

# MATERNIDADE DE SUB-ROGAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PLANEJAMENTO FAMILIAR E GESTAÇÃO EM ÚTERO ALHEIO

Márcia Correia Chagas<sup>1</sup>

Maria Alice Pinheiro Nogueira<sup>2</sup>

**RESUMO:** O exame dos aspectos mais relevantes que norteiam os ordenamentos jurídicos modernos indica a compreensão dos novos valores que abrangem a seara do Direito. A bioética constitui um saber autônomo que surgiu diante da necessidade de uma discussão sobre as questões éticas que permeavam o desenvolvimento tecnológico das técnicas médicas e o progresso da ciência biológica, desde as pesquisas primárias até a sua aplicação como resposta às novas tecnologias científicas, representando uma forma de conduta, baseada na moral e na ética, destinada não só à medicina, mas, igualmente, para a sociedade. Nessa perspectiva, percebe-se, à proporção que as novas técnicas de assistência à saúde humana se desenvolvem rapidamente, devem, indubitavelmente, respeitar os direitos do indivíduo, com justiça e equidade. Contudo e, em razão disso, surgem discussões éticas, jurídicas e religiosas quanto à prática das técnicas de reprodução medicamente assistida, em especial da maternidade de substituição. Questionam-se, então, quais os limites para a realização do projeto parental, bem como qual a baliza imposta para a ingerência estatal em questões do âmbito privado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Planejamento familiar; maternidade de substituição; Bioética.

## 1 INTRODUÇÃO

Reflexo da evolução conceitual e valorativa do Estado Democrático de Direito, pode-se comprovar que as Cartas Políticas deixaram de constituir meros documentos de governo para expressarem as transformações sociais, com efetiva participação popular. Nesse contexto, a concepção dos direitos fundamentais diz respeito aos direitos assegurados por garantias constitui-

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC, Pesquisadora na área de Biodireito e Bioética (PIBIC/CNPq – FUNCAP – PAVIC).Ex- Professora de Direito das Famílias e Direito de Sucessões na Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. E-mail: marciacorreia@ufc.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR; Ex bolsista de iniciação científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico- CNPq para a implementação do projeto: “Mulher: Sujeito ou Objeto dos Mecanismos de Implementação do Direito Fundamental ao Planejamento Familiar?”, realizado no Núcleo de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e cuja linha de pesquisa visa aos direitos fundamentais, e o grupo de pesquisa, aos direitos humanos. E-mail: lice\_pinheiro@hotmail.com.

onais, resguardados com *status* de cláusulas pétreas, que visam, prioritariamente, à preservação da dignidade da pessoa humana contra a ingerência e os abusos do poder, inclusive, do poder estatal. Tal se pode observar na Constituição brasileira de 1988.

As mudanças originadas em razão do progresso científico explicitaram a necessidade de novos paradigmas na ordem política das sociedades. Nesse diapasão, as Constituições modernas impõem a ruptura pragmática clássica, com conseqüente separação das esferas religiosa, moral, política, social e jurídica, objetivando a preservação da ordem constitucional democrática. Ressalta-se, por conseguinte, a liberdade e a igualdade como alguns dos novos parâmetros jurídicos.

Diante da relevância dos aspectos democráticos, nota-se uma maior manifestação, notadamente nos movimentos feministas, em prol da construção e concretização dos direitos das mulheres na sociedade, como forma de alcançar a almejada independência e igualdade, muitos deles somente formalmente garantidos, mas ainda sem concretude. Em um passado não tão distante, a mulher representava apenas o papel social de mãe e de “rainha do lar”, destituída de autonomia, especialmente quanto à vontade de gerar filhos.

Atribuía-se a ela unicamente os deveres familiares, incluído o pensamento, oriundo da moral religiosa Católica, de que a sexualidade somente lhe serviria à procriação, com o devido respeito e obediência ao seu companheiro. Constata-se, facilmente, a mulher representando mais um objeto para a consecução de um fim que, mesmo, sujeito em si, livre e autônomo para realizar seus anseios.

Observa-se, igualmente, que a saúde feminina era objeto de pouca importância na seara médica, haja vista seu vínculo exclusivo com o aspecto materno-infantil. Em razão de a mulher ser vista, muitas vezes, apenas como meio viabilizador da procriação e do cuidado dos filhos, somente isso justificava o amparo à sua saúde.

Os avanços sociais que caracterizam a igualdade de gênero nunca se constituíram sem um embate cultural. Aspectos históricos, políticos,

econômicos ou quaisquer outros também são os feítios que embasam as concepções de gênero.

Apesar da crescente importância das políticas públicas, estas não evoluíram o suficiente em suas diretrizes a fim de acompanhar as novas expectativas sociais. Continuam, portanto, aplicando uma postura controlista, a qual confere exclusivamente à mulher a responsabilidade e os ônus das implicações da reprodução.

Nesse sentido, o biodireito surge como ramo que visa à criação e aplicação das normas jurídicas, como meio de fixar atuações positivas para bem implementar os princípios e os valores relativos à dignidade da pessoa humana.

Este trabalho resulta de análises realizadas por integrantes do projeto de pesquisa: “Mulher: Sujeito ou Objeto dos Mecanismos de Implementação do Direito Fundamental ao Planejamento Familiar?”, realizado no Núcleo de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e fomentado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) na linha de pesquisa dos direitos fundamentais, e o grupo de pesquisa, direitos humanos. Para a consecução dos objetivos do presente trabalho, foi realizada pesquisa bibliográfica, com a consulta a livros, sítios eletrônicos, leis e documentos oficiais o que possibilitou fazer uma análise crítica acerca das implicações sociais e jurídicas dos avanços da biotecnologia, bem como um levantamento histórico do surgimento da bioética, essencial para a formulação das presentes ideias.

Buscou-se estabelecer, nesse trabalho, uma análise acerca do planejamento familiar, direito constitucionalmente garantido, a partir do enfoque dos estudos do gênero, com o fim de apreciar como se apresentam as responsabilidades em relação à constituição da família, bem como da participação do Estado, do homem, da mulher e do casal para a concretização do projeto parental.

Questionou-se, por conseguinte, a efetiva liberdade da mulher para a concretização do planejamento familiar, bem como as consequências da implementação das técnicas de reprodução medicamente assistida para as novas relações jurídicas que vêm sendo estabelecidas em função desses pro-

cedimentos médicos, que se veem destituídas do necessário amparo do ordenamento jurídico vigente.

Inicialmente, discorrer-se-á acerca da importância e do ônus feminino quanto à constituição da família e quais as concepções modernas sobre o tema. Posteriormente, será apresentada uma análise atinente às técnicas de reprodução medicamente assistida, como solução hábil para a concretização do projeto parental. Há que se observar, igualmente, o descompasso entre o avanço tecnológico e a inércia do ordenamento jurídico, o que propicia práticas, muitas vezes, antiéticas e amorais. Finalmente, apresentar-se-á a análise que tem o intuito de gerar uma reflexão a respeito da paternidade responsável e a possível ingerência estatal na esfera privada.

## **2 A MULHER E O PLANEJAMENTO FAMILIAR**

Ampla é a multiplicidade de significações concedida para a saúde reprodutiva e para os direitos reprodutivos, e o seu entendimento pode variar mesmo entre as pessoas da mesma comunidade. A sensibilidade cultural refere-se à percepção e à compreensão dessas acepções variadas, prosperadas em realidades distintas, pela qual se busca a mitigação das resistências ao planejamento familiar, como instrumento essencial à promoção da saúde sexual e reprodutiva.

As abordagens culturais buscam compreender a contribuição do homem e da mulher para a procriação ou mesmo qual o significado que o casal dá a uma família ou a um filho. Pelo prisma do gênero, a mulher é vista, na maioria das vezes, em um patamar submisso ao homem, numa relação de desigualdade, sendo-lhe imposto o dever social da maternidade e o ônus do planejamento familiar, como forma de cercear sua autonomia.

No que concerne à relevância das novas diretrizes do planejamento familiar, reconhece-se a participação da mulher no processo da conquista da sua autonomia e a maior responsabilidade feminina no que diz respeito à realização do projeto parental.

Ultrapassada a fase reivindicatória de direitos, as questões feministas assinalam o novo perfil contemporâneo, com maior participação da mulher nas decisões e nas mudanças dos parâmetros da sociedade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §7º, explicitou o planejamento familiar no Brasil como um direito, abalizado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, passando a significar não só a contracepção e concepção dos filhos, mas também o amparo e a oferta de meios educacionais e científicos pelo Estado, a fim de viabilizar o exercício desse direito.

Posteriormente, tal dispositivo constitucional foi regulado pela Lei nº 9.263 de 12/01/1996, que expressamente enfatiza que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, consagrando-o, assim, como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, sendo defeso o uso dessas ações para qualquer tipo de controle demográfico.

Paralelamente, no âmbito mundial, a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo, em 1994, e da IV Conferência Mundial da Mulher, sediada em Pequim, em 1995, surgiu o conceito de “autonomia reprodutiva”, que diz respeito às ações amplas no campo da reprodução, envolvendo não só mulheres e homens, isoladamente considerados, como também o casal.

Os direitos reprodutivos consagrados em tais eventos, explicitados inequivocamente como direitos fundamentais, apresentam-se como controle de fecundidade, em sua feição negativa, vislumbrando o direito de uma sexualidade sem reprodução.

Infere-se, portanto, que a conquista do direito ao planejamento familiar é reflexo das inúmeras discussões e reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos em âmbito internacional, o que nos demonstra um avanço na busca pelos direitos humanos que vêm se especificando, cada vez mais, em prol da sua pretensão de universalidade.

Em mesmo parâmetro, surgiu, posteriormente, a necessidade de discussão como forma de preocupação acerca do “se” e “quando”, além do “como” se reproduzir, gerando expectativas em torno das técnicas de reprodução medicamente assistida, o que fomentou o direito à procriação, em seu

aspecto positivo de reprodução (IAGULLI, Paolo. **Diritti Riproduttivi e Riproduzioni artificiale**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, p. 158).

A partir desses eventos, buscou-se promover, então, o exercício responsável dos direitos sexuais e reprodutivos, como fundamento para as políticas e programas estatais e comunitários na esfera da saúde reprodutiva.

Nessa perspectiva, não se alude mais apenas à responsabilidade e ônus feminino quanto à formação familiar. Os documentos públicos oficiais oriundos desses encontros internacionais

reconhecem, portanto, o papel central que a sexualidade e a relação entre homens e mulheres desempenham no tocante à saúde e aos direitos da mulher e afirmam que os homens devem assumir a responsabilidade pelo seu próprio comportamento sexual, sua fecundidade, contágio de doenças sexualmente transmissíveis, bem estar de suas companheiras e paternidade de todos os filhos<sup>3</sup>.

Reforça, então, a mudança na mentalidade da sociedade quanto à responsabilidade pela concepção, que deve ser compartilhada em equilíbrio tanto pelo homem, quanto pela mulher, bem como das consequências das relações sexuais ou da reprodução por meio de técnicas modernas.

O enfoque das preocupações com o planejamento familiar deixa de ser cogitado em torno unicamente da mulher e passa a ser reflexo dos comportamentos do casal, sob a perspectiva do melhor interesse do menor, que deve ter resguardado o amparo a sua dignidade.

O avanço tecnológico, principalmente, observado a partir da metade do século XX, proporciona benefícios para a sociedade por viabilizar a transferência e o uso de partes do corpo de uma pessoa em favor de outra necessitada. Contudo, além dessas vantagens, o progresso médico estimula, indiretamente, o desenvolvimento de um “mercado” do corpo humano. Ou, melhor expressando, de uma utilização econômica deste.

A biotecnologia, sobre o enfoque das práticas médicas que permitem a reprodução por meios artificiais, implica reflexões críticas para toda a sociedade. O célere progresso da ciência origina discussões no âmbito ético e moral, que, enquanto proporciona felicidade para alguns, pode significar

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 150.

uma forma de sobrevivência para outros, por meio da comercialização do próprio corpo, desvirtuando o caráter solidário das novas técnicas que viabilizam a reprodução.

### 3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO COMO “TÉCNICA” DE AMPARO À INFERTILIDADE - PROBLEMAS E PERSPECTIVAS<sup>4</sup>

O progresso científico e a modificação no comportamento cotidiano são fatores que se intermedeiam quando se faz referência à reprodução humana, de tal forma que a maternidade de substituição, também conhecida por subrogação de útero, gestação substituta ou mãe portadora apresenta-se “como símbolo da rápida combinação de tecnologias biomédicas e ações de mercado, a partir das vantagens corretivas oferecidas pela medicina e de novas formas de exploração do corpo humano”<sup>5</sup>.

Essa técnica é condenada na Alemanha, Espanha, França, Itália e em Portugal. A Inglaterra e a Índia, por outro lado, admitem a prática da subrogação de útero. Nesse último país, permite-se, inclusive, a remuneração da gestante<sup>6</sup>.

A saúde, como direito constitucionalmente resguardado, é direito de todos e dever do Estado. As atividades médicas subordinam-se, assim, à tutela estatal e às diretrizes do ordenamento jurídico vigente. Pertinente,

---

<sup>4</sup> Esse tópico limita-se à análise da gestação de substituição, gratuita ou onerosa, decorrente de relações heterossexuais, estando a análise de tal forma de gestação em relações homoafetivas em outro trabalho oriundo de pesquisa em andamento, por parte de uma das autoras, Márcia Correia Chagas, sob o título: **A Efetivação dos Princípios Bioéticos Diante do Direito Fundamental ao Planejamento Familiar como Livre Decisão do Casal**, nessa etapa analisando a efetividade da possibilidade da garantia dos direitos reprodutivos pelo casal em união estável homoafetiva masculina e perscrutando se é a gestação em útero alheio uma opção eticamente aceitável para a garantia dos direitos reprodutivos pelo casal em tal união.

<sup>5</sup> BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: UnB, 1996, p. 29.

<sup>6</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: Construção para o debate no Direito brasileiro. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iOQ8G1qapfMJ:www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm+países+que+proibem+maternidade+de+substituí%C3%A7%C3%A3o&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

dessa forma, é a crítica feita à restrita e lacunosa legislação existente quanto à saúde pública, bem como à referente às técnicas de reprodução medicamente assistida, que, com dificuldade, concretizam seus efeitos práticos.

Observa-se que a medicina tem evoluído a rápidos passos. Com base nisso e com o ensejo de viabilizar melhores condições reprodutivas, foi instituída a Portaria nº 426/GM de 22 de março de 2005, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), com a finalidade de promover a “Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida”. Todavia, a salutar batalha por essa concretização de amparo, na prática, corresponde à mera utopia, principalmente, em decorrência da insuficiência financeira. Recorre-se, então, à assistência privada de saúde, a fim de proporcionar a realização do projeto parental ao crescente número de indivíduos que apresentam problemas de infertilidade ou esterilidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), atualizado pela Lei nº 8.069, referente à Lei de Adoção, prevê diversas ações do Poder Público que dizem respeito às gestantes, por exemplo, propiciar o acompanhamento de pré-natal e perinatal, bem como assegurá-las apoio alimentar. No entanto, poucas são as políticas públicas que realmente viabilizam e concretizam o amparo à saúde da mulher e da criança.

Igualmente, o Código Civil vigente, em seu artigo 1.597 (incisos II – V), assegura que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; ou havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Corresponde a um avanço no ordenamento pátrio, quando da aceitação dos novos modelos de reprodução pelas biotecnologias, todavia, a legislação se apresenta omissa quanto aos meios a serem empregados para a viabilização dessas técnicas, assim como não especifica quais os cuidados e quais os amparos do Estado para a consolidação do projeto parental.

Oportuno salientar a existência da proposta de diversos projetos de lei no Congresso Nacional, com o objetivo de compatibilizar a ordem jurídica com os novos parâmetros sociais impostos pela biotecnologia. Como exem-

plo, há o Projeto de Lei do Senado nº 90, apresentado pelo senador Lúcio Alcântara em 1999, que dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida e considera crime a “barriga de aluguel”. Por meio dele, a fertilização só pode ser feita por casal que reivindique o procedimento e só poderá se utilizar do material fertilizante por até duas vezes.

Cita-se, igualmente, o projeto de lei nº 1.184, de 03/06/2003, do Senado Federal, que trata sobre a reprodução assistida e, mesmo em regime de prioridade para a tramitação, ainda não foi totalmente apreciado. Observando o sítio eletrônico da Câmara dos Deputados<sup>7</sup>, verificou-se que o último procedimento foi realizado em julho de 2012, ou seja, nove anos após a propositura, e que o projeto ainda estava em análise, sob a perspectiva do aguardo da realização de audiência pública para debater sobre a temática. Constata-se que, apesar da complexidade do tema, tais projetos de lei extrapolam o tempo compreensível para a sua aprovação, proporcionando o descrédito atinente ao Poder Público.

Relativamente ao Brasil, a maternidade substituta tem se tornado comum, mesmo que ainda haja carência de legislação específica que regularize o uso das diversas técnicas de reprodução assistida, motivo pelo qual se adentra em um caminho controverso, pois se trata de questões que, apesar de ligadas à intimidade das pessoas, ultrapassam a esfera privada da família e ganham o espaço público.

Com o advento da Lei nº 3.268/57, os Conselhos de Medicina adquiriram autonomia administrativa e financeira, constituindo-se em autarquia. Suas resoluções passaram a ter status de normas de conduta médica, o que demonstra a relevância da Resolução nº 1.957/2010 (seção VI) do Conselho Federal de Medicina, a qual prevê que a gravidez de substituição seja feita entre pessoas com parentesco de até segundo grau, exceto se inexistir parente que possa gestar, caso que será analisado pelo Conselho Regional de Medicina, com conseqüente aprovação ou não para a realização da prática, ressaltando o caráter solidário da técnica, com a justificativa de coibir a

---

<sup>7</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

comercialização, haja vista que a compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano é crime.

A Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, apesar de não ser dotada de força cogente, possui força deontológica e administrativa e vem sendo considerada modelo para os projetos de lei que tratam da matéria.

A expectativa gerada em torno das técnicas reprodutivas tem amparo na justificativa de que a procriação não denota apenas a constituição de uma família, relaciona-se, igualmente, a uma forma de sucesso ou realização pessoal.

Importante retomar o foco quanto à imposição social da maternidade, desta vez direcionado sobre a problemática da infertilidade. Acrescente-se a cobrança, culturalmente arraigada, e o sonho do projeto parental, que, frustrado pela impossibilidade de gerar filhos, afeta física e psicologicamente os envolvidos, causando sentimentos, como a culpa, a tensão e a angústia. “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.”<sup>8</sup>

A infertilidade humana, diante da legislação pátria, alcançou *status* de um problema de saúde pública com implicações médicas e psicológicas. Ao Estado, portanto, compete promover a saúde do indivíduo, inclusive por meio de ações coadunadas com o atual estágio da ciência médica, não podendo se abster de propiciar o acesso às tecnologias reprodutivas.

Importante também é a viabilização de programas que se preocupem com o amparo psicológico dos casais, por meio de atividades de terapia para homens e mulheres impossibilitados de gerarem filhos, representando uma maneira de amenizar crises de auto-estima.

---

<sup>8</sup> 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. Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito- CONPEDI 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

Nessa diretriz, as técnicas de reprodução assistida correspondem a uma forma de promoção de saúde física e psicológica dos indivíduos que enfrentam dificuldades de gerar, como meio de proporcionar o sonho do projeto parental, quando outras técnicas tenham-se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

Diante da infertilidade e motivado pelo desejo da parentalidade, ou mesmo, pela necessidade de adequação social, parte do público feminino a atitude de buscar, nas técnicas reprodução assistida, a solução para os seus problemas. A fuga da esterilidade e/ou o desejo de ter filhos tornam o corpo da mulher, mais uma vez, um objeto, um instrumento para que se realize uma vontade. O corpo feminino é o objeto principal de todos os procedimentos de fertilização.

Constituindo a família a base da sociedade, questiona-se, por conseguinte, o limite da interdisciplinaridade entre o cientificamente possível e o ético e socialmente desejável. Nesse sentido, cabe ao Estado promover meios para que haja, desde a mudança de mentalidade quanto à essência do planejamento reprodutivo, através da veiculação de informação, principalmente, nas consultas de planejamento familiar, até a efetivação da igualdade material da mulher frente ao exercício dos seus direitos, por meio de medidas concretas capazes de viabilizá-los.

Perante a possibilidade de reprodução por técnicas medicamente assistidas e a existência de lacuna de normas jurídicas para regulamentar o tema, as técnicas de reprodução artificial têm sido executadas sem o devido respaldo legal, propiciando inconvenientes à ordem moral. Constata-se tal ideia pela verificação da existência de inúmeros casos de gravidezes oriundas de contratos de maternidade de substituição, que se realizam à margem da lei, corrompendo, muitas vezes, o socialmente plausível.

#### **4 CONTRATOS ENVOLVENDO A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

É do próprio instinto do ser humano a vontade de constituir uma família, entretanto, previamente, diversas condições devem ser cumpridas, visando, principalmente, à segurança jurídica e à saúde, tanto do pai, da mãe, quanto do filho, quando da submissão às técnicas médicas de reprodução.

Para tanto, ressalva o Conselho Federal de Medicina que a gestação não pode ser fruto de mera convenção entre a mãe portadora e a pessoa infértil. Requer-se uma avaliação antecedente do estado da saúde física e mental de ambas, bem como uma averiguação da existência de parentesco entre as duas. Havendo esse último requisito, insta ao Conselho Regional autorizar ou não o procedimento de tal técnica.

A autonomia frente à decisão de gerar filhos, dessa forma, não tem caráter absoluto. Há limites e ponderações que devem ser impostos pelos direitos dos filhos que irão nascer, com o intuito de tutelar, principalmente, sua dignidade.

A independência da vontade dos particulares de contratar “consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.”<sup>9</sup>

O que é comum perceber, todavia, é o desrespeito às indicações propostas pelos Conselhos de Medicina, que, mesmo tendo fundamento somente deontológico, tem importante embasamento ético. Em decorrência disso, os indivíduos procuram, clandestinamente, mulheres férteis e capazes de desenvolver uma gravidez saudável, a fim de concretizar o projeto parental. Em diversos casos, são firmados acordos escritos. Questiona-se, entretanto, a sua validade para no âmbito jurídico.

Quanto ao impasse sobre a autonomia da vontade dos indivíduos e as técnicas reprodutivas aplicadas, Cláudia Regina Magalhães Loureiro<sup>10</sup>, citando Maria Dolores Vila-Coro, assim afirma:

A bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação científica em seres humanos, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como prioridade sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do dever ser, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princí-

---

<sup>9</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 6. ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

<sup>10</sup> LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17-18.

pios da bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não apenas éticas, pois somente seu caráter coercitivo impedirá o cientista sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos.

Um contrato deve estar em harmonia com os interesses jurídicos e morais, os quais a sociedade está encarregada de resguardar, como forma de proporcionar a socialização do direito. Dessa forma, o direito de contratar consagra a autonomia da vontade, porém de modo limitado, sobretudo se extrapola a esfera particular para o âmbito da ordem pública.

Um contrato válido para estar em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio deve apresentar partes capazes, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, além de ter forma prescrita ou não defesa em lei. Tendo em vista o contrato de sub-rogação de útero, muitas discussões são geradas sobre tal tema.

A função social do contrato se defronta com o princípio *pacta sunt servanda*. Aquela emoldura este e previne situações de evidente desigualdade entre os contraentes. No entanto, diante da relação entre os sujeitos do acordo pela maternidade substituta, é comum haver um desequilíbrio de posse e poder, que influencia os atos do outro contraente.

Nesse sentido, evoca-se o conceito de justiça que remete à igualdade, como preleciona o conceito do latim *ubi societas, ubi jus*. Haveria, de fato e constantemente, o equilíbrio nas relações ora enfatizadas?

A justiça é a igualdade, mas a igualdade dos direitos, sejam eles juridicamente estabelecidos ou moralmente exigidos. É o que Alain confirma, após Aristóteles, e ilustra: ‘A justiça é a igualdade. Não entendo com isso a quimera, que existirá, talvez, algum dia; entendo a relação que qualquer troca justa logo estabelece entre o forte e o fraco, o sábio e o ignorante, e que consiste no fato de que, por uma troca mais profunda e inteiramente generosa, o forte e sábio quer supor no outro uma forma e uma ciência igual a sua, fazendo-se assim conselheiro, juiz e reparador’<sup>11</sup>.

O dinheiro “fácil” em troca do corpo ludibria muitas mulheres que, na maioria das vezes, vivem em estado crítico de pobreza, com família numerosa constituída e, em vários casos, sem um companheiro para colaborar

<sup>11</sup> COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 78-79.

com as despesas mensais. Pode-se fazer, inclusive, uma menção a uma nova forma de prostituição, “a prostituição reprodutiva”.

Faz-se *mister* mencionar que improvável não é constatar que tais acordos estão ancorados, no mais das vezes, em valores irrisórios e em condições subalternas, o que fere diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e deprecia o ser humanamente reconhecido.

Há a discussão, igualmente, em torno da destinação do pagamento que se perfaria relativamente ao serviço prestado pela “doadora” temporária de útero para o próprio custeio, em razão de uma série de condutas que teve que assumir, como modificação dos hábitos alimentares, consultas médicas, modificação hormonal e psicológica, dentre outras. Além disso, existe o fundamento jurídico de um contrato bilateral, que enseja responsabilidades recíprocas, o que se encontra no artigo 594 do Código Civil vigente, dispondo que “toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada, mediante retribuição”.

Em vias opostas, discute-se que a busca da felicidade na parentalidade se corrompe pela reificação do ser humano, haja vista que a concepção da criança se dará por meio de uma negociação, despertando a menosprezo da pessoa humana. Válida é a digressão ao entendimento de que não se é só corpo, mas, sim, corpo e alma.

O Biodireito, com a finalidade de fixar normas coercitivas, pode discutir com maior amplitude temas dessa magnitude, consagrando, igualmente, o estudo do direito penal e do direito constitucional, como assevera Tycho Brahe Fernandes<sup>12</sup>, ao aludir que “o biodireito é um direito voltado para a tutela dos direitos humanos de uma forma geral, especificamente daqueles direitos criados e modificados em razão dos avanços científicos da área biomédica.” Assim, as novas biotecnologias e as descobertas inovadoras das ciências biológicas demandam os estudos da Bioética e do Biodireito, sob a perspectiva dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>12</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. **A Reprodução Assistida em Face da Bioética do Biodireito**: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 42.

Nesse contexto, faz-se alusão à necessidade da consciência acerca do significado da maternidade e da paternidade. Quais suas consequências para a própria vida e em que ela influencia no âmbito social. Ressalta-se, do mesmo modo, a seriedade em constituir uma família de forma responsável, visando, principalmente, aos princípios constitucionalmente elencados, em especial o da dignidade da pessoa humana.

No que tange aos “contratantes” não menos penosa pode ser sua situação, visto que não existem critérios ou exigências pré-estabelecidas para o “histórico” ou para a “conduta durante a gestação” da mulher “contratada”, o que pode conduzir à inúmeros constrangimentos e/ou problemas concretos relativos tanto à saúde do nascituro, como à uma possível disputa judicial pela “posse” da criança por tal forma gerada.

A ausência desses critérios pode conduzir à problemas tais como, má formação fetal ou comprometimento de sua saúde, em virtude de um comportamento inadequado da “doadora” temporária de útero durante a gestação; apego emocional desta à criança que está gerando, implicando na recusa à entrega da criança após o nascimento, dentre outros.

Ressalte-se ainda que a “mulher contratante” pode sentir como tendo tido, emocionalmente, sua gravidez usurpada por outra. Sem mencionar as inevitáveis explicações sociais das quais, provavelmente, não poderá esquivar-se. Una-se tal constrangimento à possibilidade, já citada, da recusa do cumprimento do “contrato” no que tange à entrega da criança.

Por óbvio que tais circunstâncias estão, ou podem estar, igualmente presentes numa gestação de substituição ocorrida dentro dos casos admitidos pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução supracitada, mas, nesses casos é de se imaginar mais rara a possibilidade de, por exemplo, haver a recusa ao recebimento da criança, por ser esta portadora de algum problema originado na gestação ou parto. Ou mesmo de uma disputa judicial sobre a posse da criança. Entretanto, reitere-se, mais raro, não improvável.

## 5 A PATERNIDADE RESPONSÁVEL – A ESFERA PRIVADA VERSUS A ESFERA PÚBLICA

O direito à formação da família ou, em outras palavras, ao livre planejamento familiar, deve estar submetido aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Esse direito deve ser exercido livremente, inexistindo qualquer forma de ingerência desrespeitosa por parte de organismos oficiais ou privados, à luz do disposto no art. 226, § 7º, da CF/88.

Pode-se afirmar que o direito de gerar é uma expressão do direito fundamental à saúde, em sua vertente positiva, em especial quando se trata das técnicas de reprodução assistida. Isto porque incumbe ao Estado a tarefa de torná-lo possível através de suas ações. É decorrente, também, em sentido amplo, do direito à vida, que pressupõe uma existência digna; e, ainda, do direito à liberdade, pois deve ser livre o exercício do planejamento familiar, estando de acordo com a dignidade humana e a paternidade responsável.

O reconhecimento da relevância dos direitos sexuais e reprodutivos implica na inclusão do planejamento familiar no *status* constitucional, ressaltando seu cunho prestacional, cabendo ao Estado promover os meios para que ele possa ser exercido, respeitada a autonomia dos indivíduos, de forma que se busque a efetivação da igualdade de gênero.

O conceito de planejamento familiar deve alcançar o significado de saúde reprodutiva. A infertilidade deve ser tratada como um problema de saúde, devendo ser oferecidas alternativas de tratamento. Afirma Maria Cláudia Cresso Brauner<sup>13</sup>:

Ao Estado cabe disponibilizar recursos para o planejamento familiar, estimulando a paternidade e a maternidade responsáveis, oferecendo condições para que as pessoas possam escolher com autonomia e consciência o momento de gerar, ou, contrariamente, de não fazê-lo. Um Estado que impõe uma política de reprodução humana tolhe o direito inalienável das pessoas em ter filhos, viola o direito de seus cidadãos quando os impede de gerar, ou, quando impõe um número restrito para a prole.

---

<sup>13</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Cresso. **Direito Sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 54.

Assim, é analisada e considerada a ética da responsabilidade individual e estatal sobre a gravidez, destacando os compromissos assumidos, frente à ordem pública e privada, principalmente, de quem acorda em concretizar o sonho do projeto parental daquele que assim o está impossibilitado.

Ao indivíduo é concedida a liberdade e autonomia para gerir os atos da própria vida, estabelecendo uma autonomia ética sobre si. O homem tem, então, a capacidade de autodeterminação, sob os parâmetros legais, sem, contudo, insurgir-se como objeto, mas, sim, sujeito.

A gravidez, seja fruto de técnica medicamente assistida, como concretização da maternidade de substituição, seja a “natural”, conduza a questões intrinsecamente relacionadas à dignidade da pessoa humana, bem como ao direito à vida. Corresponde a uma responsabilidade pelos cuidados próprios e do infante.

O estado gravídico implica diversas mudanças físicas e psicológicas para quem vai gestar uma criança. Diante disso, o planejamento familiar, pelo prisma da decisão pela gravidez, corresponde a uma circunstância que deve ser bastante ponderada antes de concretizada. Dela advêm consequências irreversíveis, que devem ser sopesadas em razão da paternidade responsável.

Tratando-se da maternidade substituição, à mãe portadora atribuem-se, da mesma forma, os deveres de cuidados com a criança gestada. O compromisso assumido para gestar uma criança deve ser arcado com responsabilidade. Não se trata de um mero objeto no ventre, mas de uma vida, que deve receber toda atenção.

Como é cediço, a circunstância da maternidade gerará uma forte carga emocional e afetiva na gestante, pois o instinto natural a conduz a um evidente e compreensível apego à criança gerada. Porém, esse enunciado comporta exceções.

Nem sempre a grávida respeita seus próprios limites e age sem a devida cautela. Não raras vezes, por exemplo, adolescentes que engravidam não tomam o cuidado necessário para o bom desenvolvimento da criança durante a gravidez.

A má formação de um bebê, por exemplo, pode suscitar a rejeição pelos pais biológicos, o que iria de encontro aos direitos fundamentais da criança. São situações como essa que devem despertar a preocupação social e estatal. A gravidez não referencia apenas à esfera privada. Adentra a ordem pública, de interesse comum da sociedade.

Qual é o limite, então, para a não ingerência estatal, visto um desarrazoado descuido, caracterizado pela desídia das gestantes, que é perceptível, cada vez mais. “A dignidade humana e a vida fetal devem ser respeitadas, e a paternidade tem de ser uma decisão responsável. Como poderia ter uma paternidade consciente, responsável e humanizante?”<sup>14</sup>

Em um Estado Democrático de Direito vislumbra-se o compromisso com a função social, o intervencionismo como mecanismo de concretizar objetivos e a ordem jurídica legítima, que deve priorizar o respeito à liberdade. Como preleciona Maria Celeste Cordeiro dos Santos<sup>15</sup>,

[...] os princípios, por si só, nunca decidem questões éticas, isto é, podemos aferir a força moral dos princípios somente através do estudo de como eles são aplicados e dentro de situações particulares. A aceitação dos princípios não descarta a possibilidade de que surjam discordâncias radicais quanto ao objeto de sua aplicação.

O princípio da proporcionalidade, nessa situação específica, é invocado para dirimir a controvérsia da seara privada e da seara pública. A excelência pela honra da pessoa humana se expressa como corolário de todo arcabouço ético de uma sociedade. Como guardião dos direitos fundamentais, o Estado vê-se em situações complexas quanto às acepções próprias de cada indivíduo sobre o planejamento familiar.

Bom-senso é uma das expressões que deve se manifestar na consciência de cada sujeito da sociedade em um Estado Democrático de Direito quando da decisão de procriar. Reproduzir não deve estar arraigado de contornos eróticos momentâneos. Transcende. Implica encargos irreversíveis.

---

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. Cit., p. 118.

<sup>15</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 55.

A paternidade e a maternidade responsável devem ser assumidas e concretizadas de forma consciente, visando, principalmente, ao equilíbrio da estrutura familiar, que se apresenta como a base da sociedade.

A autonomia da vontade confronta-se diretamente com a não ingerência estatal no planejamento familiar. Contudo, o direito de gerar está subordinado ao pilar da paternidade responsável. Isso significa que ao Estado, como provedor do bem-estar social, não se permite a inércia sobre tal circunstância.

O Estado, por meio de suas políticas públicas, deve se comprometer com a ética da responsabilidade pública, despendo-se de qualquer forma de indiferença, propondo, por conseguinte, maneiras de efetivar os direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos, como forma de preservar a dignidade da pessoa humana.

## 6 CONCLUSÃO

A evolução na concepção do gênero conscientizou a sociedade da importância de um planejamento familiar, desmistificando a figura feminina como a única diretamente responsável pelo ônus da constituição da família. A responsabilidade pela concepção deve ser partilhada pelo casal, que se organizará, por sua livre decisão e definirá o que melhor se adequa para a sua situação social e econômica.

Urge que o Estado e a sociedade cumpram suas responsabilidades sociais. Devem as políticas públicas ser mais efetivas, para, então, ultrapassar os limites teóricos e tornar viável o plano prático.

Ações estatais são em demasiado importantes para a consecução positiva das políticas públicas. Aperfeiçoamento dos padrões publicitários sobre planejamento familiar, distribuição gratuita de informativos sobre a sexualidade humana e melhoria da rede pública de saúde são algumas das principais medidas que devem ser adotadas em benefício da sociedade.

O planejamento familiar, como livre decisão do casal, não é conceito absoluto, defeso de qualquer interferência estatal. A divergência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável permite o pronunciamento e possível manifestação estatal no caso concreto, o que

amplia seu papel de não apenas propiciar meios educacionais e científicos para o exercício dos direitos inerentes a construção da família.

Ressalta-se, igualmente, ser imprescindível o preenchimento das lacunas normativas no ordenamento jurídico brasileiro acerca do planejamento familiar e, em especial, sobre as diversas técnicas de reprodução assistidas, que correspondem ao retrato contemporâneo da nova sociedade, sob a égide de um Estado de Direito.

O ordenamento jurídico precisa de balizas normativas para se ajustar ao perfil da sociedade moderna, com real compatibilidade com as novas biotecnologias desenvolvidas rapidamente pela ciência.

Não se admite mais a existência de norma de caráter meramente deontológico, que, não surte efeito, senão na seara moral. Desnuda de efeitos cogentes, as normas dos Conselhos de Medicina pouco influenciam na sociedade, o que proporciona práticas sociais em perfeita desconformidade princípios éticos.

Nesse mesmo aspecto, é inaceitável a postura pacífica da sociedade frente às práticas sem limites e sem amparo moral de diversas técnicas médicas. Necessária é a imposição de demarcações aos métodos biomédicos.

Este trabalho consagra a apresentação dos resultados obtidos, por meio da análise crítica sobre o tema, na pesquisa científica realizada através de um projeto “Mulher: Sujeito ou Objeto dos Mecanismos de Implementação do Direito Fundamental ao Planejamento Familiar?”, que se encontra em desenvolvimento.

Diante o exposto, reconhece-se a importância das técnicas de reprodução assistida e propõe-se a utilização adequada de tal prática médica, como forma de resguardar e propiciar a felicidade pela concretização do projeto parental. Acrescente-se a necessidade de compatibilizar o progresso científico com o ordenamento jurídico pátrio, ainda arcaico e desatualizado, frente à necessidade de tutela mais efetiva aos direitos e garantias da pessoa humana.

## **REFERÊNCIAS**

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. Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito- CONPEDI. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>>. Acesso em: 21 abr. 2011.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. O mercado humano. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: UnB, 1996.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental. Construção para o debate no Direito brasileiro. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iOQ8G1qapfMJ:www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm+países+que+proibem+maternidade+de+substituí+C3%A7%C3%A3o&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&source=www.google.com.br>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

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

COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno Tratado das Grandes Virtudes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERNANDES, Tycho Brahe. A Reprodução Assistida em Face da Bioética do Biodireito: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

IAGULLI, Paolo. Diritti Riproduttivi e Riproduzioni artificiale, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito, a ciência e as leis bioéticas *in* Biodireito, ciências da vida, os novos desafios, organizado por Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98 - 119.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. Introdução ao biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 6. ed., v. 3, São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.