GESTAÇÃO EM ÚTERO ALHEIO

Silvia França de Souza Morelli*

RESUMO: Este trabalho analisa as possibilidades de gestação em útero alheio, ou gestado por terceiro, demonstrando o desenrolar da gravidez para mulheres que não têm condições de levar a sua gestação a termo, por falta de condições naturais (esterilidade). Aponta a efetiva tutela à concepção e ao nascituro, conforme o Código Civil, desnudando esse tema com fulcro na Resolução nº 1358/1992, editada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), respeitando os princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVES: Gravidez de Substituição. Gestação por outrem. Gestação em útero alheio. Relação Parental. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito à vida.

1. INTRODUÇÃO

Vive-se a era da despatrimonialização do Código Civil, a pessoa humana e sua dignidade hoje são fundamentos da sociedade e Estado. Axiologicamente elevados a patamares exponenciais, sob qualquer tipo de avanço científico e tecnológico.

A maternidade é algo inexplicável sob qualquer ponto de vista humano observável. Por ser tão íntima e extraordinária experiência vivida pela mulher não permite a pequena e debruçada crítica humana empregar-lhe uma rápida descrição manual de todos os seus efeitos geradores para que lhe aquilate os seus momentos. A percepção aguçada do homem neste ponto adentra somente naquilo que os seus olhos possam alcançar. O desejo de ser mãe quando enraíza dentro do ser feminino invade-lhe toda a sua consciência humana num determinado momento, e hora, requisitando a busca e sem rodeios, do implemento da vida. A mulher definidamente da raça feminina e fisicamente "em tese" está intuitivamente preparada para responder a essa linguagem e assim abrigar e gerar em seu útero um novo ser. A dialética desse sentido reputado como normal, está muito mais vinculado e junjido ao sentimento de completude do

* Advogada. Pós-Graduanda em Direito de Família e Sucessões pela FASE.

direito a ser feliz do que dos tempos de outrora.

Não há registro que exemplifique no mundo dos homens maior felicidade do que aquela quando o obstetra anuncia: "Seu filho nasceu!"; Não há. É um sentimento estritamente particularizado e profundamente enraizado na alma feminina, é transformador de vidas. Nada no universo e em toda a sua extensão pode querer comparar-se em tamanho e igualdade substancial. É a mágica divina, é essencial, ou seja, vem da essência da mulher "...o essencial é invisível aos olhos..." Saint Exupéry.

Todavia, há muitas mulheres que não conseguem naturalmente gestar os seus próprios filhos e caem desta feita em processos profundos de tristeza e quiçá a temida depressão por frustração que se arrasta por toda a sua vida, e isso a torna doente sem qualquer possibilidade de restabelecimento. Fala-se aqui em abalo profundo emocional, porta aberta para um cem número de doenças. Conquanto, há aquelas que não se deixam abater por obstáculos postos sem explicação em suas vidas e recorrem a alternativas abertas pelas grandes descobertas científicas no objetivo de ser mãe. Porque sabe-se que hoje em dia, que o que importa de fato é o amor entregue todos os dias ao ser humano que está repousando em seus braços, advenha ele por reprodução assistida ou por Adoção. O importante é ser mãe.

É de bom alvitre anotar o que ensina a professora Maria Helena Diniz "O desejo de ser pai ou mãe é próprio do ser humano, mas a ética deve estar presente na hipótese de inseminação artificial, atendendo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)"

2. O PROCEDIMENTO MÉDICO

A ciência médica, através de seus estudos empíricos e científicos, tenta explicar que a Infertilidade, obstáculo natural, que afeta os homens e as mulheres, é caracterizada pela ausência de concepção após, pelo menos, dois anos de relações sexuais, não protegidas, entre um casal. Contudo, não há consenso sobre o período exato.

Segundo DI PIETRO[1]

> "(...) a esterilidade masculina pode ser, dentre outros motivos, consequência de patologia dos testículos, responsáveis pela insuficiência, ou ausente produção de espermatozoides; de

> patologias que causem obstrução nos dutos genitais, os quais impedem o transporte do líquido seminal; ou ainda de patologias orgânicas ou funcionais (causadoras de impotência coendi). Por outro lado, a esterilidade feminina pode decorrer de causas ováricas, tubáricas, uterinas, cervicais e vaginais, se alterados os fatores correspondentes (...)."

Diante de um quadro patológico que torne impossível o processo de fecundação não levado a termo pelo ato sexual, entre um casal, os avanços científicos apresentam alternativas de reprodução assistida, a exemplo da inseminação artificial que pode ser homóloga ou heteróloga. Na primeira, o material genético é proveniente do casal fértil, interessado em gestar a criança, porém incapaz de fecundar através de atos sexuais. Na heteróloga, a doação do material genético advém de outra pessoa. Por nem sempre ser eficaz esse método de reprodução assistida, os interessados buscam outros, surgindo assim a Gestação em Útero Alheio ou Gravidez de Substituição.

Organização Mundial de Saúde (OMS)[2]

> "...define infertilidade pela ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais desprotegidas. Os fatores desta "doença" atual da sociedade prendem-se a inúmeros fatores, isto é, cada vez mais são conhecidas as causas da infertilidade. Infertilidade definida ainda por um Dicionário da Língua Portuguesa é uma "qualidade do que não produz"

Assim sendo, quando a mulher apresentar quadro biológico de esterilidade ou ostentar idade avançada ou ainda possuir alguma patologia impeditiva, poderá valer-se de outra mulher para realizar o desejo de ser mãe.

A gestação em útero alheio, ou gestação por outrem, também conhecida por gravidez de substituição, para os Ingleses – *surrogate mother*, é a técnica utilizada pela Ciência Médica que permite mulheres, biologicamente impossibilitadas de gestar naturalmente os seus filhos, realizar o sonho de ser mãe através de fecundação de seu óvulo-gestado num útero de outra mulher (terceira pessoa).

Esse é um procedimento que viabiliza a maternidade a mulheres

cuja procriação natural não foi viável, quer por esterilidade, ou por outros problemas congênitos. Vislumbram-se, assim radiantes efeitos do progresso científico, diante da evolução dos estudos e pesquisas, que redundaram em vitória em prol da humanidade, vez que apontou soluções para que as mulheres exerçam o seu direito de ser feliz reflexamente, muito embora não perceptível *ictu oculi*.

3. A RESOLUÇÃO Nº 1358/1992 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), E OS SEUS REQUISITOS

Tendo em vista as práticas reiteradas da referida ocorrência, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a presente Resolução nº 1358/92, objetivando regularização da técnica, evitando assim a ocorrência de desmandos que coloquem em perigo bens juridicamente tutelados, tais como: a liberdade, a dignidade e a vida.

A indigitada Resolução, em sua aplicação ao caso concreto, determina ser necessária a autorização do profissional de medicina, diante do procedimento de gestação em útero alheio, de acordo com os seus requisitos:

a) A maternidade por substituição deverá efetuar-se entre parentes até o segundo grau, a exemplo: de mãe e filhas, avó e neta ou entre irmãs;

b) A cessão do útero terá, imperativamente, caráter gratuito, vedada a remuneração pelo ato, conforme a incidência prescrita da norma contida no parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal (afastando desse campo de incidência os famigerados exemplos de aluguéis do corpo humano);

c) A finalidade deve ser médica, ou seja, o procedimento só será permitido por mulheres que de fato, não tenham capacidade para gestar. Afasta-se de plano aqueles casos em que as mulheres não querem engravidar por questões fúteis ligadas à estética;

Os demais casos devem ser submetidos ao CFM, que poderá ou não conceder a autorização para a realização do procedimento.

Nos dizeres de MENDES (2007):

> "(...) Ora, há entre familiares cumplicidade, solidariedade, compreensão e intimidade, seja

> em linha reta ou colateral. A vinculação ao parentesco tem, portanto, o intuito de suavizar os inconvenientes relativos a essa prática. A lógica de tal explicação é que a criança manterá laços afetivos com as duas mulheres que proporcionaram o seu nascimento. O mesmo não ocorrerá com as demais técnicas de reprodução assistida, em que o princípio do anonimato é a regra.

O doutrinador LAURA DUTRA DE ABREU ensina que na gestação em útero alheio[3]:

> "(...) a maternidade é dividida ou dissociada: a mãe genética, por impossibilidade física recorre à outra mulher, mãe gestacional, para que esta leve a termo a gravidez impossível daquela. Assim, a mãe hospedeira renuncia à sua maternidade em favor da pessoa que cedeu o projeto biológico (mãe biológica).

Deve-se o devido respeito a esses requisitos acima compilados, mesmo que corporalmente edificados numa tênue resolução do CFM amplamente criticada por todos, porém, bravamente assumiu um viés legislativo a função de dirigir todas as situações desse status. Aliás, é importante que se frise que eles são também necessários para a validade do ato, inclusive para fins de responsabilização civil das partes, evitando que, eventualmente, as partes envolvidas repudiem, por motivos diversos, a filiação estabelecida.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) exerceu um papel vanguardista para a ordem jurídica brasileira, quando colaborou com a construção da determinada resolução. Munido apenas da luz da Constituição Federal de 1988 e dos seus princípios humanísticos, laborou com afinco e estabeleceu um forte alicerce, que serviu de parâmetro para o náufrago Projeto de Lei de nº 2855, de autoria do Deputado Confuncio Moura do PMDB, o qual dispunha sobre a utilização de técnicas de Reprodução Humana Assistida, arquivado na Câmara dos Deputados.

Depreende-se da análise inconteste dos requisitos assinalados que o único objetivo do Conselho é o de impedir a formação de um famigerado

comércio de órgãos humanos. Cita-se, como exemplo, o caso muito emblemático ocorrido nos Estados Unidos da América (EUA), vivenciado pelo casal Elizabeth e William Stern: Elizabeth não quis levar adiante uma gravidez temendo prejuizo profissional, e assim contratou, Mary Bethy Whitehead (mãe hospedeira) para receber o sêmem de seu marido, ficando acordado, após ao nascimento, a entrega da criança concebida, em retribuição, ela receberia o importe de dez mil dólares. Mary Beth aceitou rapidamente, por se encontrar em situação financeira precária. Mesmo assinando o contrato, ela não cumpriu a parte do acordo que determinava a entrega da criança; alegando que com o advento da celebração do contrato não tinha capacidade de prever a afetividade originada por aquele filho. Esse caso foi levado à Corte Suprema de Nova Jersey. O Tribunal considerou ilegal esse tipo de acordo sob remuneração, reconhecendo o direito à gestante de, a qualquer tempo, mudar a ideia e manter consigo o seu filho. Assim, deliberou-se que não haveria possibilidade de cogitar eventual direito, àquela cuja participação restringiu-se a "fazer a encomenda". Rejeitou-se o negócio eventualmente celebrado.

Essa decisão ocorrida na Corte Suprema de Nova Jersey, nos Estados Unidos da América, ensinou ao ordenamento jurídico brasileiro que não pode haver cessão de útero, com caráter oneroso, despiciendo de razão relevante que justifique tal alternativa. Somente se deve autorizar essa técnica como *ultima ratio*, ou seja, última alternativa, nos casos em que mulheres não conseguem de forma biológica e natural, levar a termo uma gestação.

A Resolução 1358/1992 exibe e defende o seu caráter nitidamente humano, quando prescreve com maestria todo o regulamento. Naturalmente observa-se que a preocupação do Conselho Federal de Medicina fora absolutamente prático, destinado, numa primeira ordem de direitos subjetivos, a encontrar a melhor forma que resolva a situação, sem violar a Constituição. Assim sendo cumpre com a sua função social.

A história percorrida pela humanidade carrega um fardo histórico de mal versadas experiências, que ocorreram por falta de uma atitude científica geradora de um grande bem.

Atendidos os requisitos acima citados na resolução do CFM, é de se conferir juridicidade à maternidade por substituição.

Por ser um procedimento essencialmente médico, recebeu críticas contundentes da estática posição da Igreja Católica, a qual rechaçou a respeitada técnica, em virtude do completo envolvimento científico que

traz em seu bojo.

Vários juristas condenaram o conteúdo da mencionada resolução pelo simples fato do Conselho Federal de Medicina não ter poderes para "legislar" sobre referido assunto, cuja regulamentação teria que advir de veiculação legal. Defendem, que um contrato que ajusta a situação de mãe portadora, e todos os corolários e responsabilidades com relação ao feto e aos pais biológicos, deve ser considerado nulo de pleno direito, por ser ilícito o seu objeto ao "coisificar" um ser humano.

Independente do parâmetro de legalidade acima analisado pela Resolução, deve-se conceder os devidos méritos à ousada atitude do Conselho Federal de Medicina (CFM) quando regulamentou atividade médica atinente a esta modalidade de reprodução assistida.

4. A QUESTÃO REGISTRAL DA CRIANÇA

Defende a doutrina de João Guilherme Monteiro Petroni, embasada na Portaria nº 20 de 3 outubro de 2003, da Secretaria de Vigilância Sanitária em Saúde, que o procedimento da questão registral do nascimento, não veda o estabelecimento hospitalar atestar na "Declaração de Nascido Vivo (DNV), nem que seja no campo específico de "observações", que a criança é filha de mãe biológica e não da parturiente, embora o formulário em três vias, possa ter alguma variação de Município para Município. O cartório de Registro civil, deparando-se com esta dúvida registral, deve remetê-la ao juízo competente, de acordo com procedimento, no qual assegura, prova suplementar consubstanciada em exame de DNA, por exemplo. Evidentemente que para o hospital firmar esta declaração deverá estar munido de documentação inconcussa de que existiu a gestação em útero alheio, sem a concessão do óvulo, e que os pais biológicos são aquelas exatas pessoas documentalmente descritas.

Ensina a doutrina de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald[4]:

> (...) que o registro civil do bebê nascido advindo de gestação em útero alheio, não encontraria problema quando o parto for realizado pelo mesmo médico que cuidou do procedimento de fertilização. Neste caso, deverá ser procedido regularmente o registro de nascimento com base na declaração fornecida pelo médico, que inscreverá na DNV

> (exigida pelo art. 46 da Lei nº 6015/73) o nome da mãe biológica ou social. Todavia, se o médico que realizar o parto não for o mesmo que promoveu a fertilização em útero alheio, vindo a ser declarada a maternidade da mãe hospedeira (no registro do nascido vivo assinado pelo médico), o interessado (mãe biológica, o pai, o Ministério Público) ou o próprio Oficial do Registro Civil, suscitará o procedimento de dúvida (art. 296 c/c o artigos 198 a 204 da Lei nº 204 da Lei nº 615/1973) ao Juiz da Vara de Registros Públicos, para que com o auxílio da prova pericial (DNA) e ouvido o Parquet, seja determinada a inscrição do nome da mãe biológica no registro de nascimento. (...).

5. DA CONCLUSÃO

O direito civil sempre foi identificado como o ponto alto normativo no sistema jurídico vigente do indivíduo em sociedade. Naquela época, preocupava- se, somente em reger, e tutelar, as relações patrimoniais em detrimento do elemento ser humano, razão pela qual, se mantinha distante do direito constitucional. O Código Civil se apresentava, tal como, a "constituição do homem" (isso após o processo de codificação liberal) andando em contraposição à constituição política.

Essa lenta modificação e praticamente estatização do seu texto, dos seus institutos, contribuiu para a formação de um "muro", o qual impedia a entrada de mudanças sociais, políticas, econômicas em seu texto, promovendo um enclausuramento, de sua ideologia, a qual se tornou atemporal.

Estudos mais recentes dos civilistas demonstraram essa visão estática, em todo o texto do código civil, defendendo em suas teses que o importante não era somente, estabelecer a necessária interlocução, entre os variados saberes jurídicos, mas, estudar a inserção do direito civil na Constituição jurídico positiva e os fundamentos de sua validade.

Tornou-se importante, abordar a atualidade com a hermenêutica, a analogia legis, bem como, aplicar de forma consentânea a interdisciplinaridade, buscando a unidade total, a fim de responder a todos os quesitos, questões que aparecessem nas controvérsias em que

se vivia o homem, tendo assim, como paradigma a Constituição como ápice da pirâmide na Ordem jurídica.

Urge-se a necessidade da constitucionalização dos princípios fundamentais do direito civil, elevando-os ao plano constitucional.

No Estado social, século XX, (welfare state), observa-se, que há a publicização de todos os temas sociais juridicamente relevantes em sociedade. Eles foram constitucionalizados, demonstrando-se a intervenção estatal no âmbito legislativo. Exemplos: família, sucessões, propriedade, atividade negocial. ou seja, o mais privado dos direitos, que é o, Direito civil, está inserido na Constituição Federal.

A pessoa humana é reposta no centro do direito civil, passando o patrimônio a papel coadjuvante, valorizando-se os seus direitos fundamentais, erigidos na constituição, direito a vida, direito a dignidade da pessoa humana, direito a liberdade, direito a igualdade, direito a paz, direito a felicidade.

Figurando neste mosaico de conquistas sociais, surge a maternidade substituta que vem em socorro das mulheres impossibilitadas de procriar, bem como de fazer valer o seu direito à felicidade, posto que inférteis. A infertilidade assume o posto principal dos motivos que levam o casal a optar por essa técnica reprodutiva.

Consequentemente, não podem a bioética e o biodireito admitir conduta violadora dos princípios erigidos na Constituição Cidadã: princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da felicidade, considerados normas fundantes do Estado Democrático de Direito.

A resolução que regulariza a Gestação em Útero Alheio deve ser filtro proibitivo de condutas daqueles que tentam enxertar no procedimento um caráter mercantilista, ou seja, a barriga de aluguel, uma vez que a mãe receptora do material genético, introduzido em seu útero, recebe pelo aluguel do mesmo, um valor anteriormente acordado, ao final da gestação, quando a mesma deverá entregar o recém-nascido aos pais biológicos.

Aplausos devem ser ofertados à Resolução pioneira 1358/1992 do Conselho Federal de Medicina, por disciplinar às cegas, lacuna social profundamente emblemática.

Ademais, sob o ponto de vista filiatório, não se pode deixar de notar que, apesar da falta de disciplina legal expressa, a gestação em útero alheio implica em relativizar a presunção mater semper certa est (a mãe é sempre certa, indicada pelo parto), ou seja, todas as crianças nascidas

de suas mães, eram de fato, por regra geral, filhos ou filhas desta. Diante da inovação da Reprodução Assistida, reveladora de um contexto fático, têm-se mães que portam o material genético para entregar-lhe o útero adequadamente àquele zigoto, as quais não são as mães desses recém-nascidos. Por idêntico silogismo, cai por terra a incidência da presunção paterna pater is est (segundo a qual o pai do filho de uma mulher é o seu marido).

PREGNANCY IN OTHER'S UTERO

ABSTRACT: The present article intends to study, what is a surrogacy topics of surrogate mother and the legal aspects of assisted reproduction. A gestacional surrogacy requires the implantation of a previously createad embryo, and for this reason the process always takes place in a clinical setting.

KEYWORDS: Alternative to infertility. "Surrogate mother". Legal aspects of assisted reproduction.

Notas

[1] DI PIETRO, Maria Luísa – *Bioética em fecundação artificial in Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter, Ltda.: 2003: 306.

[2] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS) – Infertilidade. Disponível em: http://www.who.int/reproductive_health/infertility/5.pdf.

[3] Laura Dutra de Abreu, *Renúncia da maternidade*: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no Direito Português e Brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago/set 2009, p. 94 Bacharela em Direito, formada pela

[4] Cristiano Chaves de Farias. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Luísa – B*ioética em fecundação artificial in Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Livraria ed. Revinter, Ltda, 2003.

DUTRA DE ABREU, Laura. *Renúncia da maternidade*: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição – principais aspectos no direito português e brasileiro. 2009. In: Revista Brasileira de Direito

das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago/set 2009, p. 94.
FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
http://www.who.int/reproductive_health/infertility/5.pdf
LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS) – Infertilidade. Disponível em:
REVISTA IOB de Direito de Família. São Paulo: IOB, 2009. Mensal. Índice trimestral.
REVISTA JURÍDICA CONSULEX. *Textos legais*. Rio de Janeiro: 2009 - Trimestral – Índice Acumulado.