

SUB-ROGAÇÃO DE ÚTERO: ENTRE A ESPERANÇA E A EXPLORAÇÃO

SURROGACY: BETWEEN HOPE AND EXPLOITATION

Ana Carolina Lessa Dantas¹

RESUMO: A flexibilização das configurações familiares, bem como os avanços no campo da medicina, trouxeram, nos últimos anos, uma vasta gama de inovações no que se refere às técnicas de reprodução humana assistida. Dentre tais inovações, destaca-se uma polêmica, porém incontornável, técnica: a gestação de substituição, atualmente fundamental para a efetivação do direito de casais homoafetivos e de homens solteiros ao planejamento familiar. O presente artigo visa tratar, sob prismas jurídicos e sociais, da sub-rogação de útero, popular e leigamente conhecida como “barriga de aluguel”. Serão abordados seus aspectos conceituais e polêmicos, bem como as mais relevantes diretivas brasileiras e internacionais relacionadas ao tema.

Palavras-chave: Sub-rogação de útero. Reprodução humana assistida. Planejamento familiar.

ABSTRACT: The flexibilization of family configurations, as well as the advances in the medical field have brought a wide range of innovations related to assisted reproduction techniques in recent years. Among these innovations there is a controversial, although unavoidable, technique: surrogacy, which is indispensable not only for heterosexual pairs, but also for homoafective couples and single men to realize their family planning. This paper aims to discuss, under legal and social prisms, surrogacy (popularly known in Brazil as “barriga de aluguel” or rented womb). Its conceptual and controversial issues will be addressed as well as the most relevant Brazilian and international policies related to the theme.

Keywords: Surrogacy. Human assisted reproduction. Family planning.

INTRODUÇÃO

Útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação de substituição, gestação sub-rogada, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira, mãe por procuração, barriga de aluguel, cessão temporária de útero, sub-rogação de útero.

¹ Graduanda em direito pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista do programa Jovens Talentos para a Ciência, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

O rol de designações é extenso e evidencia a complexidade de um tema que pode esconder muitas facetas. Tratar sobre gestação de substituição é tratar de procedimentos médicos, de estigmas históricos, de conflitos sociais, de querelas jurídicas e, principalmente, tratar de subjetividade humana.

Se, para alguns, a possibilidade de ter um filho apesar de uma série de impedimentos físicos representa uma última esperança, para outros, tal possibilidade é o ponto inicial de uma série de querelas morais de quase impossível resolução. Frente a essa situação, o Direito é confrontado com a difícil tarefa de tomar uma posição, sob o risco de ceder seu lugar a arbitrariedades e afrontas à dignidade humana.

Partindo destas considerações, o presente trabalho, realizado por meio do programa de iniciação científica Jovens Talentos para a Ciência, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), com a orientação da Profa. Dra. Márcia Correia Chagas, visa tratar da sub-rogação de útero. Em um primeiro momento, serão apresentados os aspectos históricos e conceituais desta prática; em seguida, serão feitas considerações sobre os questionamentos éticos suscitados, bem como sobre as polêmicas a ela intrínsecas; por fim, será apresentada a legislação brasileira referente ao assunto, acompanhada de uma breve análise de Direito Comparado.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

O desenvolvimento da medicina tem, de forma cada vez mais célere, trazido diversas inovações e mudanças não apenas ao campo técnico-científico, mas também, como não poderia deixar de ser, à esfera social. Desde o século XVIII² e, mais acentuadamente, a partir da metade do século XX, vêm sendo projetados e aprimorados novos procedimentos denominados, genericamente, de técnicas de reprodução humana assistida (TRHA). Tais procedimentos visavam, em um primeiro momento,

[...] atender aos problemas de casais, heterossexuais, que por razões como esterilidade, deficiência na ejaculação (hipospadia), má-formação congênita, Opseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução no colo uterino, doenças hereditárias e etc., não conseguiam realizar a fecundação naturalmente, ou seja, através da relação sexual. (IDALÓ, 2011, p. 148)

² De acordo com Verdi e Medeiros (2010, p. 3130), “datam do século XVIII os primeiros relatos de experimentos científicos envolvendo o contato de fluido seminal e óvulo, e as experiências de inseminação artificial se seguem por todo o século XIX, com casos, por exemplo, de inserção de esperma na vagina ou no útero (...)”.

No que tange à gestação de substituição, sua primeira adoção oficial como prática médica data de 1985, como tentativa de superação da infertilidade feminina decorrente de histerectomias por indicações oncológicas (SILVA, 2012). Indícios apontam, porém, práticas informais de sub-rogação de útero desde meados dos anos 1950, quando, nos Estados Unidos, casais inférteis pagavam milhares de dólares a prostitutas para que gerassem seus filhos (OLIVEIRA, 1992).

Registros existem, contudo, de um período substancialmente anterior; é o caso, por exemplo, das relações de maternidade na China feudal, onde, segundo apontam Parseval e Collard (2006), a esposa principal era a mãe social das crianças geradas por concubinas. Mais célebre, porém, é a história bíblica³ de Lia e Raquel, primeira e segunda, respectivamente, mulheres de Jacob, as quais, não podendo gerar filhos elas mesmas, “entregam” suas servas ao marido com o intuito de tomar para si o fruto de tais fecundações.

Nas palavras de Oliveira (1992, p. 11):

O tipo mais antigo, e porventura ainda o mais praticado (?), de colaboração de duas mulheres na gestação é o que assenta no adultério consentido. As histórias bíblicas conhecidas exprimem este velho acordo segundo o qual a mulher infértil combina com o seu marido que ele terá relações sexuais fecundantes com outra mulher pressupondo que o filho que vier a nascer será considerado filho do casal.

Mesmo a literatura já esboçou seu interesse no assunto, ainda que de maneira bastante distinta – ou não tanto assim – das práticas atuais. Stanislaw Lem, autor polonês, em seu livro “O Congresso Futurológico”, de 1971, em que trata de um mundo moderno e caótico de meados dos anos 2000, afirma, sob a voz de seu narrador:

Há novos ramos da ciência como a psicodietética e o alimentalismo. (...) Sei agora que uma criança pode nascer de duas mulheres: uma contribui com o óvulo, a outra com o útero. O ovejudo transporta o óvulo de uma semimãe para a outra semimãe. Que há de mais simples? (LEM, 1985, p. 100)

Considerações históricas e artísticas à parte, é patente que as discussões a respeito da gravidez de substituição passaram a ganhar destaque a partir dos anos 1980, em especial após a divulgação midiática do caso “Baby M.”, episódio em que uma gestante de substituição norteamericana recusou-se a entregar o bebê aos pais requerentes. Julgando o caso, o tribunal de New Jersey reconheceu que a cedente do útero era a mãe legal da recém-nascida, mas acabou por ceder a guarda da infante ao

³ Gênesis, 30.

casal requerente, tendo em consideração o melhor interesse da criança (BRINSDEN, 2003).

Em termos técnicos, a sub-rogação de útero constitui-se na gestação, no útero de uma terceira, de um filho requerido por um indivíduo ou por um casal. Ela pode ser subdividida em sub-rogação total (gestacional) ou parcial (genética). Na primeira delas, o material genético do(s) embrião(ões) implantado(s) provém inteiramente do casal requerente, isto é, óvulos e espermatozoides do casal são fecundados em laboratório, através de fertilização *in vitro* (FIV), e implantados no útero da mãe sub-rogada, quedando-se a esta apenas a função de gestar. Esta técnica é utilizada, majoritariamente, por casais heterossexuais nos quais a mulher não pode gerar em função de uma complicação médica (histerectomia pós-parto, ausência congênita de útero, câncer de útero ou de endométrio, histerectomia em função de hipermenorreia, abortamentos recorrentes, falha continua da FIV, estado debilitado de saúde, entre outros).

Na sub-rogação parcial, uma parcela do material genético da criança gerada pertence à mãe de substituição, de forma que apenas os espermatozoides provenham do pai requerente e sejam injetados na futura gestante através de inseminação intrauterina (IIU)⁴, de injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)⁵ ou de suas variantes. Tal técnica pode ser utilizada por um casal heterossexual no qual a mulher esteja impossibilitada de gerar gametas saudáveis, por um casal homoafetivo masculino ou, mesmo, por um indivíduo solteiro.

Há, ainda, porém, a possibilidade de denominação de uma terceira categoria de sub-rogação de útero, muito pouco debatida no âmbito acadêmico. Tal categoria consistiria em uma gestação na qual o embrião implantado não teria ligação alguma nem com a gestante de substituição, nem com o(s) requerente(s). O material genético seria proveniente, assim, de terceiros alheios ao acordo gestacional, simples doadores de gametas. Tal configuração muito se assemelha a uma adoção, tendo em vista que o(s) pai(s) afetivo(s) não estabelece(m) nenhum laço consanguíneo com a criança; seria impossível, todavia, tratá-la de tal forma, uma vez que a mãe gestacional só se prestaria a tal papel em função de um desejo prévio do(s) requerente(s) de “adotar” o infante. Tal

⁴ A Inseminação intrauterina consiste no depósito de espermatozoides móveis capacitados, após tratamento do sêmen em laboratório, no fundo da cavidade uterina, no momento da ovulação (CHAGAS, 2005).

⁵ Caracteriza-se a ICSI como a introdução, com a ajuda de um microscópio especial e de uma microagulha, de um único espermatozoide diretamente dentro do óvulo, ultrapassando as barreiras oocitárias (CHAGAS, 2005).

situação poderia dar-se por razões de esterilidade ou de infertilidade de ambos os membros de um casal, hetero ou homossexual, ou de um indivíduo solteiro.

Definidas as categorias da sub-rogação de útero, cabe definir o papel dos atores desse processo. Destaca-se, portanto, a diferença entre mãe social, também chamada de mãe afetiva ou de mãe requerente, aquela que deseja a criança e que se atarefa de cuidá-la; mãe genética, a que cede os óvulos necessários, porém não gesta; e mãe gestacional, biológica, substituta ou hospedeira, a encarregada de gestar o bebê e, em alguns casos, doar seu material genético para tanto. Cabe, aqui, ressaltar que a diferenciação, no meio acadêmico, em relação ao termo “mãe” é mais recorrente em função dos múltiplos papéis que a mulher pode assumir no processo de maternidade de substituição. Nada impede, porém, que façamos distinções entre pai genético e pai afetivo, por exemplo, utilizando critérios semelhantes.

Necessário, ainda, frisar que a combinação entre atores e categorias de sub-rogação de útero são, praticamente, ilimitadas, podendo existir, em um mesmo processo, diversos “pais” e “mães”. Como diria o protagonista de Stanislaw Lem (1985), em seus devaneios distópicos:

Garanto-lhe que temos aqui um campo fertilíssimo à nossa disposição. Fisidultério. Coitus interferentus. Recepção/concepção de alta infidelidade. Inseminação heteródina. É todo um novo mundo de padrões sociais e nova moralidade que se abre à nossa frente! (LEM, 1985, p.136)

2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Verifica-se, na legislação pátria, a inexistência de normas que regulamentem os procedimentos de reprodução assistida de forma eficaz e coerente com as atuais demandas sociais, em especial no que concerne à gestação de substituição. À exceção da Lei n. 9.263/1996, que, em seu art. 9º garante que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, o único dispositivo legal a tratar do assunto é o Código Civil (Lei 10.406/2002). Este, porém, além de partir das socialmente superadas presunções de que *mater semper certa est* e de que *pater is est quem nuptia demonstrant*, apenas revela preocupação quanto à presunção de paternidade, conforme art. 1.597, incisos III, IV e V⁶.

⁶ Em ocasião da III Jornada de Direito Civil, foram propostas alterações referentes ao art. 1.597 do Código Civil, uma das quais sugeria que a maternidade passasse a ser presumida através da gestação,

Tem-se, pois, que a regulamentação de maior alcance nesta seara não é um dispositivo jurídico, mas a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre técnicas de reprodução humana assistida. No que concerne à gestação de substituição, o CFM é favorável a sua prática em dois casos: dada a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. Não foi prevista, portanto, a possibilidade da utilização da sub-rogação de útero para indivíduos solteiros. Cabe, porém, para os casos não previstos, de acordo com a Resolução, o recurso ao Conselho Regional de Medicina, órgão, de todo, desvinculado do Poder Judiciário.

No que se refere às regulamentações gerais, a Resolução 2.013/2013 estabelece alguns critérios para a realização da maternidade de substituição, como a completa ausência de caráter lucrativo ou comercial da prática. Além disso, exige-se que a doadora temporária de útero pertença à família de um dos requerentes num parentesco consanguíneo até o quarto grau e que não ultrapasse a idade limite de 50 anos. Necessário também, por parte das clínicas, agregar ao prontuário da paciente uma série de documentos e observações, *in literis*:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;
- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

excetuando-se os casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, casos estes em que a maternidade deveria ser estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga. Sobre o assunto, vide: SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: direito a ter um filho. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, v. 1, n. 1, 2011.; e JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. III Jornada de Direito Civil. Brasília: CJP, 2005.

- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Observa-se, assim, que um dispositivo de tal forma limitado em cogência como a Resolução do Conselho Federal de Medicina é o único ponto de referência para a aplicação da sub-rogação de útero no país, diante do qual, sob guarda constitucional, a parcela não-médica da população estará livre para fazer ou deixar de fazer o que estiver sob seu arbítrio. Ademais, a normatização exclusiva de tal ramo (as técnicas de reprodução humana assistida) pelo CFM abriga um sério problema, qual seja, a tutela de um direito garantido constitucionalmente por um nicho bastante restrito da população – os médicos; tal tipo de tutela acaba por descambar em determinações oblíquas e questionáveis⁷, na medida em que limitam a autonomia dos envolvidos sem oferecer justificativas adequadas. Trata-se, portanto, de uma exportação de responsabilidades deveras inconsequente pelo poder legislativo.

Tal disfunção do direito faz-se por demasia grave ao ser levado em consideração o enorme e crescente número de procedimentos não apenas de gestação de substituição, mas de reprodução assistida, de modo geral, que vêm sendo realizados no Brasil. Numa tentativa de sanar este problema, diversos projetos de lei⁸ foram elaborados, como o PL nº 3.638/93, primeiro deles. Observa-se, contudo, tanto no projeto de lei de 1993 como nos subsequentes, “uma aparente falta de clareza técnica por parte do legislador”, conforme apontam Medeiros e Verdi (2010, pág. 3132). Neste sentido, as autoras alertam:

[...] a não existência de regulamentação das práticas a respeito de RHA permite que arbitrariedades pautadas em valores morais interfiram no processo de determinação do direito de acesso a essas técnicas, o que demanda que pessoas capacitadas a discutir o assunto se insiram na confecção de proposições legislativas. (MEDEIROS; VERDI, 2010, pág. 3132.)

Muitas são as consequências negativas que podem decorrer desta omissão jurídica, e ainda há, no âmbito das tecnologias de reprodução humana assistida, uma notável lacuna social sendo preenchida por querelas morais, debates éticos e decisões jurisprudências, tantas vezes arbitrárias. Não seria absolutamente surpreendente, por exemplo, o questionamento sobre a possibilidade de aplicação equivocada do art. 242 do Código Penal, que criminaliza ato de “dar parto alheio como próprio; registrar como

⁷ É o caso, por exemplo, da determinação da idade máxima da gestante como sendo de 50 anos. Em recente episódio que enfrenta tal diretiva, uma mulher de 62 anos de idade deu à luz um bebê gerado através do esperma de seu marido e do óvulo de uma doadora. A mãe – nesse caso, gestacional e afetiva – afirma não ter tido complicações durante ou após a gravidez. (COLLUCCI, 2014)

⁸ Além do PL nº 3.638/93, pode-se citar os projetos de lei nº 2.855/97; nº 90/99 e substitutivos; nº 4.665/01; nº 1.135/03, ao qual estão pensados outros 11 projetos; nº 2.061/03; nº 4.686/04; nº 4.889/05; nº 5.624/05; entre outros.

seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”.

Alguns estudiosos da área, como Guilherme Freire Falcão de Oliveira, chegam a questionar-se – em discussão muito à frente do debate atual do legislativo brasileiro - sobre o grau de interferência que o Estado deveria exercer sobre a prática da gestação de substituição:

O problema de fundo é, afinal, o de saber qual deve ser o enquadramento jurídico destas questões relativas à procriação assistida – se elas devem ser resolvidas com os instrumentos técnicos do direito da família e, portanto, com interferência do Estado defensor dos interesses públicos cuja presença lá se reconhece; ou, pelo contrário, com os instrumentos do direito privado, com a técnica do contrato livre e autônomo. (OLIVEIRA, 1992, pág. 58)

Nesse sentido, Paolo Zatti (2006) é mais incisivo:

Na superfície, aparecem dois valores conflituosos: por exemplo, a liberdade de se autodeterminar ou de gerir seu corpo, de um lado, o interesse da criança a nascer, do outro.

Mas, mais abaixo, se desenvolve um outro equilíbrio que concerne os limites da competência do Estado, o equilíbrio geral da relação entre poder do Estado e soberania do indivíduo sobre ele próprio, ou, ainda, entre poder do Estado e comunidades morais: em resumo, o limite da laicidade do Estado e de suas pretensões à ética; aí está o problema.

(...) É por isso que é importante estabelecer a razão do completo limite, a *ratio legis* profunda que o justifica, porque ele representa dois valores em conflito e a busca pelo equilíbrio entre eles, ao mesmo tempo que institui o fundamento para uma nova fronteira na jurisdição do Estado. (ZATTI, 2006, p. 138, tradução nossa.)

Seja qual for o grau de permissividade de tais limites, em nenhuma das hipóteses descarta-se a intervenção jurídica. Não à toa: em universos tão herméticos e complexos como o da medicina e o da tecnologia, a displicência legislativa não é um simples lapso; ela é um risco.

3 ASPECTOS ÉTICOS

Como a quase totalidade dos temas polêmicos, a sub-rogação de útero perpassa uma série de discussões éticas e engloba um considerável número de argumentos contrários e favoráveis à sua prática, ambos defensáveis e ancorados em casos e possibilidades reais.

Primeiramente, faz-se mister ressaltar o importante papel desempenhado pela gestação de substituição no que tange à máxima efetivação do direito ao planejamento familiar, assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º, bem como pela lei regulamentadora nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, uma vez que ela não se reduz apenas a uma etapa decisiva na realização da filiação clássica, levada a cabo por um

casal estéril, heterossexual e casado, mas é também o pressuposto *sine qua non* da filiação genética para um homem solteiro ou em uma relação homoafetiva masculina. Importante ressaltar, aliás, que, desde a equiparação⁹, pelo Supremo Tribunal Federal, da união homoafetiva à união estável heterossexual, em maio de 2011, verificou-se, no Brasil, um crescente interesse acadêmico em torno da discussão referente à sub-rogação uterina, bem como um maior número de decisões jurisprudenciais acatadoras da prática. A primeira destas, envolvendo dupla paternidade, data de 07 de março de 2012, ocasião em que foi proferida, na 1ª Vara de Família de Recife/PE, sentença favorável ao registro, por dois pais, de uma menina gerada por uma prima do casal (FERRARI; FRANÇA, 2013).

Que há, pois, em um dos lados da balança, o direito fundamental ao planejamento familiar, é inquestionável. É preciso, porém, atentar para uma série de fatores que, se não impossibilitam de todo a sub-rogação de útero, são um grave empecilho para a sua realização. É inegável, por exemplo, que, apesar da massiva expansão do alcance das TRHA nas últimas décadas, ainda persiste um sério estigma social em relação à sua utilização, em especial no que tange a práticas mais “drásticas”, como a gestação de substituição. Tal estigma recai como um fardo, durante todo o processo, para a maior parte dos requerentes e mães substitutas. Nas palavras de Naara Luna (2002, pág. 266), “há convergência no reconhecimento da maternidade substituta como prática que contraria a ideologia da maternidade”. Curioso, talvez, é o fato de que, muitas vezes, o “instinto materno”, a necessidade de ter um filho e de possuir um laço biológico com o rebento – motivos que levam, quase unanimemente, as pessoas a recorrer às TRHA – são também um construto social e uma demanda da sociedade, isto é, são frutos desta mesma *ideologia da maternidade*. Pode-se perceber isso mesmo na já citada história bíblica de Raquel; observa-se, em uma passagem¹⁰: “E ela concebeu, e deu à luz um filho, e disse: tirou-me Deus a minha vergonha”. Nas palavras de Andrade e Chagas (2010, pág. 706),

Numa sociedade competitiva, em que a tônica é a realização imediata de todos os desejos e aspirações, onde qualquer frustração influi num sentimento de inferioridade e fracasso, a esterilidade, mesmo que sem causa aparente, fragiliza pessoas e relações.

Deve-se, ademais, considerar o desgaste psicológico resultante do processo de gravidez substituta. Para os requerentes, tal desgaste começa, muitas vezes, nas

⁹ Vide ADI 2.477 e ADPF 132.

¹⁰ Gênesis, 30, 23.

frustradas tentativas de engravidar pelo método “normal” ou na busca de uma mulher (mãe, irmã, avó, tia ou prima dos requerentes) disposta a gestar o bebê. Para além disso, há a angústia gerada pela incerteza jurídica sobre o futuro da criança, dado que nenhum instrumento legal garante o registro e a guarda do infante pelos pais volitivos. Por fim, os requerentes podem indispor-se psicologicamente frente à ausência de controle da gravidez e à relação com a gestante substituta. Para esta, não obstante, a situação é ainda mais desgastante, uma vez que a mãe sub-rogada deve estar disposta a “ceder” seu corpo durante nove meses, arcando com todos os riscos à saúde que uma gravidez implica: anemia, pré-eclâmpsia e eclâmpsia¹¹, diabetes gestacional, distúrbios hormonais, hiperêmese gravídica¹², descolamento prematuro de placenta, aborto espontâneo, complicações durante o parto, entre outros. Está, ainda, sob sua responsabilidade, agir conforme o “melhor interesse da criança”; há, contudo, uma perigosa indefinição quanto a esse interesse. Quem, afinal, o determina? Na ausência de manifestação legal, é legítimo que os pais requerentes ou o corpo clínico envolvido intervenham na conduta da gestante? É tênue a linha divisória entre as restrições adequadas ao desenvolvimento saudável do feto e a extrapolação de demandas descabidas; muitas vezes, contudo, as gestantes se submetem a tais exigências sem questionamentos, seja por desconhecerem seus direitos, seja para evitar o conflito. Não são raros, aliás, os casos em que os pais afetivos e a mãe biológica entram em desentendimento. De acordo com Luna, “o procedimento da gestação substituta pode ser mais propenso a conflitos, pois há uma polarização entre os dois tipos de maternidade visíveis: a gestacional e a da mãe (genética) idealizadora da gravidez”.

Há um fator de influência psicológica deveras mais preocupante, porém, que a relação pais requerentes vs. mãe biológica. Trata-se da possibilidade da construção de um laço afetivo demasiado forte entre a gestante e a criança, o qual venha a prejudicar a entrega do bebê a seus pais afetivos. Na opinião de Lopes (2008),

Ainda que tenham encarado a gravidez com a frieza de quem fecha um negócio, as mães de aluguel costumam ser tomadas por um sentimento de abandono. É natural: durante a gestação, elas são o centro das atenções.

¹¹ A pré-eclâmpsia é a hipertensão arterial aliada à proteinúria, presença de proteínas na urina, ou a um edema. A eclâmpsia é a forma mais grave da pré-eclâmpsia e algumas mulheres podem chegar a apresentar crises convulsivas e entrar em coma. Quando não é tratada imediatamente, pode ser fatal. A pré-eclâmpsia ocorre em 5% das mulheres grávidas e a eclâmpsia, em 1 a cada 200 gestantes.

¹² A hiperêmese gravídica caracteriza-se pelo vômito excessivo durante a gestação. Muitas gestantes sofrem de enjoos, mas nesse caso, a náusea e o vômito são tão graves que causam desidratação, inanição e perda de peso. A desidratação pode alterar a concentração dos eletrólitos no sangue.

Como gestam o filho de outra mulher, recebem cuidados ainda mais extremos. Com o parto, de uma hora para outra tudo isso desaparece, deixando uma grande sensação de vazio.

Segundo dados de uma pesquisa realizada por *Jadva et al.* (2003), apenas 22, das 34 mulheres entrevistadas, afirmaram não ter tido dificuldades para se desapegar da criança no momento da entrega. Necessário considerar, todavia, que tais dados foram coletados na Inglaterra, um país com uma tradição de sub-rogação uterina deveras mais longa que a brasileira e no qual existe um sistema legal e fático de organização dos processos de gestação substituta; não é difícil supor, portanto, que, em um primeiro momento, as dificuldades referentes a esse tipo de problema seriam maiores no Brasil, uma vez que a escolha das gestantes fica a critério da disponibilidade familiar e que não há um processo estabelecido de avaliação psicológica dos participantes da sub-rogação. Ademais, uma vez decidida a gestante a abrir mão do que havia acordado, o futuro da criança será determinado na esfera judicial, estando dependente dos desígnios do juiz; sem mencionar, é claro, a morosidade processual¹³, capaz de agravar o conflito e aumentar a angústia dos envolvidos.

Nos diversos países que admitem a gestação de substituição, ações contenciosas deste tipo têm sido tratadas de maneira bastante distinta. Nos Estados Unidos e na Índia, onde a sub-rogação é, basicamente, uma matéria de direito privado, os conflitos jurídicos, via de regra, são sanados com base no contrato estabelecido, geralmente em favor dos requerentes. Já na Inglaterra e na África do Sul, onde os contratos não são vinculantes, as decisões judiciais tendem a partir em defesa da mãe gestacional. Neste último país, inclusive, a mãe biológica tem o direito de interromper a gestação quando desejar, sendo necessário, apenas, avisá-lo aos pais afetivos.

As notícias relativas a casos de gestação de substituição avaliados pela justiça brasileira são, ainda, esporádicas, apesar de não ser difícil supor que um número bastante considerável de procedimentos de sub-rogação uterina deve acontecer à margem do controle jurídico no Brasil, país que conta com mais de 200 clínicas e centros de reprodução humana.

Apesar dos muitos obstáculos formais e materiais aqui elencados, é grande o número de pessoas dispostas a enfrentar um processo de gestação substituta. Dentre

¹³ Em Goiás, registra-se, em 2012, um caso em que os pais requerentes foram obrigados a esperar 1 ano e 8 meses por sentença que os garantiu o direito de registrar sua filha genética, gerada através de sub-rogação uterina parcial pela irmã do pai afetivo. A decisão foi proferida pela juíza Vânia Jorge da Silva, da 6ª Vara de Famílias, Sucessões e Cível, em Goiânia, após apelo do casal frente à Defensoria Pública Estadual.

aqueles impossibilitados de gerar um filho biologicamente, os motivos são, no mais das vezes, intuitivos e compreensíveis¹⁴, ainda que o apelo às técnicas de reprodução humana assistida possa extrapolar – e extrapola, com uma moderada frequência – o limite da razoabilidade¹⁵. Entre as gestantes, porém, tal motivação não é tão evidente. Entre as mulheres que se submetem ao processo de forma (supostamente) *gratuita*, segundo a pesquisa levada a cabo por *Jadva et al.* (2003), 91% disseram ter interesse em gestar a criança para ajudar um casal sem filhos; 15% afirmaram sentir prazer em estar grávida; 6% alegaram a sensação de preenchimento e de realização e 3% (uma mulher) revelaram ser o *pagamento* envolvido a motivação principal. No Brasil, como na Inglaterra, as normas que determinam a proibição do caráter pecuniário da sub-rogação de útero parecem não ser efetivamente cumpridas. De acordo com Lopes (2008), dos 170 centros de reprodução humanas existentes no Brasil em 2008, 10% ofereciam serviços de gestação substituta paga. A maior oferta de tal serviço, porém, encontra-se na internet. Em julho de 2014, em rápida pesquisa feita através do site “SurrogateFinder.com”, o qual agrega ofertas de mães substitutas e de doadoras de óvulos do mundo inteiro, foram encontrados aproximadamente 1.150 resultados para o termo “brazilian surrogate” (em inglês, “gestante de substituição brasileira”). O site apresenta, ainda, perfis das candidatas a gestantes, com fotos e informações como cor

¹⁴ Não é difícil encontrar, entretanto, argumentos contrários às mais diversas formas de TRHA, não por suas consequências éticas controversas ou por sua repercussão social, mas por vê-las como uma forma de projeção de vontade do inconsciente dos requerentes no procedimento *per si* e na figura da criança (vide: PERELSON, Simone. A parentalidade homossexual: uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual. *Estudos Feministas*, v. 14, n. 3, 2006; e LANIUS, Manuela; SOUZA, Edson Luis André de. Reprodução assistida: os impasses do desejo. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, v. 13, n. 1, 2010) ou por motivações religiosas (vide: DAHL, Edgar. Religion, reproduction and public policy: disentangling morality from Catholic theology. *Reproductive BioMedicine Online*, v. 21, 2010; e NIKOLAOS, Metropolitan. The Greek Orthodox position on the ethics of assisted reproduction. *Ethics, Bioscience and Life*, v. 3, n. 3, 2008.). Outro grupo, deveras mais moderado, defende que as técnicas de reprodução humana assistida deveriam ser preteridas em favor da adoção, por ser esta “melhor para a sociedade” (vide: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; e DIAS, Maria Berenice. O dilema entre adoção e reprodução assistida. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/o_dilema_entre_ado%27%20e_reprodu%27%20assistida.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2014.). A verdade é que, ademais de todas as problemáticas burocráticas e afetivas relacionadas à adoção, tal matéria compete à subjetividade dos envolvidos, não cabendo um juízo de valor que determine qual delas deve ser utilizada exclusivamente.

¹⁵ Para citar um exemplo, em Israel, onde alguns procedimentos de TRHA, entre eles a inseminação artificial, são custeados pelo Estado, são recorrentes os casos de mulheres que se submetem a recorrentes ciclos de inseminação na tentativa de engravidar. Sabe-se que cada ciclo, em função da medicação e dos tratamentos médicos envolvidos, oferece uma série de riscos à saúde das mulheres. Além disso, a probabilidade de gravidez na primeira tentativa (primeiro ciclo) varia entre 15% e 35%; esta taxa diminui gradualmente e, a partir do sétimo ciclo, é praticamente nula. Algumas mulheres israelenses chegam a se submeter a 25 ou 30 ciclos. Para mais informações, vide: BIRENBAUM-CARMELI, Daphna; DIRNFELD, Martha. *In vitro fertilisation policy in Israel and women’s perspectives: the more the better?*. *Reproductive Health Matters*, v. 31, n. 16, 2008.

dos olhos, pele e cabelos, altura, peso, tipo sanguíneo, grau de escolaridade, estado civil, entre outros.

Observa-se, aqui, pois, um problema de maior proporção que os demais. Não se trata, apenas, de um desrespeito às normativas atuais que, bem ou mal, regem a prática da sub-rogação uterina no país; é, antes, um caso quase que – ao menos do ponto de vista ético - inteiramente distinto do anterior, dado que opera em diferente frequência: a frequência das relações econômicas. Há, mesmo, quem considere a gestação de substituta remunerada como possuindo uma “natureza anômala”, uma vez que, “construindo famílias através da lei de mercado, ela rompe a dicotomia presumida entre público e privado, entre produção e reprodução” (PANDE, 2011, p. 619, tradução nossa).

Em referência aos conflitos que a gestação substituta remunerada (vulgarmente conhecida como “barriga de aluguel”) pode ocasionar, João Ubaldo Ribeiro, cronista e romancista brasileiro, retrata – não sem uma parcela de ironia e humor – suas preocupações:

Por exemplo, o aluguel da barriga envolve somente a obrigação de portar o feto no útero e parir, mais nada? A locadora não tem também de amamentar a criança, ou isso seria classificado como adicional de peito e pago separadamente? É válido o contrato que não garante à criança esse direito? Incorrerá à locadora no delito de negação de peito, caso a locatária não possa arcar com as despesas extras? O preço da barriga é social e, nos casos de locatárias de baixa renda, deve ser subsidiado pelo Estado? Os custos dos cuidados pré-natais são, como as taxas de condomínio, responsabilidade da locatária? Como distinguir um mal-estar causado pela gravidez de outro, que não tenha a ver com ela? Em caso de defeito no produto final, será sempre possível diferenciar um problema originado dos pais biológicos daquele advindo de alguma imprudência ou acidente de responsabilidade da locadora? Haverá seguro compulsório? Cabe indenização, cabe devolução do produto, cabe queixa ao Procon? No caso de a criança vir a ser rejeitada e oferecida para adoção, a locadora tem preferência? (RIBEIRO, 2012)

Infelizmente, fora da esfera literária, as discussões acerca das desventuras originadas desta prática são bastante sérias. Primeiramente, cabe o questionamento sobre qual o intuito primeiro do pagamento remuneratório da sub-rogação uterina, isto é, *o que*, especificamente, ele remunera. De um lado, encontra-se uma teoria que afirma que o pagamento seria destinado ao bebê, objeto *sine qua non* para quitar a prestação; do outro, a corrente que defende ser o pagamento referente ao serviço prestado pela gestante – daí decorreria, portanto, a ausência de necessidade de um “produto” concreto, a criança, para que o acordo gestacional fosse cumprido. Sobre a questão, comenta Oliveira (1992):

Aparentemente há, de fato, uma diferença entre o produto final (o bebê) e o serviço de gestação; intelectualmente podemos distinguir as duas coisas e dizer que se paga o serviço, e não a criança. Porém, esta distinção não tem convencido a maioria dos autores. É que, verdadeiramente, o que interessa ao casal que pretende o filho não é o serviço de gestação... mas sim o produto final; não pagam para assistir a uma gravidez da mulher geradora, mas sim para que esta, no termo da gravidez e do parto, lhes entregue o recém-nascido. (OLIVEIRA, 1992, p. 24)

Há, ainda, quem assuma a posição de que o pagamento é, em verdade, dirigido ao aluguel do útero da mãe substituta, enquadrando, portanto, em uma interpretação extensiva, a prática da sub-rogação uterina no tipo descrito no art. 15 da Lei 9.434/97, que penaliza a compra e venda de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano. Por fim, coloca-se em discussão se o pagamento não seria destinado à renúncia da mulher geradora de ser mãe, objeto mais abstrato e de difícil caracterização que os demais (OLIVEIRA, 1992). Reconhecida, aqui, sua importância, cabe ressaltar, porém, que a questão da natureza primitiva da remuneração repousa no campo teórico, estando longe, pois, de ser a maior causa de apreensão no universo da “barriga de aluguel”.

Partindo para o campo fático, depara-se com uma desventura bastante objetiva – e, tanto quanto objetiva, complexa –: dá-se que, na esmagadora maioria dos casos, senão em todos, a mãe gestacional remunerada é uma mulher de condição social substancialmente inferior a do(s) requerente(s). O pagamento envolvido é, portanto, no mais das vezes, determinante. Não é absurdo presumir, pois, que o acréscimo de tal elemento pecuniário no contrato de gestação viciaria o consentimento da mãe hospedeira, a qual se sujeitaria não só à prática em si, mas a cláusulas contratuais mais restritivas de sua autonomia (OLIVEIRA, 1992). O problema, porém, nem sempre assume contornos meramente pessoais, uma vez que atinge cada gestante substituta individualmente, e pode acabar criando uma rede sistemática de exploração econômica baseada no serviço das mulheres hospedeiras. Será? O que, a princípio, pode parecer uma dedução esdrúxula e exagerada, torna-se deveras palpável quando confrontado com a realidade.

Desde 2002, a sub-rogação uterina remunerada é legal na Índia. Lá, como em algumas regiões dos Estados Unidos¹⁶, os acordos entre mãe gestacional e pais

¹⁶ Em função de sua forma federativa, alguns estados dos Estados Unidos possuem legislação a respeito da gestação de substituição, enquanto outros se utilizam de regimes de *common law* para lidar com o assunto. Esta pode, portanto, ser remunerada ou não. Legalmente, o que define a relação jurídica são os locais onde o contrato é feito, onde a mãe gestacional reside e onde a criança nasce. Os estados em que a sub-rogação de útero é pecuniária são Califórnia, Illinois, Arkansas, Florida, Vermont, Massachusetts, Texas e Maryland.

requerentes são realizados através de contratos vinculantes. Há cerca de 12 anos, portanto, começaram a brotar no país centros de reprodução humana especializados em gestação de substituição, que ofereciam o serviço por até um quinto do valor cobrado nos Estados Unidos e na Europa (POINTS, 2009; SHETTY, 2012). Logo, formou-se uma enorme indústria centrada no que hoje se conhece como “turismo reprodutivo”¹⁷, indústria esta composta não só por centros e clínicas de reprodução assistida, mas também por agências de viagem e seguradoras, que possuem pacotes especializados para estrangeiros que viajam à Índia em busca de uma mãe gestacional. Em 2008, estimava-se que tal mercado gerasse cerca de 445 milhões de dólares por ano (SURROGACY..., 2008); em 2012, tal estimativa já girava em torno de 2,3 bilhões de dólares anuais (SHETTY, 2012). Em meio a um *boom* econômico tão impressionante, “todos saem ganhando”, afirmam médicos e diretores clínicos indianos (SHETTY, 2012), afinal, os casais inférteis¹⁸ realizam seu projeto parental e as mães substitutas recebem seu pagamento – que varia de 5 a 10 mil dólares, de fato, uma soma bastante alta para mulheres que, quando trabalham, costumam receber entre 300 e 500 dólares por ano. Mas há alguns problemas nesse processo que não costumam ser mencionados. A começar, tal discurso do “mutualmente benéfico”, na maioria das vezes, esconde um terceiro (ou “terceiros”) sujeito, interessado no processo; no caso, não se beneficiam apenas os que lucram diretamente com a intermediação entre casal e gestante, como as clínicas, seguradoras e agências de viagem; o Estado indiano já recebeu – e continua recebendo – muito dinheiro nesse meio tempo. Não tão surpreendente, talvez, a demora na aprovação de uma legislação regulatória¹⁹ das TRHAs no país. Mas não é, exatamente, neste ponto que reside a resistência à indústria de gestação de substituição indiana. De acordo com Deonandan *et al.* (2012, p. 171-172, tradução nossa), “a

¹⁷ Fenômeno que faz com que milhares de pessoas interessadas em procedimentos de reprodução humana assistida emigrem temporariamente para países cuja legislação é mais permissiva ou cujos preços são mais acessíveis que aqueles em seus locais de origem. Para mais informações, vide: GAMBLE, Natalie. Crossing the line: the legal and ethical problems of foreign surrogacy. *Reproductive Biomedicine Online*, v. 19, n. 2, 2009.

¹⁸ Na Índia, as técnicas de reprodução humana assistida são acessíveis apenas a casais cujo relacionamento é reconhecido legalmente no país. Indivíduos solteiros e casais homoafetivos, portanto, são inaptos ao acesso às TRHAs.

¹⁹ Desde 2002, o país tem percorrido – ou tentado percorrer – um caminho rumo à regulação das TRHAs. Em 2005, o Conselho de Pesquisa Médica indiano lançou uma série de diretivas sobre técnicas de reprodução assistida, as quais, porém, não vinculam a população não-médica. Três anos depois, a Suprema Corte do país emitiu um pedido para que o Poder Legislativo elaborasse uma legislação específica sobre TRHA, trabalho iniciado no mesmo ano. Desde 2010, está em tramitação o projeto de lei, “Assisted Reproduction Technologies (Regulation) Bill”, que visa atender ao pedido da Suprema Corte, mas que, em função de seu caráter polêmico, ainda está em estágio de discussão e aprimoramento.

indústria de turismo reprodutivo da Índia é construída sobre três importantes pilares: sua extensa infraestrutura clínica, sua infraestrutura de turismo médico apoiada pelo Estado e sua confiança na cooperação das mulheres em desvantagem econômica e social”.

O problema do caso indiano, pois, é seu processo turvo e alheio à esfera da gestante, no qual esta não apenas é privada de seu direito à informação, mas também de sua autonomia. Desde o momento da assinatura do contrato – negociado entre a clínica e os pais requerentes – a mulher hospedeira estará vinculada a uma série de regras das quais, frequentemente, ela não tomou conhecimento previamente e que a vincularão durante vários meses. Muitas vezes, sendo a fecundação bem sucedida – o que é bastante comum, dado que muitas clínicas ultrapassam o limite de inseminação de três embriões, chegando a implantar até seis de uma vez (SHETTY, 2012) – essa mulher passará a viver, enquanto durar sua gravidez, em dormitórios coletivos, gerenciados pelas clínicas que fizeram a intermediação. De acordo com Wallis (2013), os quartos dos dormitórios chegam a abrigar até 10 mulheres por vez, as quais recebem suas refeições e vitaminas na cama e dispõem de uma variedade ínfima de atividades de lazer. As mulheres são proibidas de manter relações sexuais e só podem receber visitas de seus familiares aos domingos. Além disso, lhes é imputada a responsabilidade por qualquer tipo de complicação relacionada à gravidez; se, por exemplo, a gestante sofre um aborto espontâneo até o terceiro mês de gestação, só lhe serão pagos 600 dólares, cerca de 6% a 12% do que receberia inicialmente. Apesar disso e de outros dissabores mais, como a hostilidade social à qual estarão submetidas em função dos preceitos do hinduísmo (que equipara a gestação substituta ao adultério), muitas indianas submetem-se mais de uma vez à sub-rogação de útero, por ser esta a única chance que se lhes apresenta de ascensão social.

À revelia dessa avaliação, os defensores da sub-rogação de útero remunerada, referindo-se ao caso indiano, clamam que o conflito está, em verdade, na regulação inapropriada, e não no caráter pecuniário em si. Ademais, afirma-se que, ao se suprimir de tal forma a remuneração – sendo a oferta, portanto, drasticamente limitada –, surgiria um mercado negro de “venda” de gestantes, muito mais agressivo e perigoso para os envolvidos (SHETTY, 2012). Tal visão, como a dos opositores ao pagamento, não é, tampouco, infundada. Os casos reais variam desde as ofertas individuais e marginais -

ainda que não, de todo, desconhecidas (mesmo pelo judiciário) –, praticadas no Brasil²⁰, na Inglaterra e em diversos outros países, até redes de comércio clandestino de “barrigas de aluguel” e verdadeiros esquemas de tráfico internacional, sediados, muitas vezes, na China ou na Tailândia. Em 2011, por exemplo, 13 mulheres vietnamitas foram encontradas em uma casa na região de Ramkhamhaeng, na Tailândia. Elas estavam sendo mantidas em cativeiro por um grupo de chineses de Tawain, administradores de um rede de tráfico de mulheres para gestação de substituição ilegal. De acordo com as vítimas, lhes foi prometida uma recompensa de 5,5 mil dólares, mas, ao chegar à Tailândia, elas foram presas e tiveram seus passaportes apreendidos pelos traficantes (WENTZEL, 2011). Johnson e Li (2014), sobre o serviço realizado na China, apontam:

(...) o “Baby Plan” [uma das agências chinesas de sub-rogação ilegal] oferece um programa [de gestação de substituição] mais caro, mas, muitas vezes, mais controlado. Casais chineses voam para a Tailândia, onde a gestação substituta é legal, para doar seus esperma e óvulo. Uma gestante substituta chinesa é levada para lá, também, e recebe o implante. Os três retornam para a China e a gestante é instalada em um apartamento privado com uma assistente disponível em tempo integral. Para ter certeza de que a hospedeira não tenha ideias de fugir com o feto dos clientes, ela é isolada de sua família e recebe visitas diárias de um conselheiro psicológico.

(...) se tudo dá certo, o bebê nasce em uma clínica privada, a qual Sr. Huang [diretor da agência] afirma ter um acordo com o “Baby Plan” para aceitar os documentos do casal, registrando o rebento como sendo filho deles. (JOHNSON; LI, 2014, tradução nossa.)

Tal situação de ilegalidade acrescenta níveis de instabilidade e insegurança muito maiores ao processo, e não são raros os casos em que os pais requerentes sofrem ameaças, chantagens ou outros tipos de golpes²¹ por parte de supostas gestantes. E vice-versa²². Frente a isso, legisladores e juristas do mundo inteiro deparam-se com um

²⁰ Em janeiro de 2014, o Supremo Tribunal de Justiça impediu que o Ministério Público Estadual do Paraná retirasse a guarda de uma filha gerada através de gestação de substituição de seu pai biológico. De acordo com o MP, o acordo entre requerente e gestante teria envolvido negociações pecuniárias. O ministro Luis Felipe Salomão, porém, levou em consideração o melhor interesse da criança, que já vivia há 7 meses com os pais afetivos. O número do processo é desconhecido em função do segredo judicial.

²¹ Vide: SHETTY, Priya. India’s unregulated surrogacy industry. *The Lancet*, v. 380. 2012; JOHNSON, Ian; LI, Cao. China experiences a booming underground market in surrogate motherhood. *New York Times*, 2014; e FAKE surrogate mother Louise Pollard jailed. *BBC News Devon*. 16 junho 2014. Disponível em: < <http://www.bbc.com/news/uk-england-devon-27868511>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

²² Recentemente, ganhou extensa notoriedade o caso do bebê Gammy, portador de Síndrome de Down, abandonado com sua gestante tailandesa por uma agência de sub-rogação ilegal na Tailândia. O irmão gêmeo de Gammy, que nasceu sem complicações, foi entregue ao casal de australianos que havia contratado os serviços de gestação, e que afirma não ter tido conhecimento da existência do outro rebento. A mãe gestacional afirma ter se negado a realizar um abortamento, exigência da agência que a contratou e que, ao final do processo, deixou de pagar U\$ 2.431,00 do valor acordado. Uma campanha na internet foi lançada para arrecadar dinheiro para os tratamentos médicos do bebê – que, além da Síndrome, possui problemas cardíacos - e, em 13 dias, foram arrecadados mais de 200 mil dólares (CONFLICTING..., 2014; BEBÊ..., 2014).

grande, talvez enorme, desafio: como chegar a um equilíbrio e evitar a exploração? Seria legalizar a gestação de substituição remunerada a melhor solução? Se não, como evitar que surja um mercado clandestino do serviço?

Muito se questiona, afinal, sobre ser ou não matéria do Direito Penal o caso da sub-rogação uterina, solidária ou remunerada. À exceção da mais que extensa literatura sobre a teoria do Direito Penal Mínimo e sobre a função social do sistema penal²³, cabe colocar em pauta se, de fato, tal intervenção penalista seria eficaz no controle do que realmente estorva: a exploração. Em países que banem peremptoriamente qualquer tipo de gestação de substituição, como Itália e Alemanha, bem como em outros que criminalizam apenas as práticas relativas ao estímulo financeiro da técnica, como a Inglaterra, o que vem sendo observado é não uma extinção de práticas exploratórias – seja das gestantes, seja dos requerentes –, mas uma exportação do problema para locais onde o problema torna-se menos visível e incômodo (e, frequentemente, mais grave).

Enquanto meias (re)soluções são (des)arranjadas, leis (não) são promulgadas e traficantes (não) são presos, o debate continua. Provavelmente, continuará durante muito tempo, assim como as resoluções, os arranjos, as promulgações e as prisões. Talvez a utopia do útero artificial, tão sonhada por Henri Atlan²⁴, coloque um fim nesses imbróglios; até lá, porém, há de haver um longo trabalho global de (in)formação e (cons)ciência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No dizer de Amrita Pande (2011),

Trabalhos acadêmicos sobre gestação de substituição podem ser genericamente classificados em três áreas: (i) os trabalhos jurídicos e de outros ramos que debatem o caráter ético ou moral dessa prática; (ii) a literatura feminista que vê a sub-rogação de útero como a forma última de medicalização, mercantilização e colonização tecnológica do corpo feminino; e (iii) as pesquisas acadêmicas mais recentes, que se focam no impacto da gestação substituta nas definições culturais de maternidade e parentalidade. (PANDE, 2011, p. 618-619, tradução nossa.)

Buscou-se, aqui, estabelecer um ponto intermédio entre o muito que já se escreveu sobre o assunto e a realidade brasileira atual. Para isso, fez-se importante

²³ Vide: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70-73, 2004.

²⁴ Vide: SHAFFER, Thomas H. Demain, l'utérus artificiel?. Le Monde de L'Enfance, n. 1, 2007. Disponível em: <http://www.mondeo.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=66&ed=9>. Acesso em: 31 jul. 2014.

executar certo número de remissões a casos estrangeiros, fundamentais não apenas para a exemplificação de aspectos teóricos, amplamente trabalhados há anos por outros acadêmicos, mas para problematizar um tópico muitas vezes inexplorado ou, mesmo, menosprezado dentro do universo da gestação de substituição e das demais TRHA, que é a sua crescente globalização e “mercadificação”.

Frente a isso, torna-se cada vez mais evidente, nesta seara, que a situação brasileira de inanição legislativa é nociva, na medida em que a reticência oficial abre espaço para as manifestações marginais. Faz-se mister concluir, porém, que apesar da pressão por novos mecanismos legais e por possíveis resoluções para os problemas já existentes, a precipitação ou a negligência de alguma das facetas da questão da sub-rogação uterina podem descambar em pior situação que a atual.

Enquanto percorre-se, então, esse labirinto minado, do qual, aparentemente, é impossível escapar ileso, talvez a melhor solução – vulgar, leviana, efêmera e prazerosa solução – seja entregar-se à ficção dos que souberam²⁵, muito mais que os mortais, fazer das tempestades um esguicho de parque aquático:

Em relação à barriga de aluguel, o mínimo que se pode antecipar é a institucionalização da profissão de corretor de barriga, que deverá trazer segurança para os interessados, além de alguma ordem para um mercado que, do contrário, poderia ficar à mercê de aproveitadores e monopolistas. E serão eles os primeiros grandes clientes dos cadernos especiais que os jornais, da mesma forma que em relação a carros e imóveis, passarão a publicar, com anúncios e matérias envolvendo desde a cotação do sêmen e do óvulo de primeira até ofertas de excedentes de produção, pontas de estoque, etc. Só não creio que veiculem anúncios de um DNA com características que dificultem seu receptor vir a ser um adulto corrupto. Não há mercado, todo mundo pensa no futuro de seus filhos. (RIBEIRO, 2012)

REFERÊNCIAS

ALLART, J. Belaisch. L'accès à l'Assistance Médicale à la Procréation, la gestation pour autrui, l'homoparentalité. *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 40. 2012.

AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. Access to fertility treatment by gays, lesbians and unmarried persons. *Fertility and Sterility*, vol. 86, n. 5, 2006.

²⁵ Abordagem literária, irônica e sem pretensões à razão de João Ubaldo Ribeiro.

ANDRADE, Denise Almeida; CHAGAS, Márcia Correia. Limitações ao anonimato dos doadores de material genético nas fecundações artificiais humanas frente ao direito à informação do receptor: uma nova mirada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFC, 19, 2010. *Anais...* Fortaleza, 2010.

BEBÊ com Síndrome de Down é abandonado por casal australiano na Tailândia. Diário do Nordeste, 01 agosto 2014. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/internacional/online/bebe-com-sindrome-de-down-e-abandonado-por-casal-australiano-na-tailandia-1.1070546>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

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

BRINSDEN, Peter. Gestational surrogacy. *Human Reproduction Update*, v. 9, n. 5, 2003.

CARDIN, V. S. G.; ROSA, L. C. B. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFU, 21, 2012. *Anais...* Uberlândia, 2012.

CHAGAS, Márcia Correia. Tecnologias médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar: pressupostos conceituais e normativos para uma reflexão bioética. 2005. 186f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2005.

CHAGAS, Márcia Correia; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. Maternidade de Sub-rogação e direitos fundamentais: o planejamento familiar e a gestação em útero alheio. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 34, n. 1. Fortaleza: UFC, 2013.

COLLUCCI, Cláudia. Mãe aos 62 anos, educadora ainda amamenta filha. Folha de São Paulo, 03 agosto 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/08/1494782-mae-aos-62-anos-educadora-ainda-amamenta-filha.shtml?cmpid=%22facefolha%22>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

CONFLICTING claims over Thai surrogate case. BBC News. 4 agosto 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-28636126>>. Acesso: 4 ago. 2014.

DEONANDAN, Raymat; BENTE, Andreea. India's Assisted Reproduction Bill and the Maternal Surrogacy Industry. *International Review of Social Sciences and Humanities*, vol. 4, n. 1, 2012.

DIAS, Maria Berenice; REINHEIMER, Thiele Lopes. A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas. 2002. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodu%27%23o_assistida_heter%2F3lo_ga_nas_uni%2F5es__homoafetivas_-_thiele.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

FAKE surrogate mother Louise Pollard jailed. BBC News Devon. 16 junho 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/uk-england-devon-27868511>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito de Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRARI, Geala Geslaine; FRANÇA, Loreanne Manuella de Castro. As Novas Formas de Entidades Familiares Advindas com a Constituição Federal de 1988 e a Reprodução

Humana Assistida como Instrumento Facilitador para a Formação das Famílias Homoafetivas. Revista do Direito Público. Londrina, v.8, n. 2, 2013.

GAMBLE, Natalie. Crossing the line: the legal and ethical problems of foreign surrogacy. Reproductive Biomedicine Online, v. 19, n. 2, 2009.

GROVER, Stephanie A.; SHMORGUN, Ziva; MOSKOVITSEV, Ari Baratz; LIBRACH, Clifford L. Assisted reproduction in a cohort of same-sex male couples and single men. Reproductive BioMedicine Online, n. 27, 2013.

IDALÓ, Marcella Franco Maluf. A reprodução assistida em face ao biodireito e sua hermenêutica constitucional. Revista Jurídica UNIARAXÁ. Araxá, v. 15, n. 14, 2011.

JADVA, Vasanti; MURRAY, Clare; LYCETT, Emma; MACCALLUM, Fiona; GOLOMBOK, Susan. Surrogacy: the experiences of surrogate mothers. Human Reproduction, vol. 18, n.10, 2003.

JOHNSON, Ian; LI, Cao. China experiences a booming underground market in surrogate motherhood. New York Times, 2014. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2014/08/03/world/asia/china-experiences-a-booming-black-market-in-child-surrogacy.html?_r=0>. Acesso em 2 ago. 2014.

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. III Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2005

LANIUS, Manuela; SOUZA, Edson Luis André de. Reprodução assistida: os impasses do desejo. Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental. São Paulo, v. 13, n. 1, mar., 2010.

LAWRENCE, Dale Elizabeth. Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights. Golden Gate University Law Review, vol. 21, 2010.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. *Veja*, ed. 2059, 2008. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml>. Acesso em: 21 jul. 2014.

LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 19, 2002.

MEDEIROS, Luciana Soares de Medeiros; VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 2, out., 2010.

MINISTRY OF HEALTH AND FAMILY WELFARE, Government of India, Indian Council of Medical Research. The assisted reproductive technologies (regulation) bill & rules [Draft], 2008. Disponível em: <http://www.prsindia.org/uploads/media/vikas_doc/docs/1241500084~~DraftARTBill.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2014.

MÓAS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela. Filiação e tecnologias de reprodução assistida: entre medicina e direito. *Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, 2010.

NORTON, Wendy; HUDSON, Nicky; CULLEY, Lorraine. Gay men seeking surrogacy to achieve parenthood. *Reproductive Biomedicine Online*, v. 27, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Mãe só há ~~uma~~ duas!: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Editora. 1992.

PANDE, Amrita. Transnational commercial surrogacy in India: gifts for global sisters?. *Reproductive Biomedicine Online*, v. 23, 2011.

PARSEVAL, Geneviève Delaisi de; COLLARD, Chantal. La gestation pour autrui: un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines. *L'Homme*, n. 28, jul.-set., 2007.

PERELSON, Simone. A parentalidade homossexual: uma exposição do debate psicanalítico no cenário francês atual. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 12, n. 3, set./dez, 2006.

POINTS, Kari. Commercial surrogacy and fertility tourism in India: the case of baby Manji. The Kenan Institute for Ethics at Duke University. 2009. Disponível em: <<https://web.duke.edu/kenanethics/CaseStudies/BabyManji.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

POZZI, C. E. A questão da homoparentalidade no uso das novas tecnologias reprodutivas: uma abordagem sócio-jurídica. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOCIOLOGIA E POLÍTICA UFPR, 1., 2009, Curitiba. *Anais...* Curitiba, 2009.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. Razões técnicas e efeitos simbólicos da incorporação do "progresso tecnocientífico": reprodução assistida e adoção de crianças. *Revista Sociedade e Estado*. Brasília, v. 26, n. 3, set./dez., 2011.

RIBEIRO, João Ubaldo. Pais, mães e filhos. *O Estado de São Paulo*, 02 setembro 2012. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,pais-maes-e-filhos-imp-924786>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

SANTOS, Otávio Marambaia dos. Gravidez de substituição. *Revista Brasileira de Saúde Materna e Infantil*. Recife, v. 10, supl. 2, dez., 2010.

SHAFFER, Thomas H. Demain, l'utérus artificiel?. *Le Monde de L'Enfance*, n. 1, 2007.

Disponível

em:

<http://www.mondeo.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=66&ed=9>. Acesso em: 31 jul. 2014.

SHETTY, Priya. India's unregulated surrogacy industry. *The Lancet*, v. 380. 2012.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: direito a ter um filho. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais*, v. 1, n. 1, 2011.

SORENSEN, Corinna. ART in the European Union. *Euro Observer - The Health Policy Bulletin of the European Observatory on Health Systems and Policies*, vol. 8, n. 4, 2006.

SOUZA, Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. *Revista da EMRJ*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, 2010.

SURROGACY a \$445 mn business in India. *India Today*, Mumbai, 25 agosto 2008. Disponível em: <[http://indiatoday.intoday.in/story/'Surrogacy+a+\\$445+mn+business+in+India'/1/13810.html](http://indiatoday.intoday.in/story/'Surrogacy+a+$445+mn+business+in+India'/1/13810.html)> . Acesso em: 19 jul. 2014.

SVITNEV, K. N. Surrogacy and it's legal regulation in Russia. In: CONGRESS OF THE WORLD ASSOCIATION OF REPRODUCTIVE MEDICINE, 5., 2010. *Anais...* Moscou, 2010.

WALLIS, Lucy. Living inside the house of the surrogates. *BBC News*, 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/magazine-24275373>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

WENTZEL, Marina. Polícia libera mulheres grávidas de “fazenda de bebês” na Tailândia. BBC Brasil, 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110225_tailandia_gang_barrigas_mw.shtml>. Acesso em: 02 fev. 2014.

ZATTI, Paolo. Le problem des limites à la procréation assiste dans les lois des principaux pays européens. Droit et Cultures, n. 51, 2006.