

## **MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO: ASPÉCTOS ÉTICOS E JURÍDICOS**

**Denise Dayane Mathias Rodrigues**

### **RESUMO**

Os constantes avanços da biotecnologia fazem surgir na sociedade contemporânea novas e controversas questões éticas. Para que seja possível solucionar de modo satisfatório as situações que surgem cotidianamente, fundamental o respeito aos princípios bioéticos básicos – autonomia, beneficência e justiça. Entretanto, há casos em que a aplicação desses princípios não é suficiente, e se torna necessário encontrar um fundamento orientador que abarque todas as situações fáticas que se apresentam. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo analisar a importância da ponderação de princípios e a contribuição da arguição do princípio da dignidade humana na solução de conflitos bioéticos, tais como o contrato de maternidade de substituição. Os resultados permitem concluir que o princípio da dignidade humana deve fundamentar toda e qualquer decisão, não apenas em questões bioéticas, mas em todo o direito, bem como verificar o melhor interesse da criança, sempre.

**PALAVRAS-CHAVE:** BIOÉTICA - PRINCÍPIOS – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO - CONTRATO.

### **ABSTRACT**

The Constant advances of the biotechnology make to appear in the contemporary society new and controversial ethical questions. So that it is possible to solve in a satisfactory way the situations that appear daily, the respect to the basic bioethics principles is fundamental – autonomy, beneficence and justice. However, it has cases where the application of these principles is not enough, and if it becomes necessary to find a bedding orienting that accumulates of facts all the situations that if present. In this direction, the present article has for objective to analyze the importance of the dignity of the person human being in the solution of bioethics conflicts so what it subrogate maternity contracts. The results allow to conclude that the principle of the dignity human being must base all and any decision, not

only in bioethics questions, but in all the law, very what to verify it is very behalf of child, always.

**KEYWORDS:** BIOETHICS - PRINCIPLES - DIGNITY OF THE PERSON HUMAN BEING - SUBROGATE MATERNITY - CONTRACTS.

## **INTRODUÇÃO**

O tema a ser exposto, tratará das questões éticas e jurídicas da manipulação de embriões humanos que tenham uma carga genética total ou parcialmente diferente da de sua genitora ou mãe hospedeira.

A vulgarmente conhecida ‘barriga de aluguel, ou útero emprestado, gestação de substituição ou doação provisória do útero’, pelas regras constantes na resolução nº. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, deve ter caráter altruístico, ou seja, não deve visar o lucro ou ser encarado como prática mercantil, aliás, esta muito comum e prevista em alguns Estados Norte Americanos.

Determina também essa resolução, que a doadora genética esteja impedida, ou seja, contra indicada a sua gestação por problemas médicos.

E por fim as hospedeiras devem ter um laço de parentesco até o 2º grau, com a doadora genética, salvo se houver autorização do Conselho Regional de Medicina par os demais casos em que não haja o parentesco consanguíneo.

Essa resolução não tem força de lei, porém é a que tem dado respaldo aos magistrados para bem aplicar a justiça aos casos da maternidade de substituição.

A permissão para sua prática tem diversos fundamentos sendo um deles a possibilidade de casais estéreis realizarem o sonho de ter um filho e dar continuidade a sua linhagem hereditária já que a adoção ainda é a última opção buscada por estes.

## **1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

A evolução da sociedade vem modificando os padrões sociais, antes tidos como rígidos, hoje flexibilizados pelas novas tecnologias, o que inevitavelmente acaba por

influir também nas tradicionais concepções da família. No não tão distante século passado, a família era apenas aquela constituída por um casal, de sexo oposto, com filhos resultantes de um matrimônio e com carga genética de seus ascendentes.

Com o advento da nossa atual Constituição Republicana, esta, inovou ao dispor a constituição da família por apenas um dos pais e seu(s) filho(s) dispondo respeito, no mesmo artigo 226, § 4º que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e mais, que no § 5º os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Houve a igualdade entre os filhos, estes havidos de um matrimônio ou extraconjugalmente incluindo-se também os adotados, regrado no artigo 227, §6º, que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Quando iniciou-se as pesquisas, esperanças haviam, mas nada de concreto, para se afirmar se haveria solução para um problema que afligiu muitos casais estéreis ou com dificuldades para ter filhos, pois desejavam dar continuidade a sua descendência genética.

Muitas vezes se viam também desencorajados pela burocracia do judiciário e órgãos associados para que houvesse uma adoção legal, eis que surgiu uma ‘luz no fim do túnel: reprodução humana assistida’.

“Ao conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana foi dado o nome de técnicas de Reprodução humana assistida (TReprodução Assistida), as quais podem ser divididas em métodos de baixa ou alta complexidade. Entre as técnicas de baixa complexidade podemos incluir o coito programado e a inseminação intra-uterina (IIU), que apresentam a vantagem de menores custos, além de não precisarem ser realizadas em centros de Reprodução humana assistida(Reprodução Assistida). Entre as técnicas de alta complexidade incluímos a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplásmática de espermatozóide (ICSI) [...]”<sup>1</sup>

Trata-se da chamada ‘barriga de aluguel ou útero emprestado ou doação temporária do útero’. Neste caso a receptora, gestante poderá ou não contribuir com seu material genético, ou seja doando seu óvulo.

---

1 PESSINE, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Problemas Atuais de Bioética. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo : Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2005.

Os progressos biotecnológicos fizeram com que os juristas refletissem sobre a falta de legislações que tratassem do assunto, e quando tratavam eram por demais lacunosas influenciando inclusive na principiologia antes absoluta e inflexível, hoje não mais.

“O mercado do valor do uso [...], além da prostituição há a venda temporária das funções reprodutivas, como o sistema do útero de aluguel [...] possível graças às técnicas de reprodução artificial.”<sup>2</sup>

“Um filho confere ao homem um perspectiva imortal [...]. No Brasil há mais de vinte centros de fertilização ‘*in vitro*’ [...] os médicos brasileiros não têm seguido as recomendações internacionais nestas matérias e têm agido sem a ética necessária que deveria pautar a conduta profissional[...].”<sup>3</sup>

Os Conselhos Regional e Federal de Medicina são os órgãos legalmente instituídos, com autonomia para regulamentar e criar determinações por meio de suas resoluções e portarias, indicando as formas como devem proceder os médicos ao manipularem material genético humano, de forma a não violar direitos e preceitos morais e antes de tudo éticos.

“A bioética reconhece como princípio fundamental a ‘dignidade da pessoa humana’, depois de ter proclamado fundar-se na filosofia dos direitos humanos. A ética não é a primeira, mas a Segunda em relação ao direito, assim como em relação aos outros sistemas”.<sup>4</sup>

Há três princípios que regem a bioética, tais como a autonomia ou consentimento livre esclarecido, beneficência e não maleficência e justiça. Estes princípios devem ser observados quando da utilização das técnicas de reprodução assistida.

Segundo a resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, esta considera a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la, ante o avanço do conhecimento científico que já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana, vem e regulamenta as técnicas de Reprodução humana assistida que acabam por possibilitar a procriação em diversas circunstâncias ao que antes, sem isso não era possível pelos procedimentos, meios e recursos naturais e tradicionais.

Elas 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.

---

2 BERLINGUER, Giovanni e GARRReprodução AssistidaFA, Volnei. O mercado humano: a comercialização de parte do corpo humano. Trad.: Isabel Regina Augusto. 2ª Ed.. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.

3 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pág12

Se faz necessário que haja um consentimento informado que será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores e que será levado a termo em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de Reprodução Assistida serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos com o emprego de tais técnicas. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

## **2 MATERNIDADE E SUBSTITUIÇÃO: Origem e Características**

Louise Brown, nasceu no dia 25 de julho de 1978, em Oldham, Inglaterra, pesando aproximadamente 2,500 grs., e foi o primeiro bebê de proveta que veio ao mundo após mais de 10 anos de pesquisas e testes do Dr. Steptoe e do Dr. Edwards. A primeira criança concebida após fertilização *in vitro* e transferência de embrião, marcou o início de uma era de extraordinário progresso no entendimento e tratamento dos problemas relacionados à fertilidade humana sendo este o evento que marcou o início da idade da engenharia genética.

Após o nascimento do primeiro bebê de proveta, iniciou-se os experimentos que intencionavam a possibilidade de gestação em útero de substituição. Em meados de 1984 surgiram as primeiras notícias quanto ao nascimento de crianças geradas por quem não tinha laços genéticos, já que a mãe *geratrix*, ficava grávida em razão da doação e implantação de um embrião proveniente de outro casal.

“No Brasil, os pioneiros da Reprodução humana assistida são o Dr. Milton Nakamura, do Centro de Planejamento Familiar em São Paulo e o Dr. Nelson Donadio, da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, que dirige o Centro Biológico de Reprodução humana assistida”.<sup>5</sup>

Hoje, graças a iniciativa de poucos é possível solucionar um dos problemas que afligiu e ainda aflige muitos casais por muitos anos.

---

4 GOUYON, Pierre Henri, et alLi. A Bioética é de má fê?:as leis Bioéticas, ou como mascarar os interesses contraditórios. São Paulo: Campanário / Loyola, 2005.

5 BARCHIFONTAINE, Christian de Paul e PESSINE, Leo. Bioética: alguns desafios. São Paulo : Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2002. Pág. 141.

“O empréstimo de útero pode ocorrer [...] de três situações[...]: impossibilidade de produção de óvulos e útero saudável; capacidade de produção de óvulos e ausência de útero ou lesão uterina incompatível com a gestação; ou a cumulação das duas incapacidades”<sup>6</sup>

Há na Câmara do Senado Federal alguns projetos para serem votados, alguns deles acabaram sendo compilados num único com vistas a dar celeridade e imediatidade caso aprovado mas, ainda sequer foi objeto de pauta nesta casa legislativa.

Um projeto de lei de nº 3.638/93 determina em seu artigo 1º que: “as técnicas de Reprodução humana assistida (Reprodução Assistida) 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. Já no artigo 8º dispõe que: “toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta lei pode ser receptora das técnicas de Reprodução Assistida, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. Parágrafo único – Estando casado ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento”.

“Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução humana assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime”.<sup>7</sup>

Há outros projetos em tramitação no Congresso Nacional mais atuais como os de nº 1.135/03, nº 1.184/03 e o de nº 2.061/03 e todos eles, assim como a resolução do CFM limitam o acesso à técnica de Reprodução Assistida e o uso do útero alheio para gestação sub-rogada.

O direito ao livre acesso às técnicas de Reprodução humana assistidas, efetiva a justiça dos artigos 5º e 226, parágrafo 4º, da Constituição Federal, e os artigos VII e XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Mãe de substituição ou simplesmente útero de substituição, tem sido definido como o “processo mediante o qual uma mulher gesta embriões não relacionados

6 MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Família na Contemporaneidade. Aspectos Jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2007.pág. 17.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 4ª. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2004. pag. 295.

geneticamente com ela, gerados através de técnicas de fecundação *in vitro*, com gametas de um casal que serão os pais biológicos. A mulher gestante que concede seu útero também é conhecida como mãe de aluguel ou mãe hospedeira”.<sup>8</sup>

A maternidade de substituição não é prevista em nenhuma legislação pátria de forma expressa ou mesmo tácita. Os juízes e tribunais se valem para julgar dos costumes, da analogia e dos princípios gerais de direito, e ainda se valem de resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.

Silvio de Salvo Venosa traz a seguinte opinião sobre o tema, quando afirma que:

“O embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher, para possibilitar a gestação, impossível ou difícil na mãe biológica. Esse fenômeno traz à baila a questão ética, moral e jurídica das mães de aluguel ou mãe sub-rogada, conforme estas aceitem o encargo sob pagamento ou sob motivos altruístas. Essa matéria traz a baila a discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Imposta saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia”<sup>9</sup>

A legislação pátria considera a maternidade apartir da gestação e do parto, e é aí que surge o problema quanto a maternidade de substituição. A lei sempre prima pelo melhor interesse da criança, e isso é visto tanto no Código Civil, Constituição Federal, quanto com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

“A mãe que fornece o óvulo chama-se *geniatrix* e a que colhe em seu ventre o embrião resultante da fecundação do óvulo daquela, que leva a gravidez a bom termo e dá a luz chama-se *gestatrix*.”<sup>10</sup>

Desta feita os pais biológicos, necessariamente têm que permitir o registro do recém nascido no nome da mãe substituta e posteriormente pela via judicial requererem a retificação do respectivo registro mediante a realização do exame de DNA de ambos os pais, par que fique demonstrado para o direito quem são os pais legítimos.

“Os motivos que levam as mães a serem sub-rogadas são a necessidade econômica; o desejo de experimentar um novo embaraço para esquecer o

---

8 SEReprodução AssistidaFINI, Paulo ; DA MOTA, Eduardo Leme Alves. Útero de Substituição. In: SCHEFFER, Brum Bruno et alli. Reprodução Humana Assistida. São Paulo: Atheneu, 2003. pág. 147.

9 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.pág273-274.

10 GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns Problemas Jurídicos-Criminais da Procriação Medicamente assistida. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. pág 100-101.

sentimento de culpa (procedente de um aborto anterior ao de haver entregue o filho em adoção) e a alegria de dar um presente de um filho a um casal estéril”.<sup>11</sup>

Essa falta de previsão legal acaba por violar inúmeros direitos, de todas as partes envolvidas no processo, já que teriam suas vidas escancaradas por se tratar de uma situação incomum no meio social em que vivemos.

“Em resumo: pode-se distinguir três tipos de maternidade que muitas vezes estão dissociadas: a genética ou biológica, a uterina e a social ou afetiva.”<sup>12</sup>

As técnicas de Reprodução humana assistida só podem ser realizadas após, constatação médica de que há impedimentos quanto a gestação natural e maternidade sub-rogada, também só será permitida após comprovação de inviabilidade da mãe biológica gerar naturalmente, por possuir distúrbios ou problemas irreversíveis que inibem a gestação. Essa é a disposição expressa contida na resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina.

## 2.1 QUESTÕES ÉTICAS E RELIGIOSAS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A questão da reprodução humana assistida não fica só dentro dos centros de médicos, ela também têm-se arraigado no interior das igrejas.

“A Reprodução humana assistida ou fecundação artificial humana teve origem como solução para a esterilidade;[...]. O Comitê Nacional para a Bioética da Itália (Comitato Nazionale per la bioética), instituído em março de 1990, tentou evitar comprometer-se desde o início quanto a esse tema, considerando muito difícil devido à hostilidade da Igreja Católica [...]. ela considera uma separação arbitrária entre o ato sexual e o ato reprodutivo, e mais ainda contra a inseminação heteróloga, como é normalmente chamada (impropriamente) a fecundação com sêmen que não pertence ao marido, considerado pela Igreja proporcional a uma infidelidade conjugal. O Comitê Nacional para a bioética manifestou-se de modo mais orgânico e razoável sobre objetivos e limites [...] recomendando que seja banida toda exploração comercial ou industrial de gametas, embrionárias e tecidos embrionários ou fetais e que com este propósito seja sancionada a proibição de qualquer forma de recompensa, intermediação e de publicidade.”<sup>13</sup>

---

11 FERNANDEZ – PACHECO MARTÍNEZ, “La Maternidad Subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M.”, RGLJ, mayo 1988, pág. 654 e segs. Apud: PÉREZ MONGE, Marina, op. Cit. 333.

12 GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns Problemas Jurídicos-Criminais da Procriação Medicamente assistida. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. pág 100-101.

13 BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. O mercado humano: a comercialização de parte do corpo humano. Trad.: Isabel Regina Augusto. 2ª Ed.. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.



As entidades religiosas, de um modo geral, tem tido a preocupação de evitar banalizações dos direitos humanos, tais como o direito a vida, da sociedade conjugal, a filiação natural, pois hoje se especula a possibilidade de escolha de melhores embriões, que não possuam probabilidade de futuramente serem doentes, enfim, discute-se inclusive as questões de não entrega do bebê pela gestante aos pais biológicos e a recusa destes caso a criança possua deficiências.

A igreja entende que trata-se não de solução mas de criação de problemas que acabam por constranger, quase que sempre a parte mais fraca na situação, e evitar também a escravidão do corpo.

“Há duas posições vistas pelos eticistas contemporâneos como impossíveis; a que defende que o corpo é um ‘aglomerado de células’ infinitamente manipulável e a que defende que ele é intocável, dependente somente da vontade da natureza ou de Deus.”<sup>14</sup>

Ante a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica foi que passou a determinar quais as balizas a serem seguidas tais como em seus artigos assim dispôs em seu artigo 1º: “adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.”

## 2.2 MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO: ALGUMAS VANTAGENS E DESVANTAGENS

As pessoas envolvidas, direta ou indiretamente com as técnicas de reprodução humana assistida, vivem em constante debates quanto a utilização ou não do útero sub-rogado, se seria vantajoso ou não para as partes envolvidas, quais seriam os possíveis encargos advindos deste tipo de contrato. Estas discussões acabam por dar balizas que passam a ser seguidas por novos interessados e que determinam até quando é viável e arriscado na sua utilização.

“Os principais argumentos contra a gestação de substituição são: a) abalam a noção tradicional de família; b) a utilização das mulheres pobres pelas ricas; c) exploração e manipulação da mulher;

---

14 GOUYON, Pierre Henri, et ali. A Bioética é de má fê?: as leis Bioéticas, ou como mascarar os interesses contraditórios. São Paulo: Campanário / Loyola, 2005.

d) as mães substitutas não podem de antemão, predizer quais seriam suas atitudes em relação aos filhos que darão à luz; e) o equilíbrio do filho que pode ser influenciado pelo comportamento adotado em respeito a ele durante a gravidez; f) a exigência da proporcionalidade do ato terapêutico, já que a intervenção se pratica em um sujeito saudável.”<sup>15</sup>

Outros argumentos contrários a tal prática sustenta a possibilidade de recusa na entrega do recém nascido, fato este comum e que pode gerar uma série de conflitos judiciais. Há também a hipótese de a criança nascer com problemas físicos e os pais biológicos a rejeitarem. E daí pergunta-se: como ficam os interesses da criança? Quem vai resguarda-los?

Quando estes incidentes ocorrem a melhor solução seria se recorrer a via judicial, por uma série de motivos, vez que na hipótese de recusa de entrega da criança, há um atentado ao direito de filiação da criança e dos pais. Não há crime nessa situação, apenas uma quebra de confiança que lhe fora depositada para que ocorresse a gestação subrogada, houve um comprometimento da sua parte e que por má-fé foi quebrado.

São vários os valores contrapostos e que merecem guarida legal, já que se trata de pessoas e não de coisas como pensam alguns<sup>16</sup>. Não tutelar a questão constitui uma afronta a dignidade da pessoa humana, da gestante, da mãe biológica e principalmente da criança, que será a parte mais frágil na relação. O direito de procriar assim com a vida são direitos indisponíveis, razão para não se falar em contrato, pois só é possível contratar coisas ou serviços não vidas.

Afirma Cristine Keler de Lima Mendes, posicionando-se a favor que:

“sob o ponto de vista do princípio da legalidade, o direito de ter um filho por qualquer método que seja não pode ser vedado, visto que em nosso Estado, tudo o que não é proibido é permitido, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de

---

15 PÉREZ MONGE, Marina. La Filiación Derivada de Técnicas de Reprodução Asistida. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002. pág. 335. “As razões contra a legalização da maternidade em substituição com contraprestação econômica são: a) desde a perspectiva da mãe: 1) a aceitação desse tipo de contrato levaria a comercialização da capacidade reprodutora da mulher e 2) supõe a exploração física emocional e econômica dessas mulheres (...); b) desde a perspectiva do futuro filho: a execução desses contratos infringe a proibição de vender um filho.”

16 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 127.

fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Assim, é de se afirmar que no ordenamento jurídico não há qualquer barreira ou impedimento para a concepção artificial, necessário apenas o consentimento da mulher, e se casada, de seu marido ou companheiro”<sup>17</sup>

O valor psicoemocional e de saúde matrimonial na possibilidade de alcançar uma paternidade genética em casais essencialmente estéreis é de imensurável magnitude.

“Avanços nas áreas de investigação da biologia de implantação, imunidade da mãe substituta, o entendimento da interação fetomaternal e o estudo dos aspectos psicológicos, reforçam alguns dos benefícios de ajudar o casais inférteis que recorrem à FIV- Fertilização intra uterina”.<sup>18</sup>

Outros argumentos seguindo a Masseger: “a) a idéia de solidariedade que une casais estéreis a mulheres que aceitam aceder a este desejo. Atualmente, há diminuído o número de crianças dadas em adoção, e também mediante a maternidade de substituição busca-se a procedência genética do nascido, em relação à pessoa ou casal contratante; b) a análise antropológica de sociedades tradicionais, que mostra a admissão da gestação para outro em procriação natural para corrigir os efeitos da esterilidade. Assim, refere-se ao direito de reclamar a seus parentes um filho, por essa razão se afirma à generosidade e nobreza de quem o cumpre”.<sup>19</sup>

### 2.3 PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Carta magna em vigor previu em seu artigo 199 e parágrafo 4º que: “ a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

---

17 MENDES, Cristine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade. Disponível em : <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445>> 22 ago. 2007.

18 SERreprodução AssistidaFINI, Paulo ; DA MOTA, Eduardo Leme Alves. Útero de Substituição. In: SCHEFFER, Brum Bruno et alli. Reprodução Humana Assistida. São Paulo: Atheneu, 2003. pág. 152.

19 MASSEGER. Lês drois de l'enfant à naitre, Collection de la Faculte de Droit, Université libre de Bruxelles, Brylant, Bruxelles, 1997, pág. 825 e segs. Apud: PÉREZ MONGE, Marina. La Filiación Derivada de Técnicas de Reprodução sistida. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de r<sub>e</sub>gistradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.

Essa previsão constitucional invocada por alguns doutrinadores como determinação, que deve ser aplicada extensiva ou analogicamente a situação em comento, por outros é rechassada, por entenderem que o artigo 199, §4º da Constituição Federal Brasileira, não deve ser interpretado teleologicamente<sup>20</sup>, pois cuida ele da remoção e comercialização de órgãos.

Desta feita, fica evidente que a intenção do legislador foi prever que futuramente houvesse a ocorrência de legislação ordinária para tratar da matéria, vedando todo tipo de comercialização e segundo alguns autores esse dispositivo seria aplicável a todo tipo de disposição do corpo, inclusive a gestação de substituição, eis que o empréstimo temporário do útero para a gestação e a obrigação de entrega do bebê posteriormente, são bens indisponíveis e portanto estão fora do comércio.

O artigo 5º da Carta Magna garante o direito a vida e assegura sua indisponibilidade, razão para não ser legal a afirmação de que é possível que uma mulher aceite gerar uma criança que ao nascer não será sua nem terá direitos sobre ela.

Outros doutrinadores, como Eduardo de Oliveira Leite entende que “a utilização do útero não se encontra incluída no referido dispositivo constitucional.

O procedimento não é assimilável ao transplante de órgão, nem à pesquisa, nem ao citado tratamento. Também não ocorre remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas”.[...] No Brasil, embora não haja legislação a respeito da matéria, a Constituição Federal previu a ocorrência de legislação ordinária para tratar da matéria, vedando ‘todo tipo de comercialização’.[...] a utilização do útero não se encontra incluída no referido dispositivo constitucional”.<sup>21</sup>

### **3 TRATAMENTO JURÍDICO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO**

A atual sistemática do Código Civil, não trouxe um conceito de contrato. Muitos doutrinadores tentando dar uma definição entendem que o contrato corresponderia a um acordo de vontades entre credor(es) e devedor(es), em que pactuam ou participam de

---

20 FIGUEIREDO NETO, Pedro Camillo de. Gestação Sub-Rogada e o Direito Penal- Uma Análise do Recente Fenômeno da Gestação sub-rogada e sua possível abordagem penal. MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Família na Contemporaneidade. Aspectos Jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2007.pág. 97.

uma relação jurídica com fins patrimoniais, objetivando um bem ou serviço, mediante uma prestação equivalente, em dinheiro ou outro serviço.

É imprescindível um acordo de vontades, um objeto e uma relação jurídica, para que se possa entender que há um contrato válido, que pode ser entendido como uma espécie de negócio jurídico. O Código Civil, elenca em seu artigo 104 e incisos alguns requisitos de ordem formal, subjetiva e objetiva, que devem ser observados para a elaboração e consumação do mesmo.

Os contratos precisam observar à alguns princípios, como o da liberdade contratual, da obrigatoriedade do contrato, pois este tem força vinculante, obriga as partes, uma em relação a outra, bem como da boa-fé objetiva dos contratos, encontra disposição no artigo 422 do Código Civil<sup>22</sup>.

Não existe contrato em si, já que se houvesse este seria nulo de pleno direito, já que não se pode comercializar pessoas com vistas ao recebimento de pecúnia. Na verdade o que pode haver é um pacto de confiança que é depositado entre as partes, de que uma gestará e que ao final entregará a outra pessoa o fruto dessa gestação sem receber nada em troca, por puro altruísmo.<sup>23</sup>

Para a grande maioria das legislações estrangeiras, mãe é a que dá a luz independentemente de que técnica de reprodução está tenha se valido para gerar um criança. Desta feita, conclui-se que o termo substituição é utilizado erroneamente, pois quem gerou é a verdadeira mãe e só haverá substituição após a entrega do bebê a mãe que o criará.<sup>24</sup>

Com efeito pode definir o contrato de maternidade sub-rogada em sentido amplo, “como aquele contrato oneroso ou gratuito, pelo qual uma mulher fornece unicamente a gestação, ou também seu óvulo, comprometendo-se a entregar o nascido aos contratantes (uma pessoa ou casal, casado ou não), que poderão aportar ou não

---

21 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.pág.405.

22 ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. Curso Avançado de Direito Civil: Contratos.Vol 3. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2002, pág.32

23 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, et alli. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.Pág.127.

seus gametas; nesse último caso, os gametas procederiam do doador (masculino e/ou feminino).”<sup>25</sup>

No Brasil a gestação de substituição é regulamentada pela resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que não tem força de lei, não implica em sanções, mas promove sua regulamentação dando parâmetros para que ocorra regularmente as inseminações in vitro sem que haja intuito mercantil. Desta feita, para que seja legal tal prática somente será permitida a sub-rogação quando o ‘contrato’ for gratuito e que as mães, gestante e doadora genética, sejam da mesma família, cujo parentesco seja de até o segundo grau ou que na falta de compatibilidade o conselho permita que outras participem desde que haja afetividade, solidariedade e generosidade por parte desta que emprestará autruísticamente seu útero.

Fora dessa hipótese o contrato, à luz do Código Civil é considerado nulo, e pelo teor do artigo 166, ”é nulo o negócio jurídico quando: [...] II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;[...] e VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibirlhe a prática, sem cominar sanção.

“Pontes de Miranda entende que nenhum negócio jurídico pode ter como objeto de direito o homem vivo, o ser biológico, e também ter como objeto parte do corpo dele separada”.<sup>26</sup>

Maria Helena Diniz manifesta-se que a gestação de substituição “constitui ofensa à dignidade da mulher, por levar ao ‘meretrício do útero’, por degradar a mulher a mero organismo reprodutor e mercenário e por haver instrumentalização da mulher como organismo sexual, por ofender a dignidade e a integridade psíquica do nascido”.<sup>27</sup>

Os seres humanos não podem ser tratados como objetos, como coisas de um contrato, pois se assim fosse estaríamos diante de uma neo escravidão. O ser humano

---

24 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, et alli. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 127

25 PÉREZ MONGE, Marina. La Filiación Derivada de Técnicas de Reprodução Asistida. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de rgistradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002. pág. 329.

26 PONTES de MIRANDA, Francisco. Tratado de Direito Privado;Parte Geral; Direito da Personalidade. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi,1968.

27 DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 505.

não pode ser objeto de negociação, pois do contrário isso constituiria uma violação a sérios preceitos constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana.

“Considerando o direito de ter filhos como sendo um direito fundamental, só pode haver ilicitude se [...]houver dano potencial ou efetivo a outro valor ou interesse constitucionalmente assegurado.”<sup>28</sup>

Mônica Aguiar, contrária a gestação sub-rogada por meio de contrato oneroso e gratuito, pondera que:

“Considere um contrato oneroso de gestação sub-rogada, nos casos em que o pai biológico seja o ‘outorgante comprador’, este não poderia comprar aquilo eu já é seu, e assim, não deve considerar como válida a prática, que implicaria [...], em um ‘contrato de venda do *status* de mãe’ que [...], não pode ser interpretado analogicamente aos casos de adoção. [...] quanto à possibilidade da forma gratuita [...] é inválido o preenchimento do conteúdo jurídico da liberdade de procriar, prevista no artigo 226, §7 da Constituição Federal ”.<sup>29</sup>

Como não há legislação que trate da matéria, principalmente quanto ao registro do recém nascido e ao reconhecimento da maternidade/paternidade, dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

### 3.1 NULIDADES

Não é possível qualquer tipo de negócio jurídico referente a maternidade sub-rogada pois atentaria a princípios constitucionais, como o da indisponibilidade e inviolabilidade da vida humana, sendo nulo qualquer contratação a respeito.

“Permitir-se a contratação de pessoa estranha para gerar um filho, mediante paga ou promessa de recompensa, é transformar o processo de gestação numa mera obrigação legal, em prejuízo de sua formação.[...] se estaria reduzindo o instituto da maternidade a um mero acordo de vontades em troca de benefícios financeiros”.<sup>30</sup>

---

28 MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Família na Contemporaneidade. Aspectos Jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2007.pág. 22.

29 AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e Bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005.pág.109- 111.

30 FIGUEIREDO NETO, Pedro Camillo de. Gestação Sub-Rogada e o Direito Penal- Uma Análise do Recente Fenômeno da Gestação sub-rogada e sua possível abordagem penal. MINAHIM, Maria Auxiliadora. A Família na Contemporaneidade. Aspectos Jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2007.pág. 98.

A vedação ocorre por força da resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1358/92, e por tanto, se não houver locação afastada estará, a possibilidade de considera-lo contrato.

“Mesmo que se leve em consideração os interesses das partes (casal solicitante e mãe gestadora) em relação ao contrato, as conveniências da criança é que são relevantes e devem sempre se sobrepor a todas as demais considerações. [...] a omissão constitucional nestas matérias permite o emprego de todas tecnologias reprodutivas”.<sup>31</sup>

“Por razões de ordem legal (pessoas presentes e futuras não podem ser objeto de contrato) como por razões de ordem psicológica (traumas sofridos pelo rompimento do vínculo entre a criança e a mãe biológica) podemos afirmar *‘de lege ferenda’* que o direito positivo brasileiro, infraconstitucional, também rejeitará a idéia de um contrato de ‘mãe de substituição’.”<sup>32</sup>

“As legislações de diversos países em um primeiro momento, adquiriram uma certa uniformidade de orientação no sentido de considerar de nulidade absoluta os contratos sobre maternidade de substituição, portanto sem efeitos jurídicos. A intenção do legislador foi a de evitar e prevenir a exploração comercial, inclusive estabelecendo sanções penais à publicidade, incitação e intermediação [...]”<sup>33</sup>

Alguns doutrinadores e aplicadores do Direito se baseiam também no Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8069/90, para disciplinar a seguinte conduta descrita no artigo 238, hipótese que pode ocorrer logo após o parto da mãe gestante em favor da mãe biológica, sem contudo ocorra a comunicação ao órgão competente e o devido procedimento judicial de investigação de maternidade e paternidade e posterior retificação do registro de nascimento. Dispõe o referido artigo que: “prometer ou efetivar a entrega de filho [...] a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferecer ou efetiva a paga ou recompensa.”

“O receio quanto a comercialização do parto e a educação dos filhos, o receio da exploração de mulheres (especialmente as menos favorecidas economicamente) e

---

31 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.pág.411.

32 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.pág.415.

33 MARTIN, Leonard M. Iniciação à Bioética. Eutanásia e Distanásia. Sérgio Ibiapina Ferreira Costa; Gabriel Oselka e Vonei Garrafa (cordenadores). Brasília: Conselho Federal de Medicina,1998.pág. 122.



o receio de que o conceito tradicional de família fique abalado, são algumas das justificativas invocadas contra a prática das ‘mães de substituição’.”<sup>34</sup>

## **CONCLUSÃO**

A família, durante a passagem de um século para outro mudou completamente. Isso pode ser visto se compararmos como era formada a família a trinta anos atrás por exemplo, a família tinha como guia o homem, pater familias que decidia com bem conduzi-la, havia o matrimônio civil e religioso, filhos havidos dessa união, e excepcionalmente alguns havidos de relações extra-conjugais não reconhecidos por seus legítimos pais e não participavam da sucessão hereditária deste.

Hoje, o poder é rateado entre os cônjuges, dito poder familiar e que muitas vezes esse casal foi unido por livre vontade sem trâmites legais ou religiosos, isto recebeu o nome de união estável, que em regra possui os mesmos efeitos do matrimônio civil. Os filhos havidos do matrimônio, de relações extraconjugais ou os adotados possuem os mesmos direitos, resguardados constitucionalmente. O que se pretendeu foi valorizar cada um dos membros dessa sociedade familiar, de modo a definir o papel de cada um na sua manutenção e boa relação. Os seus elementos constitutivos são o amor e o afeto, não mais laços consangüíneos e contratos matrimoniais.

A biotecnologia hoje propicia a oportunidade de pessoas estéreis terem filhos o que acarretou numa transformação da tradicional família, modificou-se o casamento, assim como também a unidade familiar, os registros públicos desses recém nascidos, a filiação a priori, também foi modificada.

Na hipótese de ocorrer a gestação de substituição a gestante tem que amar aquele momento mas tem que estar consciente de que terá que entregar a criança ao nascer pois se agir friamente durante a gestação isso pode prejudicar a formação do feto.

Conclui-se que não há que se falar em contrato e tão pouco em aluguel, as resoluções dos Conselhos de Medicina devem ser rigorosamente observados, quando a

---

34 LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.pág. 398.

questão estiver prestes a ocorrer, pois do contrário haveria uma afronta a dignidade da pessoa humana, preceito constitucionalmente previsto e que devem respeitar como valor primordial, já que, como fora exposto neste trabalho, o ser humano não pode ser considerado um objeto ou mercadoria a ser posto a disposição de quem quer e pode comprar. A vida e liberdade de cada um deve ser respeitados mas a dignidade é superior quando há maternidade de substituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul e PESSINE, Leo. **Bioética: alguns desafios**. São Paulo : Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2002.
- BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F.. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo : Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2002.
- BERLINGUER, Giovanni. **Questões de Vida** (Ética, Ciência e Saúde). São Paulo. Humanismo, Ciência e tecnologia-Hucitec, 1993.
- BERLINGUER, Giovanni e GARrafa, Volnei. **O mercado humano: a comercialização de parte do corpo humano**. Trad.: Isabel Regina Augusto. 2ª Ed.. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. **Código de Ética Médica**. Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, D.O. [da] República Federativa do Brasil. Brasília, 4 de outubro de 1957.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1358 de 11 de novembro de 1992. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. D.O. [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, p. 20.944, 19 de novembro de 1992.
- DIAZ, Jorge Más, et alli. **Desafios Éticos: aspectos éticos e legais de la reproducción assistida**. Brasilia: Ed. Conselho Federal de Medicina, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DRANE, James e PESSINE, Leo. **Bioética, medicina e tecnologia: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano** /. São Paulo : Centro Universitário São Camilo : Loyola, 2005.

ESPÍNDOLA, José Sebastião. **Contribuição jurídica para a legislação sobre fertilização humana assistida.**

<<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio11v2/simposio9.2.htm>- 17 mai. 2007>

FACHIN, Luiz Edson et alli. **Análise Preliminar do Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/senador/requião/reproduo.htm> – 22 ago.2007>

FERNADEZ – PACHECO MARTÍNEZ, “**La Maternidad Subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M.**”, RGLJ, mayi 1988, pág. 654 e segs. Apud: PÉREZ MONGE, Marina, op. Cit. 333.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FONTES, Paulo Antonio de Carvalho. **Ética e Saúde;** questões éticas deontológicas e legais, tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: Epud, 1998.

GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. **O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução humana assistida Heteróloga De acordo com o Novo Código Civil.** São Paulo: Renovar, 2003.

GOUYON, Pierre Henri, et ali. **A Bioética é de má fé?:**as leis Bioéticas, ou como mascarar os interesses contraditórios. São Paulo: Campanário / Loyola, 2005.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns Problemas Jurídicos-Criminais da Procriação Medicamente assistida.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito.** Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MENDES, Cristine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade.** Disponível em : <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=445.>> 22 ago. 2007.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **A Família na Contemporaneidade.** Aspectos Jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2007.

NERI, Demétrio. **A Bioética em Laboratório**: células tronco, clonagem e saúde humana. São Paulo : Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2004.

PÉREZ MONGE, Marina. **La Filiación Derivada de Técnicas de Reprodução Assistida**. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de rgistradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.

PESSINE, Leo. **Bioética**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001.

PESSINE, Leo. Questões Éticas-chave no Debate Hordierno sobre a Distanásia. In: GARRAFA, Volnei; PESSINE, Leo. (organizadores). **Bioética: Poder e Injustiça**. São Paulo: Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2003.

PESSINE, Leo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas Atuais de Bioética**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo : Loyola e Centro Universitário São Camilo, 2005.

PONTES de MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**;Parte Geral; Direito da Personalidade. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi,1968.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Curso Avançado de Direito Civil**: Contratos.Vol 3. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2002.

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

SERAFINI, Paulo ; DA MOTA, Eduardo Leme Alves. Útero de Substituição. In: SCHEFFER, Brum Bruno et alli. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2003. pág. 147.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de família. 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.