando um casal forma embriões, porém é medicamente desejável ou necessário que esses embriões se desenvolvam no útero de uma terceira pessoa, em vez da mãe genética (doadora do óvulo). Esta técnica pode consistir num tratamento altamente eficaz, porém, como acontece com a fertilização in vitro convencional, o êxito não pode ser garantido.

A prática de utilização da reprodução assistida em útero alheio, onde os médicos através da aludida técnica trouxeram uma nova solução para o problema de mulheres que desejam ser mães, mas não podem manter uma gestação, fizeram surgir vários questionamentos no plano jurídico e social.

Segundo Jussara Meirelles², as técnicas de reprodução assistida foram aplicadas inicialmente com o material orgânico do casal infértil, depois se passou a utilizar sêmen e óvulos de doadores, quando estes não podiam produzi-los, então começou a cogitar a partir destas inovações, sendo apenas mais uma iniciativa, a utilização do útero de uma mulher para manter a gestação em favor de outrem.

Do surgimento desta técnica podemos observar, de um lado, a ciência médica nos trazendo mais uma solução para o angustiante problema da ausência de filhos, e do outro, desencadeando uma série de questões alarmantes para o direito, isto é, no plano estritamente jurídico enfocando a dificuldade para a determinação da maternidade.

² MEIRELLES, Jussara. Gestação por outrem e determinação da maternidade. Mãe de Aluguel. Curitiba: Genesis, 1998. p. 27 a 28.

CAPÍTULO 2 - TÉCNICAS MODERNAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

As principais técnicas modernas de reprodução humana assistida disponíveis que podemos destacar são: a inseminação artificial (homóloga, heteróloga e post mortem), a fertilização in vitro (homóloga e heteróloga) seguida de transferência de embriões e a maternidade de substituição, situação que ficou vulgarmente conhecida como "barriga de aluguel".

O Dado Histórico abaixo foi retirado da obra de Milton Nakamura³, este analisa a evolução das técnicas médicas já aludidas:

- Em meados do século XVIII, Ludwig Jacobi (alemão) fez tentativas de inseminação em peixes;
- Em 1755, Lazzaro Spallanzani (biólogo italiano) obteve resultados positivos na fecundação de mamíferos;
- Em 1799, John Hunter (médico e biólogo inglês) obteve êxito na fecundação por Inseminação Assistida em seres humanos;
- Em 1884, Pancoast (médico inglês) fez a primeira inseminação heteróloga;
- Em 1910, Elie Ivanof (Russo) responsável pela descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento;
- Em 1940 teriam surgido os primeiros bancos de sêmen nos EUA;
- Em 1953, os geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H. C. Crick descobriram a estrutura em hélice de DNA, descoberta que deu origem à Genética Molecular e é considerado o marco inicial da Engenharia Genética.
- Em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, nasceu Louise Brown, o primeiro

³ NAKAMURA, Milton. *Inseminação Artificial Humana*, SP: Rocca, 1984 apud SAUWEN, Regina Fiúza, *Direito in vitro: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 90;

bebê de proveta.

- Em 1980, criado o primeiro banco de embriões de seres humanos congelados, na Austrália.

- Em 7 de outubro de 1984, foi concebida Ana Paula Caldeira, primeira brasileira fruto da Fertilização in vitro.⁴

De acordo com os registros na Classificação Internacional de Doenças feita pela OMS, a esterilidade e a infertilidade são consideradas doenças e embora a Reprodução Assistida não trate diretamente da doença, alguns doutrinadores defendem que ela deve ser entendida como uma terapia.

Marciano Vidal citado por Tycho Brahe Fernandes diz que a esterilidade é uma doença ou consequência de uma doença, com seus componentes físicos, psíquicos e, inclusive, sociais. Deste ponto de vista, qualquer procedimento dirigido a remediá-la, desaparecendo ou não a causa que a origina, deve ser entendido como uma terapia.⁵

As técnicas de reprodução assistida então foram criadas como uma forma de remediar as dificuldades que muitas mulheres e muitos homens têm para conceber uma criança.

Podemos observar que na Reprodução Humana Assistida há a intervenção medicamentosa no processo de procriação natural, isto é, tratamentos hormonais, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade e/ou a paternidade.

As principais técnicas de reprodução assistida são:

⁴ FERNANDES, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito*. Florianópolis: Ed. Diploma Legal, 2000.p. 05

⁵ FERNANDES, Tycho Brahe Ob. *Cit*, p. 53.

2.1- INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

O objetivo da inseminação artificial é depositar os espermatozóides, após um processo de melhoramento, no local onde normalmente ocorre a fecundação (nas trompas). Habitualmente, a mulher utiliza tratamentos hormonais na inseminação para que se obtenha um maior número de óvulos. A ovulação é controlada através de exames de ultra-som para que se possa determinar o momento preciso da realização do procedimento. Para realizar a inseminação é necessário que a mulher possua pelo menos uma trompa saudável. Os casais que se beneficiam desta técnica são os que apresentam alterações no muco cervical, infertilidade inexplicada e alterações leves no esperma.

A Inseminação artificial homóloga, é uma técnica de reprodução assistida que consiste na fecundação entre gametas provenientes de um casal que assumirá a paternidade e a maternidade da criança. Quanto à filiação não causa maiores problemas, o material genético é produzido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida e que ficará com a criança.

A Inseminação artificial post mortem, é uma técnica que consiste no fato da inseminação na esposa (companheira) ser feita após o falecimento do marido (companheiro), que forneceu os gametas. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso III, ao dispor que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo se falecido o marido", assegura a filiação à criança gerada através da realização da inseminação post mortem, independentemente de quando ocorrer o nascimento. Este artigo diz respeito apenas ao casamento, não abrange a União Estável. Nesse caso, o reconhecimento da criança deverá ser realizado através de qualquer das hipóteses legais para o reconhecimento de filhos, visto que o art. 1609 do Código Civil de 2002 dispõe expressamente que o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho.

Na Inseminação heteróloga, utiliza-se o espermatozóide ou o óvulo provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais sócio-afetivos na fecundação, ou até mesmo ambos. O Código Civil de 2002, no inciso V, do art. 1597, em relação a essa técnica, trouxe o entendimento de que após a aprovação do marido, este não poderá impugnar a filiação. Ressalta-se que esta presunção não se aplica à União Estável, pois este artigo trata especificadamente do casamento.

2.2-FERTILIZAÇÃO IN VITRO

Através da técnica de Reprodução assistida chamada Fecundação in vitro teremos um processo mais elaborado, pois a fecundação ocorre em laboratório, de forma extra-uterina. Os gametas masculinos e femininos são previamente recolhidos e colocados em contato in vitro para que sejam fecundados, os embriões resultantes são transferidos para o útero ou para as trompas. Nesta pode-se utilizar óvulos e espermatozoides doados (heteróloga) e do próprio casal interessado (homóloga).

A fertilização in vitro, conhecida popularmente como "bebê de proveta", é a técnica de reprodução assistida mais usada em todo o mundo. Esta técnica também é a mais utilizada para a gestação em útero alheio.

De maneira simples, na fertilização in vitro a mulher utiliza um tratamento hormonal para produzir um maior número de óvulos, sendo que o controle do desenvolvimento destes é feito com exames de ultra-som.

“O médico deverá estimular a produção de óvulos, mediante aplicação diária de injeções de hormônios na mulher, durante dez dias aumentando sua ovulação mensal de um para quinze óvulos no mesmo período. Nos casais em que homem apresenta problemas de produção de esperma, cada óvulo deverá receber um espermatozóide, que será injetado no óvulo por meio de uma microagulha. De doze a dezoito horas, após a introdução dos espermatozoides nos óvulos, os médicos verificarão se ocorreu a fertilização. Dos quinze

óvulos fertilizados, cerca de dez se desenvolvem constituindo embriões. Iniciada a reprodução celular os embriões são inseminados no útero da mãe”.⁶

Conforme descreve Elimar Szaniawski⁷, normalmente o número de embriões transferidos para o útero não deve exceder a quatro, os embriões excedentes devem ser congelados em nitrogênio líquido permanecendo em depósitos, para uma posterior transferência, não sendo permitido pelo Conselho Federal de Medicina que estes embriões sejam desprezados em nenhuma circunstância. Na Seção V da Resolução nº 1358/92, estabelece que: “O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído” (anexo). Entende também que “não há justificativa para a não limitação da criação de embriões excedentes, que deve ser evitada ao máximo, a fim de se impedir o grande holocausto que se pratica em todo o mundo, com as crianças que estão para nascer”⁸.

As gestações obtidas através das técnicas de reprodução assistida apresentam os mesmos riscos de uma gestação natural. Da mesma maneira, os riscos de malformações fetais não diferem dos da população em geral. Apesar da fertilização in vitro ter sido desenvolvida para tratar aqueles casais cujo principal problema são danos nas trompas, a técnica se tornou útil para aqueles com endometriose ou mesmo nos casos sem causa aparente e nos casos de utilização de útero alheio.

A Fecundação in vitro homóloga, consiste numa técnica onde os problemas

⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *O embrião excedente : o primado do direito a vida e nascer. Análise do art. 9º do projeto de lei do senadò nº90/99*. IN: Revista Trimestral de Direito Civil, v.2, n.8, out./dez. 2001. p. 87.

⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Ob. Cit., p. 87.

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. Ob. Cit., p.107.

praticamente inexitem, pois a filiação corresponde a verdade biológica, além da sócio-afetiva, já que o filho será fruto dos gametas do casal. O problema da determinação da maternidade se dá quando o material genético (zigoto) do casal necessita de uma outra pessoa, isto é, um terceiro participante para manter a gestação para estes.

Na Fecundação in vitro heteróloga, percebemos que a filiação não corresponderá à verdade biológica, pois no caso de doação de óvulos, haverá fecundação in vitro pelo esperma do marido em um óvulo doado, e implantado no útero da mulher, a paternidade corresponderá a verdade biológica, além da afetiva, mas a determinação da maternidade, será consagrada pela gestação e afetividade; na doação de embriões, tanto o óvulo como os espermatozóides são doados, o embrião resultante será implantado no útero, o vínculo da criança ao casal se fará pela gestação e pela afetividade.

A doadora do óvulo, não poderá reivindicar a criança, pois esta renuncia a maternidade voluntariamente ao fazer a doação, e devido ao sigilo dos laboratórios.

2.3-MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A Maternidade Substitutiva não se trata de técnica biológica, mas sim da utilização de mulheres que se dispõem a carregar o embrião. Por isso é indicado para as mulheres impossibilitadas de gestarem o embrião, consistindo numa terceira pessoa emprestar o seu útero, assegurando a gestação, quando o estado destas não permitirem o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe genética.

No Brasil esta forma de procriação está prevista na Seção VII da Resolução nº 1358/92, que estabelece que:

- A sua utilização só poderá ocorrer desde que exista um problema médico

que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética;

- A doadora temporária do útero deve ser parente até segundo grau da doadora genética;

- A substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Na opinião de Eduardo de Oliveira Leite⁹ a matéria relativa às mães de substituição será sempre um objeto de controvérsia ao analisarmos a utilização de tal técnica sob o ponto de vista dos problemas éticos, sociológicos, psicológicos, jurídicos e mesmos os financeiros que esta nos traz.

Uma das primeiras maternidades substitutivas que se tem notícia ocorreu nos Estados Unidos, no Texas, em 1980. Uma senhora, Carol Pavék, que era casada, decidiu ter um filho para um casal da Califórnia. Este casal Andy e Nancy a procurou quando souberam da sua disposição em ter um filho para outro casal. A fecundação foi in vivo, com sêmen de Andy, utilizando apenas uma seringa. O procedimento foi feito na própria casa de Carol. Após o nascimento do bebe ela o entregou a Andy e Nancy. Posteriormente ela teve uma outra gestação para um outro casal¹⁰.

2.4-APLICABILIDADE EM MULHERES SOLTEIRAS, VIÚVAS OU DIVORCIADAS

A aplicabilidade em mulheres solteiras, viúvas ou divorciadas, ao que tudo indica será permitida, pois apesar de ainda não existir disposição expressa na legislação brasileira, observamos na Resolução nº 1.358/92 do CFM (anexo), que é utilizada como base para os projetos de lei que estão em tramitação, ficou

⁹ LEITE, Eduardo Oliveira, Ob. Cit., p. 66.

¹⁰ GOLDIM, José Roberto. *Bioética e Reprodução Humana*. www.bioetica.ufrgs.br/biorepr, em 13/03/2005.™

estabelecido que “toda mulher capaz, nos termos da lei, pode ser receptora das técnicas de reprodução assistida, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado”.

Eduardo de Oliveira Leite¹¹, entende que a inseminação deve atender a um projeto parental e não impessoal, pois nestes casos, a criança seria órfã de pai desde o início do projeto, e isso contraria o direito fundamental da criança ao biparentesco, como vocação natural e legítima de ter um pai e uma mãe, e de ser educada por ambos.

Sílvio de Salvo Venosa¹², no mesmo sentido, afirma que o ordenamento jurídico e a ética médica devem proibir a aplicação da procriação artificial à mulher que não for casada, ou que não tiver constituído uma união estável.

Guilherme Calmon Nogueira Gama¹³, ao contrário, defende que não existe razão para se proibir tal procedimento, visto que a própria Constituição Federal reconhece em seu art. 226, parágrafo 4º a família monoparental e pelo fato da lei brasileira permitir a adoção de crianças por apenas um adotante (um pai ou uma mãe), devendo, por analogia, ser estendido esse direito às mulheres que pretendem submeterem-se à inseminação artificial com a finalidade de formar uma família monoparental.

Havendo essa possibilidade de aplicação em mulheres solteira, viúvas ou divorciadas, afirma José Roberto Moreira Filho¹⁴, que: “Isto, porém, não acarretará

¹¹ LEITE, Eduardo Oliveira, Ob. Cit., p. 32.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 284.

¹³ GAMA, Guilherme Camon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Revista Brasileira de Direito de família nº 5, abril/maio/junho. p. 22 a 23.

¹⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Bioética e o biodireito. www.jus.com.br/doutrina, em 13/03/2005.

ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, uma vez que, ao doar seu sêmen ele abdica voluntariamente de sua paternidade, da mesma forma que o faz quem entrega uma criança para adoção ou quem perde o poder-familiar”.

A aplicabilidade das técnicas de reprodução assistida em mulheres solteiras, viúva ou divorciadas dar-se-ia o nome de “produção independente”, que é a vulgar denominação da concepção de um filho sem pai jurídico. Principalmente, porque a mulher solteira, divorciada ou viúva, que optar pela prática das técnicas de reprodução assistida, não poderá identificar o doador, por este ser anônimo, nascendo uma criança, destinada a viver sem conhecer seu pai, ficando esta distante de constituir uma família nos moldes tradicionais.

CAPÍTULO 3 - RESTRIÇÕES RELIGIOSA, MORAL E JURÍDICA À INTERFERÊNCIA NA REPRODUÇÃO HUMANA

A reprodução humana assistida é rejeitada por várias religiões, por estas não admitirem o uso das novas técnicas de procriação artificial.

A Igreja Católica não aceita a utilização de qualquer prática relacionada à procriação humana assistida. Em 1987, com a aprovação do Papa João Paulo II, publicou um documento chamado Instrução *Donum vitae*, sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação, estabelecendo a sua opinião contrária a utilização de todas as técnicas de procriação artificial.

Mônica Sartori Scarparo¹⁵, entende que, a Igreja considera imprescindíveis para a gestação a existência de relações sexuais entre um homem e uma mulher sendo que estes devem estar casados. E havendo caso de infertilidade, seja no homem ou na mulher, a única solução admitida é a adoção.

Francisco Vieira Lima Neto, diz que:

“O tema de maternidade sub-rogada ocupa lugar de destaque nas obras de bioética, tanto nas cristãs quanto nas laicas, vindo também, vez por outra no Brasil e com certa constância em outros países, em especial nos EUA, a ser apreciado pelos tribunais, merecendo lugar privilegiado no campo da problemática moral, pois inegavelmente comporta desde os passos iniciais um processo de decisões e conflitos morais que culminam no dilema terrível e se decidir com quem deve ficar a criança, angústia que sempre esteve presente na história humana, remontando aos tempos do Rei Salomão.”¹⁶

Para o Brasil que ainda não possui uma legislação específica sobre o

¹⁵ SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida; questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 26.

¹⁶ LIMA NETO, Francisco Vieira. *A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem*. Em *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. p.121.

assunto, cabe a sociedade a adoção de uma proposta moralmente aceitável, que sirva como um guia, no qual o legislador se baseie para salvaguardar a dignidade humana de todos os envolvidos na utilização das novas técnicas de reprodução assistida, definindo de modo ético e legal as novas situações advindas desse prodigioso e rápido avanço apresentado pelos progressos biomédicos e científicos.

Com caráter de lei formal, encontramos no Código Civil de 2002 inseridos três dispositivos no artigo 1597, mencionando a inseminação artificial, que tratam da presunção de paternidade de filios nascidos por reprodução assistida.

O artigo 53, Código de Ética Médica, de 11 de Janeiro de 1965, dispunha: “A inseminação artificial heteróloga não é permitida; a homóloga será praticada se houver o consentimento expresso dos cônjuges”. No atual Código de Ética Médica (resolução CFM nº 1246, de 8 de janeiro de 1988), encontramos dois dispositivos, contribuíram para pautar a atuação médica na reprodução humana artificial: artigo 43, que proíbe o médico de “descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento” e o artigo 68, que o veda de “praticar fecundação artificial sem que participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento”.

Na Resolução nº 1358, do Conselho Federal de Medicina, de 11 de Novembro de 1992 (anexo), estabeleceram-se normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e no que se refere à gestação por outrem, trata da finalidade médica de sua aplicação e da necessidade do parentesco poder ser até segundo grau, sendo que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Apesar da existência de projetos de leis sobre a reprodução humana assistida apresentados por vários políticos, podemos observar que não há proibição expressa na lei brasileira, sobre nenhum dos métodos de procriação humana assistida até hoje utilizados, o que temos são somente atos normativos de cunho essencialmente administrativos.

3.1-PROJETOS DE LEIS BRASILEIRAS

Analisaremos os seguintes Projetos de Lei nº 1.184, de 2003, e os de nºs 2.855, de 1997, 4.664, 4.665, de 2001; 6296, de 2002, 120, 1.135, 2.061, de 2003, 4.686, de 2004 e 4.889, 5624, de 2005, explicitando sobre o que cada um dispõe e tenta regular.¹⁷

- O Projeto de Lei n.º. 1184, de 2003, de autoria do Senado Federal, dispõe sobre regras para a Reprodução Assistida, e a definição do que é embrião humano para os fins da reprodução artificial ou assistida. Permite a utilização da técnica de Reprodução assistida na ocorrência de infertilidade ou para a prevenção de doenças genéticas. Propõe prazo mínimo de espera para os casos em que não se diagnostique a causa definitiva da infertilidade. Exige consentimento esclarecido do cônjuge ou do companheiro. Proíbe a gestação de substituição. Há também proibições relativas à utilização da Reprodução Assistida e práticas eugênicas, quanto a pré-seleção sexual, salvo na ocorrência de risco genético de doenças relacionadas ao sexo e na intervenção sobre gametas ou embriões in vitro, salvo para as finalidades permitidas pela lei. Dispõe que a produção e transferência de até dois embriões a cada ciclo reprodutivo. Todos os embriões produzidos devem ser obrigatoriamente transferidos, não havendo, portanto, previsão de congelamento de embriões. Embriões espontaneamente abortados podem ser doados expressamente para pesquisas.

- O Projeto de Lei n.º. 2.855, de 1997, de autoria do ilustre Deputado Confúcio Moura, “dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências”. Permite a utilização da técnica de Reprodução assistida , sendo esta acessível a toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil. Permite a gestação de substituição em casos de impossibilidade de gravidez por

¹⁷ Projetos de lei. www.camara.gov.br, acessado em 12/09/2005.

parte da doadora do óvulo, vedada a comercialização ou lucro. Exige consentimento de um Conselho de Reprodução Assistida, salvo para os casos em que a receptora seja parente até quarto grau, consanguíneo ou afim. Neste há proibições relativas à utilização da reprodução assistida e prática eugênicas, quanto a clonagem, pré-seleção sexual ou de qualquer outra característica biológica, finalidade eugênica, salvo para prevenção de doenças; proíbe a fecundação de óvulos para outra finalidade que não seja a procriação. Não dispõe sobre a quantidade de embriões a serem produzidos e transferidos. Prevê o congelamento de “pré-embriões”, sem definir o que seria do ponto de vista jurídico esse conceito. Os “pré-embriões” devem ser mantidos por cinco anos e, após esse tempo, descartados ou utilizados em experimentações, mediante consentimento expresso dos doadores.

- O Projeto de Lei n.º 4.664, de 2001, que fora reconstituído, dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados “in vitro”, e determina a responsabilidade sobre eles.

- O Projeto de Lei n.º 4.665, de 2001, de autoria do ilustre Deputado Lamartine Posella, que “dispõe sobre a autorização da fertilização humana “in vitro” para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências”. Permite a utilização das técnicas de fertilização in vitro apenas aos “casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização” somente em clínicas autorizadas pelo Ministério da Saúde. São proposições destinadas a questões específicas concernentes aos processos de reprodução assistida.

- O Projeto de Lei n.º 6.296, de 2002, também reconstituído, proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino.

- O Projeto de Lei n.º 120, de 2003, de autoria do nobre Deputado Roberto Pessoa, que “dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida”. Intenta modificar a Lei n.º 8560, de 29 de

dezembro de 1992, que “regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, e dá outras providências”. Propõe que os nascidos de técnicas de reprodução assistida tenham o direito de saber a identidade de seus pais biológicos, mas sem que isso lhes dê direitos sucessórios. São proposições destinadas a questões específicas concernentes aos processos de reprodução assistida.

- O Projeto de Lei n.º. 1.135, de 2003, de autoria do preclaro Deputado Dr. Pinotti, que “dispõe sobre a reprodução humana assistida”. Permite a utilização da técnica de Reprodução assistida , sendo acessível a toda mulher capaz “cuja indicação não se afaste dos limites” da lei. A redação, entretanto, não é clara quanto aos referidos limites. Exige aprovação do cônjuge se a mulher for casada ou mantiver união estável. Permite a gestação de substituição em casos de impossibilidade de gravidez por parte da doadora do óvulo, vedada a comercialização ou lucro. Exige autorização do Conselho Regional de Medicina para casos em que a receptora seja parente até segundo grau ou não. Proíbe a fecundação de óvulos para outra finalidade que não seja a procriação; faz menção a que as técnicas “não devem” ser utilizadas com a intenção de seleção de sexo ou outra característica biológica, sem, contudo, previsão de pena para tais procedimentos. Não dispõe sobre a quantidade de embriões a serem produzidos e transferidos. A decisão pela quantidade a ser transferida é aos beneficiários. Define como pré-embrião todos os resultantes da união de gametas in vitro, sem qualquer definição de estágio de desenvolvimento. Prevê a doação de pré-embriões e o congelamento dos excedentes, mediante manifestação expressa, do mesmo modo que a destinação em casos de separação do casal, morte ou doença grave de um dos cônjuges. O tempo legal para o congelamento previsto é de três anos, após o que, os pré-embriões devem ser colocados à disposição dos beneficiários que podem descartá-los ou doá-los para utilização em reprodução assistida.

- O Projeto de Lei n.º. 2.061, de 2003, de autoria da eminente Deputada Maninha,

que “disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências”. Permite a utilização da técnica de Reprodução assistida , estando acessível a “todo homem e mulher, doador e receptor, capazes”. O art. 1º refere-se à utilização da técnica para a “resolução de problemas de infertilidade”, mas não vincula essa utilização a diagnóstico preciso, como no caso do PL 1184/03. Permite a gestação de substituição em casos de impossibilidade de gravidez por parte da doadora do óvulo, vedada a comercialização ou lucro, mas não faz menção a qualquer laço parental por parte da receptora. Neste também se proíbe a fecundação de óvulos para outra finalidade que não seja a procriação; faz menção a que as técnicas “não devem” ser utilizadas com a intenção de seleção de sexo ou outra característica biológica, sem, contudo, previsão de pena para tais procedimentos. Não define o número de “oócitos” e “préembriões”, sem definir o que sejam, a serem produzidos, mas permite a transferência de até quatro “pré-embriões”. Prevê a doação de “oócitos” e “préembriões”. Prevê a doação de pré-embriões e o congelamento dos excedentes e sua destinação, mediante manifestação expressa, do mesmo modo que a destinação em casos de separação do casal, morte ou doença grave de um dos cônjuges. Prevê o tempo máximo de desenvolvimento dos “pré-embriões” em até catorze dias.

- O Projeto de Lei n.º 4.686, de 2004, que introduz um artigo 1597-A a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 no Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir da reprodução assistida, define o direito sucessório e o vínculo parental.

- O Projeto de Lei n.º 4889, de 2005, pretende estabelecer critérios para funcionamento de clínicas de reprodução humana.

- O Projeto de Lei n.º 5.624, de 2005, cria programa de reprodução assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências.

Podemos verificar que todos esses projetos de leis estão apensados ao projeto de lei n.º 1184, de 2003, por força das disposições regimentais, por estes versarem sobre a reprodução humana assistida e que a partir dos resumos feitos podemos perceber que, as proposições nºs 2.855, de 1997; 1.184, 1.135, e 2.061, de 2003, são mais extensas, visam à regulamentação da utilização das técnicas de Reprodução Assistida em vários de seus aspectos.

CAPÍTULO 4 - GESTAÇÃO POR OUTREM: HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA E RAZÕES DE SUA UTILIZAÇÃO

Por gestação por outrem, conforme definido por Jussara Meirelles¹⁸, entende-se que a inseminação artificial e a fecundação in vitro são utilizadas para engravidar uma outra mulher, que se compromete a entregar a criança, após o parto, ao casal, que na pretensão de ter um filho, sujeita-se esta prática.

De acordo com a resolução nº 1358, de 11 de novembro de 1992, da CFM (anexo), no item VII, nº 1, dispõe que: “doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, os demais casos devem ser submetidos à autorização do CFM”. Entende-se então que a gestação de substituição somente poderá ocorrer entre mães e filhas, avós e netas, ou entre irmãs.

Mas já há dois casos registrados no mundo todo, onde a maternidade de substituição ocorreu entre nora e sogra (sendo que o segundo caso ocorreu no Brasil, em 2004).

No Brasil a ocorrência de gestação em útero alheio, como já dissemos em capítulos anteriores, será sempre uma controvérsia ao analisarmos os problemas dela decorrentes, sob a perspectiva ética, psicológica, sociológica e jurídica. É importante também ressaltar que, a referida norma está contida em mera resolução administrativa e tem por finalidade demonstrar eticamente a atuação médica, não tendo a premissa de coibir uma prática que a lei formal não proíbe.

¹⁸ MEIRELLES, Jussara, Ob.Cit., p.28.

4.1-HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA E RAZÕES DE SUA UTILIZAÇÃO

Inicialmente destacamos que o vocábulo “mãe” aqui será utilizado de forma hipotética, por este ser reservado para indicar a exata atribuição de maternidade.

A gestação por outrem pode ocorrer de diferentes formas, as hipóteses mais usuais são:

A Fertilização in vitro homóloga, nesta técnica o zigoto resultante do material do casal é transferido e implantado no útero da “mãe portadora” (ou “mãe hospedeira”), que cede seu útero, mantendo a gestação.

Na Inseminação Artificial ou Fertilização in vitro, a “mãe portadora” tem seu óvulo fecundado com sêmen do marido ou companheiro da “mãe sócio-afetiva”, esta é que pretende o filho. A “mãe portadora”, neste caso também é a “mãe genética”, isto é, a que fará a doação do óvulo. Podemos observar aqui que a Mãe sócio-afetiva, não tem participação biológica na gravidez.

Poderá ocorrer a participação de três mulheres no processo de criação, isto é, a mãe biológica, manterá a gestação, com o óvulo doado pela mãe genética, sendo que a criança gerada será entregue a uma terceira mulher, que é a mãe sócio-afetiva.

Não haverá gestação por substituição, no caso da mãe sócio-afetiva, também ser a mãe biológica. Isto poderá acontecer quando, esta manter a gestação com o óvulo de uma doadora fertilizado com o sêmen do seu marido ou companheiro, ou de outro doador.

Quando falamos de mãe sócio-afetiva, não podemos confundi-la com a mãe adotiva, pois a primeira vale-se do recurso de gestação por outrem para satisfazer seu desejo de ser mãe, a segunda, através do recurso legal de proteção ao ser humano dissociado da família biológica.

São diversas as razões que levam a utilização da técnica da gestação em útero alheio, como problemas físicos e biológicos, relacionados a certas deformações congênitas que impedem mulher de manter gestação, ou evitam que defeitos de ordem genética se transmitam ao filho.

CAPÍTULO 5 - ACORDO REFERENTE À UTILIZAÇÃO DE ÚTERO ALHEIO

As normas éticas para a reprodução assistida, contidas na resolução 1538/92, do CFM, como afirma Fachin, “prevê a gestação por substituição, desde que seja com a pessoa da família, parente de segundo grau. Assim em tese estaria vedada a contratação de terceiro para realizar a gestação por substituição”¹⁹

Além destes problemas também existe a questão do registro público da criança, afinal, em nome de qual mãe a criança será registrada, e como esta ficará em relação aos direitos sucessórios.

De acordo com Francisco Vieira de Lima Neto²⁰: “no Brasil o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher portadora do material genético. (...) sendo que o país não tem histórico de proibição de procedimentos de inseminação artificial”.

A gestação de substituição, no Brasil normalmente, envolve quase sempre um parente próximo da mãe, pois existe a obrigatoriedade do vínculo familiar, estabelecida pela Resolução 1538/1992, do CFM, que é única diretriz nacional a esse respeito, havendo desta forma ausência de disputas.

5.1 - JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Em análise à jurisprudência nacional, encontramos uma decisão, na qual

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família - Curso de Direito Civil*. Renovar, 2003. p. 239

²⁰ LIMA NETO, Francisco Vieira de. Ob. Cit., p. 140.

foi conferida a paternidade ao casal que planejou, contribuiu com o componente genético e utilizou-se da técnica gestação em útero alheio, onde essa terceira pessoa, que gerou a criança era um parente até o segundo grau e a entregou aos pais sócio-afetivos.

Decisão Judicial 2ª vara de registro público de São Paulo (capital), sentença no processo 66/00, fundamentou o magistrado²¹:

O desenvolvimento da reprodução assistida impõe que se passe a focar o tema sob a ótica da chamada paternidade de intenção, fruto de um projeto planejado, no estabelecimento de uma filiação desejada pelos requerentes. No caso em exame, houve a fecundação do óvulo de ICOA com o esperma de JCMS, implantando-se o embrião no útero de AMAC, que cuidou de processar a gestação, sem contudo, contribuir com o componente genético.

É a técnica chamada nos EUA de “surrogate gestacional mother” (...) e que, na ausência de mercancia, inexistindo o elemento voltado ao comércio carnal, como sucedeu na espécie, longe de ser reprovada, configura a denominada paternidade de intenção, a merecer tutela jurisdicional favorável no sentido de se efetivar o registro na forma requerida, conferindo a paternidade aos requerentes JCMS e ICOA, afastada a presunção, em caráter excepcional, da declaração de nascido vivo (fls. 9/11).

Temos que ressaltar que neste caso a mãe de substituição era prima da mãe sócio-afetiva e que não houve disputa pela criança, mas sim a dificuldade de registra-la, pois como verificamos a utilização desta técnica traz o problema da determinação da mãe.

²¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *BIODIREITO: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. capítulo 4, p.141.

5.2 - CASO OFERTA DE MATERNIDADE SUBSTITUTIVA EM PELOTAS/RS

O jornal Diário Popular, da cidade de Pelotas, no interior do Rio Grande do Sul, publicou, em 28/01/2001, um anúncio classificado de uma oferta de maternidade substitutiva comercial²². O título do anúncio era o seguinte:

Barriga - (humana) para inseminação artificial.

No dia seguinte o mesmo jornal publicou os motivos que levaram esta senhora, de 39 anos e fotógrafa profissional, a fazer a oferta. Ela estava indvidada, cerca de R\$5.000,00, e achou que esta seria uma solução viável para o seu caso. No corpo do anúncio ela apresentava a referência de que era "boa parideira", pois já havia tido dois filhos seus anteriormente.

A remuneração esperada estava estipulada entre R\$20.000,00 e R\$30.000,00, mais os gastos com a gestação. Ela afirmou que achava, apesar de ser uma proposta remunerada, que a sua oferta era altruísta, pois auxiliaria outras pessoas que não podem ter filhos.

No mesmo dia da publicação três casais, de Pelotas e de outros estados, demonstraram interesse em aceitar a oferta. Desde os 29 anos, quando teve seu segundo filho, esta senhora tem suas trompas ligadas. A sua oferta é de apenas realizar a gestação, sem envolver doação de óvulos.

O promotor da Infância e da Juventude de Pelotas tomando por base o Estatuto da Criança e do Adolescente, acha a proposta viável, pois o documento legal impede apenas a venda de filhos para terceiros (Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.). Segundo sua interpretação o filho, biologicamente, será do casal contratante. Ele ressaltou que o acordo ou contrato a

²² GOLDIM, José Roberto. Ob. Cit.

ser estabelecido entre as partes poderá não ter valor judicial. Este posicionamento pode ter outras interpretações possíveis. Em vários locais do mundo existe a determinação de que é considerada como mãe à mulher que gesta.

A Resolução 1358/92 do CFM estabelece as únicas normas para reprodução assistida no Brasil. Nestas diretrizes este procedimento está claramente impedido, pela ausência de vínculo familiar entre os participantes e pela remuneração envolvida.

5.3 - LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA²³

Reino Unido:

No Reino Unido em 1985 foi aprovado o "Surrogacy Arrangements Act", ficando o Tribunal com competência para atribuir a filiação. A Inglaterra faz a distinção consoante à maternidade de substituição seja a título oneroso ou gratuito, proibindo apenas a título oneroso. Proíbe a intermediação de acordos. "Human Fertilisation and Embryology Act", de 1990, no artigo 36, A, dispõe que nenhum contrato é válido.

Espanha:

A Espanha tem esta matéria regulada desde 1988, tendo consagrado o direito da mulher procriar e fundar o tipo de família que a própria escolheu em liberdade e responsabilidade. Considera nulo todo o contrato segundo o qual se

²³ Legislação estrangeira referente ao contrato de gestação por outrem , www.tsf.pt/online/ciencia/dossiers/Reproducao, acessado em 25/02/2005.

convencione a gestação, com ou sem preço, a cargo de uma mulher que renuncie à maternidade em favor da outra parte ou de um terceiro, estipulando que a filiação das crianças com recurso a mães portadoras é aferida pelo parto. Na Lei 35, de 11/88, no artigo 10, dispõe que mãe é a gestante, declara nulo o contrato de maternidade substituta, gratuito ou não.

Alemanha:

A Alemanha declarou inconstitucional, em 1989, qualquer disposição que negasse o direito de cada pessoa conhecer a identidade do seu progenitor, assim não existe anonimato de doadores, tendendo a reprodução heteróloga a diminuir. Uma lei de 1990 exige que um casal que pretenda recorrer à inseminação artificial tenha previamente que se sujeitar a um parecer de uma comissão, cuja função é verificar se reúne os requisitos exigidos, designadamente saber se pode proporcionar um lar estável à criança. A lei pune com prisão ou multa todo aquele que procede à fecundação artificial numa mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento ou que transfira para ela um embrião humano. A Lei Alemã 745/90, de Defesa do embrião, diz que é crime a prática da fertilização em mulher que tenha a intenção de torna-se mãe substituta.

França:

Em França foram publicadas duas leis que proíbem a investigação em embriões, os contratos de aluguel do útero e a divulgação incondicional de informações relativas à identificação de uma pessoa pelas suas características genéticas; permitindo, por outro lado, a procriação artificial e o anonimato do doador. Recentemente foi introduzida no Código Civil Francês uma disposição que proíbe os contratos de gestação uterina. A lei 94653/94, no artigo 3º, que alterou o artigo 16-7

do Código Civil, declara nulas as convenções sobre a procriação ou gestação “pour lê complee d’autrui”. A mesma lei no artigo 4º, considera crime a intermediação para maternidade de substituição, alterando o artigo 227-12 do Código Penal. Apesar de haver leis proibitivas, a França é um dos países receptivos a acolher associações que se propõem a estabelecer contactos entre mães portadoras e casais estéreis, ou que põe em paralelo o aluguel de útero e a doação de esperma.

EUA:

Nos Estados Unidos, são inúmeras associações que se propõem a estabelecer contactos entre mães portadoras e casais estéreis, mas lei coloca o problema das "mães de aluguel" como estatal. Há Estados que não permitem os contratos de gestação e outros que apresentam uma postura mais flexível. Vinte e seis Estados têm legislação que, de algum modo, se refere às "mães de aluguel", cinco deles parecem tratar o "aluguel do útero" como matéria criminal, a saber: Arizona, Nova Iorque, Utah, Washington e Michigan. Os restantes têm legislação que invalida os contratos de gestação, já instituíram mecanismos tendentes à sua aprovação, ou regulam o pagamento de determinados honorários às "mães de aluguel". No Estado do Nebraska, em 1987, foi apresentado um projeto de lei no sentido de só ser admitido o contrato de gestação gratuito. O Arkansas foi o primeiro Estado norte-americano a reconhecer e apoiar a intenção das partes num contrato de gestação. Não só permite o "aluguel de útero" como possui legislação específica na regulamentação de cada caso em particular.

Portugal:

No Código Civil português, no artigo 81 c/c artigo 280, declara a nulidade dos contratos, ferem a lei, a dignidade e os bons costumes. Em projeto de lei n.º 135/VII, de 01/08/1997, em seu artigo 6º, define o termo “maternidade de substituição”, proíbe a técnica, considerando nulo o contrato, e também define que a mãe é a gestante, considerando crime a operação, punindo com até 3 anos de prisão esta prática.

Austrália:

Na Austrália, foram publicadas leis que proíbem a maternidade e o contrato de substituição. A lei 57/85, “Capital Territory”, dispõe que a mulher que engravidou e concebeu é considerada mãe. A lei 40/85, “Northen Territory”, também diz que mãe é quem dá a luz. Na “Surogate Parenthood Act”, de 1988, “Queensland”, proíbe o contrato de maternidade substituta.

Observamos, então que, há o entendimento predominante quanto às nulidades dos contratos de gestação por outrem, e que na ocorrência desta a única mãe legal é a gestante, a mãe que dá a luz a criança, pondo-se de lado a questão da maternidade afetiva e da genética.

CAPÍTULO 6 - DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE

O que hoje podemos afirmar sobre questão referente à determinação da maternidade, é o fato de a mãe não ser sempre certa, quando houver utilização das técnicas de reprodução assistida, observando que antes não havia qualquer dúvida por ser impossível fecundar o óvulo fora o útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, sendo certo que a mãe era aquela que estava gestando o nascituro., mas agora o princípio *mater semper certa est* está literalmente abalado.

A certeza em relação à maternidade está abalada, tendo em vista que a mãe pode ser a que está gestando o filho, ou pode ser a que forneceu o óvulo para fecundação, ou pode ser a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e que contratou o útero alheio para gestá-lo (mãe sócio-afetiva), apesar de em nosso ordenamento pátrio consagrar-se a idéia de que a mãe é a que gestou e deu à luz.

Como já foi dito nos capítulos anteriores, se a mãe doadora do óvulo for fecundada com sêmen de seu marido ou de terceiro doador, e ela mesma gestar o concebido, não restam dúvidas de que ela será declarada a mãe da criança, tendo em vista a coincidência dos atributos genéticos, sócio-afetivo e gestacional. Não havendo aqui a maternidade de substituição.

A questão de maior complexidade ocorre quando a "mãe gestante" for diferente da "mãe biológica" ou da "mãe social ou sócio-afetiva". Nestes casos, poderão ocorrer os conflitos sobre a determinação da maternidade.

A filiação sócio-afetiva tem prevalecido, muitas vezes, sobre a filiação biológica. Pois, nos casos de inseminação heteróloga, para se definir o parentesco, deverão ser considerados somente o pai ou a mãe sócio-afetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, à semelhança do que ocorre na adoção.

Na opinião de Guilherme Calmon Nogueira Gama²⁴, o direito de família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área de reprodução humana, mormente envolvendo as fontes da paternidade, maternidade e filiação, e todas essas transformações permitiram a ocorrência de um importante fenômeno, denominado "desbiologização", ou seja, a substituição do elemento carnal pelo elemento biológico ou psicológico.

Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz²⁵, afirmam que, as sociedades, já não consideram a filiação somente sob o aspecto biológico, ficando esta compreendida também sob o elemento cultural.

Segundo José Roberto Moreira Filho²⁶, pela atual orientação doutrinária, o pai e a mãe não se definem apenas pelos laços biológicos que os unem à criança e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, de então assumir independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de bem querer ao menor. Para o referido autor, partindo dessa premissa, poderemos definir a filiação do nascituro concebido por técnicas reprodutivas artificiais, tanto pelo aspecto biológico quanto pelo aspecto sócio-afetivo, levando-se em conta sempre o melhor interesse da criança.

Tânia da Silva Pereira²⁷, entende que, para a formação da família e a existência de filiação, necessita-se do consentimento dos cônjuges, por isso, todo e qualquer filho gerado dentro do casamento, ou união estável, por meio de relações sexuais ou da utilização das técnicas de reprodução assistida, será tido como de ambos os cônjuges, independentemente de a técnica utilizada ter sido homóloga ou

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Ob. Cit., p. 22 a 23.

²⁵ SAUWEN, Regina Fiuza, HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito 'in vitro': da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1997.

²⁶ MOREIRA FILHO, José Roberto. Ob. Cit.

²⁷ apud Fernandes Tycho Brahe, Ob. Cit., p. 72.

heteróloga.

Gustavo Tepedino²⁸, no mesmo sentido, entende que, ao ser fixada a paternidade e a maternidade do casal de quem encomendou o material genético, não importará a origem genética do esperma doado, para efeito de estabelecimento da filiação. Portanto a doação anônima de esperma não acarreta vínculo de parentesco ao doador.

A tendência doutrinária e legislativa mundial é a de se atribuir à mãe que gestou a criança a sua maternidade, mas esta solução poderá ser modificada se ficar demonstrada que a mãe gestante, por não ser mãe genética, não tiver condições psicológicas e sociais de cuidar da criança, entregando-se a criança à mãe genética ou sócio-afetiva que melhor atender aos seus interesses.

Há atualmente um pensamento crescente na doutrina pátria de que, nos casos em que haja inseminação artificial heteróloga, com o uso de mãe de substituição, a mãe genética é a que merece a maternidade da criança. Nossa doutrina entende que a mãe de substituição é apenas a hospedeira daquele ser gerado sem a contribuição de suas células germinativas e que se engravidou apenas para ajudar na concepção do filho de outrem.

Os doutrinadores que tratam da filiação afetiva, afirmam que, independentemente da origem biológica ou da gestação, a mãe será aquela que assumiu e levou adiante o sonho da maternidade ao recorrer até mesmo a estranhos para que sua vontade fosse satisfeita.

Em relação à substituição de útero, também vulgarmente chamada de barriga de aluguel, é certo que não há legislação que a regule ou que a proíba, sendo tal fato apenas tratado pela resolução 1358/92 do CFM.

Pelo ordenamento jurídico é vedado qualquer contrato que envolva bem

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. pág. 537 apud Leite Gisele. *Clonagem e demais manifestações modernas em face do direito*, www.jus.com.br, acessado em 13/05/2005.

indisponível, como é o caso da vida humana, sendo que os contratos de "locação" ou substituição de útero não têm eficácia jurídica; havendo lide, ficam sujeitos a decisões judiciais conflitantes.

Para a solução dos impasses relativos à disputa ou imposição da maternidade, chegamos a conclusão de que a decisão tomada deve variar em cada caso concreto diante das peculiaridades levantadas, mas a tendência é a de que o julgador deve sempre ter em mente quem primeiro externou a vontade relativa à inseminação e, principalmente constatar qual o melhor interesse para a criança.

CONCLUSÃO

Diante do que foi anteriormente exposto, pode-se tecer as seguintes considerações.

Em primeiro lugar o reconhecimento de que atualmente não podemos nos furtar à obrigação de debater esta matéria imersa em tantos conflitos éticos e jurídicos quantos se contam os benefícios dela provenientes.

É preciso estabelecer uma proteção frente às inovações tecnológicas, que revolucionam os referenciais sócio-biológicos e éticos do ser humano. Os princípios éticos demonstram constante e inarredável preocupação com a importância da vida humana, tanto no que tange aos direitos da criança nascida, como, também, da pessoa que se beneficia da técnica.

Propomos que as técnicas de reprodução humana assistida sejam aplicadas, mas com restrições, estando sua aplicabilidade ligada exclusivamente aos casais legalmente constituídos ou não e de condições adequadas para o completo e harmônico desenvolvimento do nascituro, ficando excluídas as situações em que ele viesse a ter só mãe, no caso da “produção independente”. A admissão de fecundação *post mortem* comporta necessariamente a aceitação de suas legais conseqüências, se bem que possam e devam, quando tal for a opção, restringir-se os pressupostos de admissibilidade, os prazos em que pode ser efetuada após a morte do progenitor e extremar-se nas garantias quanto à proveniência dos gametas utilizados e ao cumprimento da vontade do falecido.

Na determinação da maternidade na ocorrência de gestação por outrem, podemos perceber a falta de regulamentação com força de lei, apesar do ordenamento jurídico vedar o contrato que envolva bens indisponíveis, sendo o contrato de gestação em útero alheio sem eficácia jurídica, não permitindo a

mercancia.

Atualmente, no Brasil temos uma certa ausência de disputas quanto as crianças geradas com a técnica da maternidade de substituição, pois normalmente neste casos existem o vínculo familiar, onde a doadora do útero, possui parentesco até segundo grau e não há caráter lucrativo. As maiores dificuldades encontradas, são no sentido do não estabelecimento da filiação, pois o casal que planejou a gestação e utilizou-se da aludida técnica, não consegue registrar a criança na forma desejada.

Por fim, salienta-se a necessidade de uma profunda reflexão acerca do uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, visando a necessidade da normatização deste tema polêmico, cabendo ao legislador a tarefa de conservar uma sociedade de homens e buscar o equilíbrio entre as normas e o progresso científico, sendo que este, não pode passar por cima dos direitos que foram conquistados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE**, Maria Margarida de. *Introdução à metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Atlas, 1999.
- BARBOZA**, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BASTOS**, Thereza Christina. *Novas Técnicas de reprodução humana – o útero de aluguel* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1990. a 79, n.660.
- BRAUNER**, Maria Claudia Crespo. *A monoparentalidade projetada e o direito do filho a biparentalidade* . in Direitos Humanos, ética e direitos reprodutivos.
- DORA**, Denise Dourado e **SILVEIRA**, Domingos Dresh da (organizadores). Porto Alegre: Themis. 1998.
- _____. *A bioética e os progressos tecnocientíficos da medicina moderna: quais os limites de segurança?* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UNISINOS. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- CÓDIGO CIVIL**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 47 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, Legislação Brasileira.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Coordenação de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, Vários Colaboradores.
- CORRÊA**, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas. Limites da biologia ou biologia sem limites?* Rio de Janeiro: Ed UERJ. 2001.
- ENGELHARDT Jr.**, Tristram. *Fundamentos da Bioética*. 2 ed. Edições Loyola, 1998.
- FACHIN**, Luiz Edson. *Direito de Família - Curso de Direito Civil*. Renovar, 2003.
- FERNANDES**, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito*. Florianópolis: Ed. Diploma Legal, 2000.

- FERRAZ**, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma Introdução*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- GAMA**, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*". Revista Brasileira de Direito de Família nº5 abril/maio/Junho/2000.
- GOLDIM**, José Roberto. *Bioética e Reprodução Humana* .www.bioética.ufsgr.br, acessado em 13/03/2005.
- GOMES**, Orlando. *Obrigações*. 11 ed. revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996..
- LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995
- LIMA NETO**, Francisco Vieira. *A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. Em Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- MACHADO**, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MEIRELLES**, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade. Mãe de Aluguel*. Curitiba: Genesis, 1998.
- MOREIRA FILHO**, José Roberto. Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e o biodireito. www.jus.com.br/doutrina, acessado em 13/03/2005.
- OLIVEIRA**, Maria de Fátima. *A necessidade de "redução de embriões" é uma decorrência da iatrogenia intencional*. Belo Horizonte, 2000, p. 2. Artigo veiculado na lista Bioética, em maio/2000 (<http://www.widesoft.com.br/cgi-bin/majordomo/index/bioetica>), acessado em 13/03/2005.
- SAVIN**, Gláucia. *Crítica aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1990. a. 79,

n.659.

SAUWEN, Regina Fiuza, **HRYNIEWICZ**, Severo. *O Direito 'in vitro': da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1997.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (organizadora). *BIDIREITO: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. capítulo 4.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez, 2001.

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

SZANIAWSKI, Elimar. *O embrião excedente : o primado do direito a vida e nascer. Análise do art. 9º do projeto de lei do senado nº90/99*. IN: Revista Trimestral de Direito Civil, v.2, n.8, p.83-107, out./dez. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ANEXO**RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 1.358, DE 1992****REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

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

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

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

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

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

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

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS

TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

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

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

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

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

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

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

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

e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

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

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

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

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

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

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

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

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

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

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

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

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

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços,

participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

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

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

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