

ALUGA-SE ÚTERO

A questão polêmica da maternidade de substituição

Fernanda Cardozo MIRANDOLA¹

Maria Luiza Maia RAVAIOLI²

RESUMO: Este artigo visa lançar luz acerca da questão da maternidade de substituição. Mostra até onde o ser humano pode chegar para atender seu desejo de ter filhos, os avanços da medicina na questão das procriações artificiais e as questões éticas, jurídicas e morais que permeiam esse assunto tão polêmico e que divide opiniões, além de mostrar a opinião do direito internacional sobre o referido tema e um caso real sobre o aluguel de útero que levanta a questão de quem é a verdadeira mãe nesses casos.

Palavras-chave: Barriga de aluguel. Mãe de substituição. Esterilidade. Contrato de locação de útero. Gestação de substituição.

1 INTRODUÇÃO

A questão da esterilidade ou da fecundidade é retratada pelo homem desde seus primórdios. Os filhos são a herança genética que o homem deixa na Terra. É o legado deixado pelo ser humano, algo que fará com que ele seja lembrado.

Com o passar dos anos, o ser humano amadurece e começa a busca por um parceiro. Quando o encontra, une-se a ele e começa então os planos de constituir uma família. Mas então surge uma questão inesperada. Um dos parceiros, ou ambos, são estéreis. Ficaria abandonado então o sonho de ter filhos e de constituir uma família?

Com os avanços da medicina a resposta atualmente é não. Depois de anos de pesquisa, tentativa e erro, os médicos e cientistas conquistaram uma evolução enorme e chegaram no processo conhecido por procriações artificiais, que consiste no fato de gerar um bebê artificialmente.

Seja pelo processo de fertilização “in vitro” ou unindo espermatozoides e óvulos dentro do útero da futura mãe, essa é a resposta para aqueles casais que apresentam dificuldades para ter filhos.

No entanto, essa solução não funciona para todos, pois existem mulheres que não são capazes de gerar crianças em seu próprio útero, seja por problemas genéticos ou problemas adquiridos ao longo da vida, gerados por procedimentos médicos, remédios, tratamentos ou qualquer outra coisa que a impeça de carregar um bebê em seu ventre.

Contudo, ainda existe uma opção para esses casais: o procedimento popularmente conhecido como “barriga de aluguel”.

Esse procedimento divide opiniões ao redor do mundo. Alguns países liberam totalmente a prática, alguns liberam se forem respeitados certos limites e alguns países a proíbem totalmente. Existem até mulheres em certos lugares que fazem uso da prática para incrementar a renda familiar.

Apesar de ajudar muitos casais que não conseguem ter filhos “sozinhos”, essa prática levanta uma questão polêmica: quem é a verdadeira mãe? Aquela que doou seu material genético ou aquela que carregou a criança por nove meses em seu ventre?

A resposta se torna difícil, quando a doadora do material genético, que na prática é a mãe biológica, está esperando e desejando ardentemente seu bebê, e a mulher que gera a criança acaba criando um vínculo afetivo com ela. Fica muito difícil exigir que ela seja separada do bebê que ela gestou.

Dessa maneira, é preciso analisar casos concretos, questões jurídicas e éticas para se chegar a uma veredito, mesmo que não seja possível entender de maneira nenhuma, mesmo com as mais profundas análises, o vínculo afetivo criado entre a mãe que gesta a criança e o futuro bebê.

2 A ESTERILIDADE E O DIREITO DE TER FILHOS

A história da humanidade sempre mostrou uma forte preocupação com a questão da fecundidade e sempre temeu a esterilidade. Já as primeiras manifestações de arte mostravam a mulher grávida, fecunda, apta para ter filhos e deixar o seu legado mais sólido quando partir desse mundo. Constituir a própria família faz parte da maioria das culturas (senão todas), e ser impossibilitado de realizar este desejo é um tema que assusta muitas pessoas pelo globo.

Desde o começo dos tempos, a esterilidade foi considerada como algo negativo. Ora era considerada maldição advinda da ira dos antepassados, ora influência das bruxas ou dos desígnios divinos. A mulher estéril não era querida na sociedade. Para os judeus, a incapacidade de ter filhos era considerada castigo de Deus.

Em oposição, a fecundidade era admirada. A chegada dos filhos era motivo de comemoração, sinônimo de fortuna, prazer, alegria, fartura e dádiva divina. A fecundidade estava relacionada ao bem, a esterilidade, ao mal.

Em Roma, a mulher era condenada por ser estéril e repudiada pelo marido. E antes do século XVI, era inadmissível pensar que o homem também poderia ser estéril, a culpa era apenas da mulher. Apenas no século XVII admitiu-se pela primeira vez a esterilidade masculina e surgiu então a noção de esterilidade conjugal. Abriam-se, então, novos horizontes acerca deste problema.

Em 1778, Heller inicia estudos primitivos sobre os gametas humanos, mas somente em 1875 e 1890, no final do século XIX, diversos cientistas concluem que a fertilização é constituída pela união de um espermatozoide com um óvulo.

Em 1912, Brackett conseguiu cultivar embriões de mamíferos. Em 1947, Chang realiza a primeira transferência de ovo fertilizado e congelado. Uma década mais tarde apresentava prova do sucesso da fertilização “in vitro” (FIV). Esse tipo de fertilização é uma técnica que é capaz de imitar de maneira artificial o ambiente da trompa de Falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente.

Em 1953, Smith consegue congelar embriões na fase de pré-implantação, mostrando que o resfriamento em baixas temperaturas não é incompatível com o desenvolvimento de ovos de mamíferos.

A década de 70 marca descobertas decisivas para garantir o sucesso das procriações artificiais e é no final desta década que o mundo assiste algo que nunca antes se imaginou ser possível: o nascimento dos chamados bebês de proveta.

O primeiro nasceu em 20 de julho de 1978 na Inglaterra. No mesmo ano, nasce o segundo bebê de proveta, na Índia e em 14 de janeiro de 1979 nasce o terceiro bebê, na Escócia.

A FIV passou a ser considerada um procedimento ético. Agora, os casais, mesmo que sejam estéreis, podem ter seus tão sonhados filhos, a partir das procriações artificiais.

Na década de 80 o nascimento de bebês de proveta deixou de ser algo extraordinário. Em 1984 a Sociedade Americana de Medicina apresentou um relatório sobre os aspectos éticos da FIV. As conclusões da comissão prepararam a “legitimação” de um procedimento até então encarado com desconfiança pelos mais conservadores.

3 O ALUGUEL DE ÚTERO

Existem casos em que não é possível implantar o embrião fecundado em laboratório no útero da futura mãe. Seja pela ausência do útero, pelo risco que a gravidez possa oferecer a saúde da mulher ou qualquer outro problema que torne a gravidez impossível. Acerca desses casos surgiu uma alternativa: a gestação de substituição.

Popularmente conhecida como barriga de aluguel, essa prática tem vários nomes: útero solidário, mãe de substituição, útero de aluguel, entre outros. No entanto, todos tem o mesmo significado: outra mulher vai carregar o filho de quem não pode gerar filhos em seu próprio ventre. Ao final da gestação, dará a criança ao casal que a “contratou”.

Essa prática sempre existiu e continuará existindo dentro da sociedade. É muito antiga, sendo até mesmo mencionada na Bíblia. Entretanto, nas épocas mais antigas, a mãe de substituição era a mãe biológica da criança. Hoje, com a técnica de fecundação “in vitro”, a mãe de substituição apenas empresta seu útero, não tendo nenhuma ligação biológica com o bebê.

As indicações para o empréstimo de útero são, sobretudo, médicas: infertilidade associada a uma ausência (congenita ou adquirida) de útero, ou a uma patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico ou contra indicações médicas a uma eventual gravidez: insuficiência renal severa, ou diabetes grave insulínica. Qualquer que seja o motivo, a consequência é grave e dolorosa para uma mulher com o sonho de ser mãe: absoluta impossibilidade de ter uma gravidez.

Os primeiros casos de empréstimo de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos. Em 1988 se tornou conhecida no meio social americano a existência de uma associação de mães de substituição.

Na Austrália, as mulheres que recorreram a esse tratamento apresentavam uma patologia uterina. A coleta de óvulos foi feita por punção transvaginal ecoguiada. Os embriões foram implantados na mãe de substituição durante o ciclo natural ou induzido.

O primeiro caso apresentado por J.L. Yovich (na Austrália) faz referência a uma mulher jovem de 26 anos que apresentava a síndrome de Rokistanky-Kuster-Hauser, cuja irmã, que já tinha três filhos, desejava uma esterilização. Cinco embriões foram implantados na irmã que deu a luz a trigêmeos com 34 semanas de gestação. Os bebês foram adotados pelo casal doador biológico.

O segundo caso relatado pela literatura médica é o de uma mulher de 32 anos que havia passado por uma histerotomia (ablação do útero). Depois da indução da ovulação e punção dos óvulos, 4 embriões foram implantados em sua irmã, ao nível das trompas. Os gêmeos nasceram em abril de 1989.

O empréstimo de útero comporta duas hipóteses diferentes: a mãe portadora, que apenas empresta seu útero. É uma mulher fértil, no útero da qual reimplanta-se os embriões obtidos através da fecundação "in vitro", a partir de óvulos e espermatozoides do casal solicitante. Esta mãe é somente portadora da criança. E a mãe de substituição, que além de emprestar o útero, também disponibiliza seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode gerar uma criança. Esta criança é geneticamente sua, mas após o parto, a dará ao casal. Neste caso a mãe é, ao mesmo tempo, genitora e gestante.

A nível jurídico, essa diferença exige tratamentos diversos e origina soluções distintas.

No nível ético, a entrega do bebê após o parto é um momento muito difícil de ser vivido pela mãe de substituição. A gravidez é encarada pela maioria das mulheres como um momento mágico, de extrema alegria. Imagine-se então as sensações vividas pela mãe de substituição durante todo o período da gravidez sabendo que, após o parto, terá de enfrentar o difícil momento de entregar uma criança que, biologicamente, lhe pertence.

Pode ocorrer que a mãe de aluguel ou de substituição seja “contratada” não por razões comerciais, mas por razões afetivas, dentro da própria família. É o fato da mulher que empresta seu ventre para gestar o bebê que será de sua irmã, ou de sua prima, por exemplo. É, igualmente, o caso da avó (que ocorreu na África do Sul em 1987 e, recentemente, nos Estados Unidos) carregando o filho de sua filha.

No Brasil, essa questão está prevista no art. 1º da seção VII (sobre a gestação de substituição – doação temporária de útero) da Res. número 1358/92 que assim demonstrou sobre o tema: “As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.”

3.1 O Caso “Baby M”

Foi nos Estados Unidos, sucedido em 1988, com o famoso caso do “Baby M”, que a atenção da opinião pública foi, pela primeira vez, despertada acerca do problema da maternidade de substituição. O caso é famoso: um casal de cientistas assinou um contrato com uma mulher (que era casada) para que a mesma carregasse seu bebê, mas após o parto, a mãe de substituição se negou a entregar a criança.

A senhora Stern, que tinha a possibilidade de ter filhos (não era estéril), mas que já apresentava 40 anos, e com a saúde em estado crítico, assinara um contrato com a senhora Whitehead, esta segunda casada com um enfermeiro, e já mãe de duas crianças, nos termos do qual, a última carregaria a criança gerada com o espermatozóide do senhor Stern. A quantia que a senhora Whitehead receberia foi fixada em 10.000 dólares, que foi aumentada em 2.000 dólares para despesas múltiplas.

Quando do nascimento da criança, por uma das diversas razões que natureza humana não consegue explicar, e que tem tudo a ver com a sensibilidade e o instinto maternal, a senhora Whitehead expressou o desejo de permanecer com o recém-nascido. Conferida a guarda, contudo, ao casal Stern, a criança foi removida à força por Whitehead que, entretanto, foi forçada a devolver a criança, no final de três meses, com o direito de visitá-la dois dias por semana. Os Stern intentaram uma ação para assegurar a autoridade paterna.

Sendo o caso levado a julgamento, o juiz deu ganho de causa ao casal Stern, delegando-lhes a autoridade paterna, a guarda (negando o direito de visita à

senhora Whitehead), a escolha do prenome do bebê, aprovando a adoção da criança pela senhora Stern.

Toda a sustentação da sentença do juiz Sorkow se estruturou em torno de dois argumentos simples: o primeiro se fundamentava sobre a admissão – totalmente válida na opinião do juiz – da validade do contrato de “aluguel de útero” estabelecido entre as mulheres; o segundo levava em conta o melhor interesse da criança, pensando que ela seria educada em um meio mais abastado e mais influente.

Se formos considerar, conforme as estatísticas estadunidenses mais atuais, que mais de 15% dos casais americanos não podem ter filhos (são estéreis), a questão ganha uma notável importância e surge a necessidade de se impor uma lei.

A resposta oficial para inúmeras questões que surgiram após a repercussão desse caso foi dada pela American Society Fertility (Sociedade Americana de Fertilidade) que, em nome de 10.000 médicos não reprovou a prática das mães de substituição (posição esta diretamente oposta ao Comitê Nacional de Ética francês que não aprova a apelação às mães de substituição), mas delimitou tal prática a situações realmente especiais, não aceitando que tal procedimento se muna de qualquer caráter econômico. Além disso, a sociedade americana exigiu que fosse feita uma produção legislativa que, de uma vez por todas, elucidasse os direitos de todos os envolvidos.

Vale recordar que o posicionamento do tribunal americano (de New Jersey) nunca foi seguido na mesma vertente pelos tribunais europeus.

Uma situação bem parecida ocorreu na Alemanha, mas o juiz alemão solucionou o litígio em sentido diretamente contrário ao posicionamento do juiz americano (abril de 1985). Na Inglaterra, em janeiro de 1985, um tribunal começou a entregar uma criança (a qual um casal solicitante americano disputava com a mãe de substituição inglesa) a uma creche pública. Depois, no interesse da criança, o Tribunal decidiu entregar o bebê aos pais americanos, que tiveram o direito de adotá-lo definitivamente.

4 A QUESTÃO NO DIREITO COMPARADO E NO BRASILEIRO

No direito estrangeiro, normalmente, é costume encontrarmos três orientações acerca desse tema: aqueles que proíbem totalmente esta prática; aqueles que a admitem totalmente; e aqueles que admitem apenas os casos em que a “barriga de aluguel” é gratuita e observadas algumas condições.

A Resolução de 16 de março de 1989 do Parlamento Europeu posicionou-se totalmente contra as fecundações in vitro e in vivo heterólogas, declarando “benéfico para a riança que exista concomitância entre a paternidade biológica, afetiva e legal. Assim, tais fecundações não seriam desejáveis”, concluindo que “toda forma de maternidade de substituição deve ser rejeitada”.

Seguindo nesse sentido, França, Portugal, Espanha e Itália proibiram definitivamente a contratação das mães de substituição, de maneira gratuita ou onerosa.

De acordo com o artigo 16-7 do Código Civil Francês, com a redação da Lei 94.653 de julho de 1994, considera-se nula todo acordo envolvendo a maternidade de substituição. Convocada a decidir, a Corte de Renes, em decisão com data de 6 de janeiro de 1995, afirmou a ilegalidade da contratação: “Convention illicite mère pourteuse: intérêt de l’enfant de rester auprès de la mère apparente et non des a mère biologique qu’il considere as marraine.”

Em Portugal, a Lei 32 de julho de 2006 também considera ilegítimos os negócios jurídicos que tratam da “barriga de aluguel”, punindo-os com reclusão de até dois anos, para aqueles que optarem pela maternidade onerosa.

José Oliveira Ascensão dirige intensa crítica à lei, afirmando que reação semelhante:

É extrema e percebe-se o intento: pretende-se desanimar o negócio, determinando que terá sempre o efeito contrário ao pretendido. A gestante será considerada a mãe. Mas a solução é gravemente errada. A maternidade não pode ser atribuída a título de sanção. O interesse prioritário é o do novo ser e este é de todo menosprezado com semelhante vínculo jurídico de filiação.

A sanção de proibição também está presente no texto da lei espanhola nº 35, de 28 de julho de 2008.

Reino Unido, Canadá e Grécia adotaram uma posição intermediária.

O Reino Unido proíbe a maternidade de substituição de maneira onerosa, mas a admite de maneira gratuita, desde que a autorização da gestante se aperfeiçoe seis semanas após o parto. Grécia e Canadá adotaram posições semelhantes, submetendo a contratação à modalidade gratuita e à autorização qualificada que, no Canadá, pode ser aperfeiçoada somente após os vinte e um anos de idade da mãe de substituição e, na Grécia, por meio de autorização judicial.

Existem lugares que adotam uma posição mais liberal, admitindo a contratação de mães de substituição de maneira gratuita e também onerosa, como por exemplo, os estados americanos de Arkansas e Nevada. Nos Estados Unidos, a oferta de mães de aluguel cresceu principalmente após a invasão do Iraque, em 2003. Só em 2007, foram feitas 1000 fertilizações envolvendo a maternidade de substituição. Em 2006, esse número foi de 260. As mulheres dos militares que estavam em missão no Iraque encontraram na gestação de substituição uma maneira de incrementar o orçamento familiar enquanto o marido estava na guerra. Entre as americanas, o valor da barriga de aluguel fica em torno de 25000 dólares.

Na Índia, a liberdade de contratação das mães de aluguel é ampla, permitindo, inclusive, o estabelecimento de deveres anexos de conduta para a gestante, como por exemplo, permanecer durante toda a gestação em alojamentos ligados à clínica, onde seguem uma rotina cheia de critérios até o parto e entrega do bebê aos pais, titulares do projeto parental. Desde 2002, quando tal prática se tornou legal no país, as indianas são muito procuradas por casais estrangeiros. O motivo é o preço baixo que elas cobram par alugar sua barriga: 7000 dólares em média. O negócio ganhou tal proporção que se fala, inclusive, em “turismo da medicina reprodutiva”.

O Brasil não proíbe, mas também não admite expressamente negócios jurídicos envolvendo a gestação de substituição.

Algumas das únicas normas com expressas referências à maternidade de substituição, consistem nas resoluções nº 1358 de 17 de janeiro de 1992, e 1957 de 15 de dezembro de 2010 do Conselho Federal de Medicina, e permitem a caráter excepcional, se forem observadas algumas condicionantes: I) comprovada a impossibilidade física ou contraindicação de procriação pela via natural; II) consentimento informado da gestante a respeito dos aspectos médicos, éticos e jurídicos da contratação; III) implante entre parentes colaterais de até segundo grau;

maior o grau de parentesco, o caso deverá ser submetido à apreciação do Conselho Regional de Medicina; IV) propósito altruísta, vedada textualmente a onerosidade.

Estas Resoluções, porém, têm natureza meramente deontológicas, destituídas de força vinculante, apresentando-se apenas como diretrizes. A lacuna legal faz com que o operador do direito tenha que voltar seus olhos para o sistema legal em busca de fundamentos jurídicos para a contratação de mães de substituição, encontrando-os na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na própria Constituição Federal e na Lei 9.263/96, ainda que indiretamente.

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem, no artigo XVI, 1, assegura explicitamente o direito de qualquer ser humano formar uma família, onde está implícito o direito de procriar.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, § 7º, 24, assegurou o planejamento familiar como uma decisão que diz respeito apenas ao casal e, com o propósito de dar efetividade a essa autodeterminação do casal, impôs ao Estado o dever de garantir os recursos educacionais e científicos para a realização do projeto parental do casal, seja para evitar procriar, ou para ter filhos, afinal, “é inaceitável garantir a instituição, sem garantir suas formas de criação ou a geração de seus membros”.

Regulamentado o referido dispositivo constitucional, a Lei 9.263/96, no artigo 9º, reforça a ideia de que procriar é um direito subjetivo, estabelecendo que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

Autorizar a gestação de substituição é materializar essa alternativa de que fala a Lei 9.263/96; é dar efetividade a autodeterminação quanto ao planejamento familiar previsto no § 7º, do artigo 226 da Constituição de 1988.

Assim é que, se certo projeto parental está vinculado à existência de filhos e se o caminho para tê-los passa pela gestação de substituição, não encontramos impedimento, que os interessados a ela recorram, instrumentalizando suas vontades em contrato válido e eficaz.

5 QUESTÕES ÉTICAS, JURÍDICAS E MORAIS

As evoluções médicas-científicas possibilitaram que o embrião possa ser transferido para o útero da mãe de substituição e aí passar por uma gestação comum, graças ao domínio do conhecimento dos mecanismos dos hormônios. Porém, como lembrou o Comitê Consultivo Nacional de Ética para as ciências da vida e da saúde (França), essas conquistas ainda não foram capazes de atingir o âmago da relação de interdependência que nasce entre a criança e a mãe de substituição durante a gestação.

A mãe de substituição – que pode ter recebido o esperma de um doador anônimo ou ter aceitado o embrião originário de uma fecundação “in vitro” – concorda em carregar até o parto uma criança que estava destinada, desde sua concepção, a outros pais, que seja o homem o pai biológico da criança ou de qualquer outra pessoa.

O método cria um problema ético desde sua origem: a reprodução fica completamente desvinculada da gestação e do nascimento. Efetuada, de comum acordo, pelo casal, levada a termo pela junção do embrião e desta mulher, a reprodução pode deixar de ser decidida em conjunto e ao mesmo tempo pelo marido e pela mulher. Ela pode ser decidida, mas prorrogada no tempo. Os pais biológicos podem não ter nenhuma obrigação com o bebê que vai nascer; a mãe pode delimitar sua responsabilidade à gestação; os bebês podem nascer com um só pai e, ainda, podem nascer muito tempo depois da morte de seu pai.

Parentesco genético, parentesco de gestação, parentesco de educação e a afeição são algumas das alternativas advindas do procedimento, ao arrepio de qualquer previsão jurídica. Essas possibilidades ultrapassam amplamente o domínio da fecundidade, que é substancialmente empregada a limitar os nascimentos. Elas mostram o desejo do ser humano de dominar completamente a procriação, ocasionando nascimentos que não ocorreriam, no ambiente e nos momentos em que foram produzidos.

O recurso às técnicas da luta contra a esterilidade refere-se a um profundo e perseverante desejo do casal que não pode ter filhos, desejo este que é mantido pela evolução extraordinária da ciência e nutrido pelas descobertas e interesse dos médicos motivados pelas novas possibilidades e novos progressos que surgem sem interrupção. A mãe de substituição aparece como o recurso

derradeiro, quando todos os demais fracassaram e como a solução mais rápida e menos embaraçosa ao casal que procura um remédio.

Mas sob esse exterior justificador de qualquer sacrifício está sempre latente a questão do maior interesse da criança, cujo nascimento foi provocado e cuja questão ética continua sendo a de saber até que ponto é genuína a vontade dos pais em programá-las recorrendo a um processo que conduz, ao mesmo tempo, ao nascimento e a sua separação da mãe natural.

A programação a princípio de uma dissolução imposta da maternidade biológica e sócio-afetiva coloca em debate tanto o interesse da criança, quanto da mãe. Nesse sentido, declara Wilken (p. 62):

A circunstância mais complexa é a ligação emocional que frequentemente se estabelece entre a mãe emprestada e o filho cuja gestação ela levou a termo. A ética profissional e familiar pergunta: quem tem o direito possessivo maior, a mãe genética ou a mãe corporal? Tudo isto deixa dúvida quanto à licitude de tal processo que na prática já foi realizado várias vezes a contento.

A criança que virá a nascer, até hoje não representada na discussão, deve ser considerada desde o princípio de qualquer análise. Tudo indica, segundo o Comitê Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé “que os problemas éticos nascem justamente do fato que, reivindicando um direito à criança ou à livre disposição do seu corpo, as pessoas em jogo devem compor com o interesse desta futura criança.”

Numa ótica altamente ética, todas as maneiras de solução dessa questão nos levam a propostas que evidenciem, de forma prioritária, o interesse da criança. Até o momento não foi possível determinar com exatidão – por falta de dados estatísticos – quais os efeitos reais sobre a psique da criança do rompimento completo com a mãe que lhe gerou e a transferência, igualmente abrupta, para a mãe que lhe deseja tão ardentemente, mas que, certamente, não a gerou, não a carregou, nem alimentou ou estabeleceu contatos de ordem psico-afetiva. Encontram-se aí, então, terrenos sombrios, sobre os quais nem os avanços da ciência médica, nem as pesquisas psicológicas conseguiram lançar luz suficiente que fosse capaz de esclarecer estes mistérios.

Como destacou o Relatório apresentado ao Primeiro Ministro, na França, no momento atual, é completa a ignorância sobre as repercussões que poderiam haver sobre o bebê, a revelação das condições de sua gestação, mesmo

se esta, inspirada generosidade, dirige mais à adoção do que ao abandono. A experiência adquirida na questão da adoção releva que, para a criança, seu abandono material é sempre vivenciado como uma ferida grave. Assim, nada nos permite afirmar que, nas gravidezes de substituição o interesse da criança esteja satisfeito.

É sobre a criança, somente sobre ela, que continua sendo difícil determinar, com alguma margem de segurança, os efeitos negativos que o procedimento possa causar. As pesquisas médicas e psicológicas tendem, atualmente, a demonstrar a intensidade dos intercâmbios mãe/filho que não se reduzem puramente ao desenvolvimento da criança.

O papel do pai é inquestionável durante a gravidez nos dias de hoje; na prática, o pai está cada vez mais ligado à gravidez. No entanto, no caso da gravidez de substituição, dificilmente o pai genitor poderá executar esse papel. A dissolução também produzira este afastamento em nível afetivo.

Esse tipo de dado não pode ser desconsiderado, pois se for feito, poderá não se estar respeitando o interesse maior da futura criança.

Os perigos existentes não afetam somente a criança, mas podem atingir também os pais, que podem se sujeitar a chantagens ou pressões da mãe de substituição. Além disso tudo, o período de gestação por uma terceira é um período marcado por muita angústia que pode levar o casal solicitante à negação do anonimato para compartilhar a gravidez, com todas as consequências que podem decorrer daí e que, na hora atual, são difíceis de prever os aspectos positivos ou negativos.

.Desde a concepção, durante a gravidez e mesmo depois do nascimento, as dúvidas em torno do procedimento são inúmeras e a ética só pode se questionar sobre a autenticidade de um recurso do qual ainda não se tem conhecimento dos resultados.

Fora a complexidade e os riscos caudados pelo número de inseminações (nem sempre funciona com uma única tentativa) ainda se coloca com relevância questão da castidade da mãe de substituição. Se esta mulher é casada, ou mantém relações sexuais com outro homem, ninguém pode garantir que a criança foi concebida pela inseminação, nem, por consequência, é possível garantir a paternidade genética. O recurso exigiria garantias impossíveis sobre a castidade

da mulher até ficar grávida, evitando assim conflitos difíceis de paternidade que eventualmente poderão surgir.

Durante a gravidez, a mãe de substituição se torna extremamente vulnerável: aos ricos obstetrícios inerentes a qualquer gravidez acrescem os riscos psicológicos para a mãe que, desde o princípio, deverá lidar com a difícil ideia de que a criança que ela carregou não será sua ao término da gravidez. Este rompimento vivenciado, do somático e do psíquico, é altamente perturbador e quase impossível de assimilar. No nível clínico este conflito pode provocar múltiplas atitudes; ou um aborto provocado, ou um grande desejo de conservar o bebê, ou fazer chantagens com o casal solicitante, ou mesmo – situação mais rara, porém não impossível – tentar “conquistar” o casal solicitante com o intuito de “dominá-lo” após o nascimento da criança. O caso “Baby M”, sob alguns aspectos, se encaixa perfeitamente nesta última hipótese.

Depois do parto é válido invocar as dificuldades psicológicas que a mãe de substituição suportará a medida que se aproximar a hora de entregar a criança que ela gerou durante nove meses. Mas não é só isso; no estágio atual do direito, ninguém poderá obrigá-la a dar à luz sem a revelação de sua identidade. A mãe, sendo capaz de gerar uma criança, é igualmente capaz de manter esta criança. Logo, o casal solicitante não tem nenhuma garantia ou segurança sobre a realização do seu projeto; ou seja, não existe cláusula contratual que tire o direito da mãe que gerou a criança de mantê-la consigo. Pode até mesmo acontecer (porque até então se pensou sobre hipóteses positivas, de uma criança normal) que esta criança seja recusada por todas por ser portadora de uma anomalia ou malformação.

A separação entre a mãe de substituição e a criança só poderia ser exigida mediante contrato. Porém, resta saber se um contrato dessa natureza é lícito frente ao estado atual do direito positivo.

Da mesma maneira, fica difícil assegurar o anonimato ou o segredo em caso de inseminação artificial. A organização do procedimento, se a premissa for a autenticidade de sua admissão, gera outra questão ainda não solucionada: o anonimato é possível? Ele é desejável?

Pierre Murat, professor do Centro de Direito de Família, da Université Jean Moulin (Lyon), apreciando o conteúdo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989,

cama a atenção para a valorização da qualidade de sujeito de direito conferida à criança pela Convenção.

Referindo-se ao artigo 7º da convenção, Murat entende que aquele dispositivo pode ser interpretado como estabelecedor de um “direito de conhecer suas origens” e se pergunta: existe realmente para a criança um direito de ter acesso a identidade de seus pais biológicos? O sistema francês, marcado pela prática dos CECOS optou por doadores anônimos: a escolha destes Centros repousa sobre o fato que a doação de gametas é um gesto de altruísmo, não como uma vontade de paternidade, da parte do doador, e sobre a ideia que o bebê a nascer encontre no casal seu verdadeiro pai, mesmos se esta relação não for sustentada por nenhum laço biológico. Na França, a prática do anonimato – que não é prevista em nenhum texto jurídico – é garantida pelo consentimento tácito da grande maioria dos especialistas na matéria e pela opinião pública.

Murat é contrário a consagração legislativa da regra e considera “inoportuno aferrolhar prematuramente uma questão sobre a qual as opiniões poderiam evoluir nos próximos anos”. Ainda concluiu Murat (p. 387-400) com base nas indicações dadas pela Convenção Internacional:

Mesmo se ela não parece conduzir à criação de um verdadeiro direito ao conhecimento de suas origens que desmentem, atualmente, diversas posições da nossa legislação, a impulsão dada pela Convenção sobre os direitos da criança é talvez de natureza a fazer evoluir as mentalidades e alterar a prática.

Quanto a esconder da criança sobre a intervenção de um terceiro na sua concepção, as opiniões se dividem. Diz Rubellin-Devichi (p.105):

Na nossa concepção latina do papel dos pais, acreditamos que estes últimos, são os únicos juízes daquilo que eles devem revelar. Mas é necessário que eles estejam bem seguros deles próprios e que o meio familiar não esteja ao corrente (da procriação artificial). Uma revelação intempestiva, durante uma desavença entre os pais, poderia produzir repercussões consideráveis sobre a criança. Os psicólogos que trabalham junto ao CECOS aconselham cada vez mais a não esconder a verdade da criança e de lhe revelar progressivamente, respondendo tão somente às questões por ela colocadas, quando compreender como um genitor biológico interviu no seu nascimento (neste momento, a criança) terá suficiente amor por seu pai social ara não atribuir demais importância à personalidade do doador de gametas.

Assim como a questão sobre o segredo e sobre o anonimato ainda não unificaram as posições doutrinárias, da mesma maneira, a questão do pagamento continua gerando uma série de perguntas e cisões entre os que se debruçam sobre

o problema. A mãe de substituição deve passar os nove meses de gravidez e mesmo que se elimine a possibilidade de pagamento (temendo, talvez, comercializar uma relação que é naturalmente contrária a todo tipo de valoração monetária) a questão de sua manutenção – que influencia o bom desenvolvimento da criança – continua existindo.

Para ligar, depois separar as partes, para garantir a responsabilidade de cada um durante os nove meses, é preciso o papel de um intermediário. Este intermediário seria um juiz? Ou um terceiro? Ou um árbitro escolhido de comum acordo? Independente da escola, este intermediário pode criar riscos para as mães (natural e de substituição) que poderiam ser exploradas, ou aos candidatos a pais, que poderiam não reconhecer o bebê em gestação, ou que poderiam ser envolvidos em situações (pessoais ou jurídicas) deploráveis.

Por estas e outras razões de cunho jurídico, as maternidades de substituição tem sido encaradas com muita restrição (as vezes proibição) por legislações de outros países. A maioria dos países condena penalmente os intermediários e os anunciadores que tornam favorável – claramente como objetivo comercial – a conclusão de contratos de mães de aluguel. Existem lugares que consideram essa prática ilícita, pois ela viola as regras de adoção e considera a criança um objeto de transação comercial.

Na França o Comitê Consultivo Nacional de Ética considerou a prática ilícita, mas o direito ainda não se posicionou definitivamente e a jurisprudência permanece hesitante.

Uma análise sobre o direito comprado relava um dado inegável: na sua grande maioria, a opinião pública é hostil ao procedimento. As críticas são direcionadas principalmente à introdução de um terceiro no processo de procriação. Terceira pessoa que, não tendo nenhuma competência profissional ou científica interfere no nascimento de um ser humano. A relação de afeto entre as suas pessoas fica atingida pela participação deste terceiro.

A crítica a esta intrusão é mais intensa nesse caso do que na inseminação heteróloga, pois a contribuição da mãe de substituição é mais vigorosa, mais íntima e pessoal, que aquela de quem doou o esperma.

O grande julgamento endereçado ao procedimento continua sendo a questão comercial do “aluguel de útero”. Não parece conciliável com a dignidade da pessoa humana que uma mulher use seu útero para obter lucro e, muito menos, que

seja usada como incubadora de outra mulher. Como mostro o Relatório Warnock, a crítica é ainda maior quando a mulher faz um acordo no sentido de conceber a criança com o único propósito de dá-la ao casal contratante após o parto.

A maternidade de substituição demonstra um conjunto de ambiguidades que tornam difícil o reconhecimento da legitimidade e da organização do procedimento. As dificuldades são de diversas ordens, mas não são suficientes para a extinção da prática, especialmente aos casais estéreis, cuja única possibilidade de ter um filho com um laço biológico com um deles, ou mesmo com os dois, continua sendo a opção da maternidade de substituição.

A prática continua sendo a única maneira para o marido de uma mulher estéril ter um filho.

Assim a Seção VII da Resolução 1.358/92, em sua introdução, previu que “As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada com gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética”.

O importante para circundar as objeções morais e sociais é estabelecer um rígido controle do processo acompanhado por uma série de princípios éticos que resguardariam os excessos até então contatados.

Dessa maneira, a proibição de qualquer remuneração, por exemplo, garantiria à prática a característica de um ato de solidariedade deliberada e refletida por parte de uma mulher em relação à outra, sem que o procedimento fosse algo que deprecia e mercantiliza a maternidade. A respeito disso, é preciso lembrar que, se o acordo é voluntário e o pagamento do casal solicitante é feito de maneira a manter a mãe de substituição, garantindo sua sobrevivência digna e a melhor condição física para levar a um bom termo a gravidez, fica excluída a possibilidade de exploração da mulher, ou do casal, em relação à mãe de substituição.

Relativo à questão da intrusão de um terceiro, se visualizarmos a relação do casal com a mãe de substituição, é válido afirmar que a citada intrusão não pode ser assim vivenciada pelo casal contratante, na medida em que o pedido é feito de comum acordo, por livre e espontânea vontade, e originado de um ato devidamente avaliado, considerado e desejado. O que pode se revelar como absolutamente intolerável e, pois, como uma absurda intrusão, pode não o ser na ótica do casal estéril que pretende ter um filho. O aspecto subjetivo representa um

papel decisivo que não pode ser generalizado, podendo gerar conclusões antecipadas.

Resta, então, uma questão contrária ao procedimento, que é difícil ser contestada. É o que diz respeito aos laços “in útero”, que nascem entre a mãe e a criança. A determinação desses laços ainda foi pouco estudada, mas os psiquiatras e psicólogos são unânimes em considerar que eles existem. Falta ainda determinar a intensidade dos vínculos e os efeitos danosos de um rompimento doloroso entre a mãe geradora e a mãe natural que, apenas aguarda o nascimento do bebê para estabelecer de maneira concreta sua maternidade.

Aos Comitês de Ética, juntamente com o trabalho de um legislador cauteloso, caberá estabelecer referências seguras que garantam sempre o melhor interesse da criança, atualmente, ainda em permanente expectativa. Estes comitês são instâncias de regulamentação, o que os distingue dos colóquios, institutos ou conferências, onde a ética é objeto de debate e ensinamentos.

Não foram estes comitês que já se posicionaram afirmando que o recurso a esta prática com o único fim de conveniência particular é inadmissível? Ou seja, quando uma mulher é fisicamente capaz de gerar uma criança, mas não quer se submeter à gravidez, o recurso à maternidade de substituição é totalmente inaceitável do ponto de vista ético.

Tal atitude corresponderia a tratar o semelhante como meio para atingir seus próprios objetivos, o que é totalmente rejeitável pela moral. Esta maneira de agir caracteriza a exploração tão criticada.

O Relatório Warnock (p. 60) conclui que o direito penal deveria representar um papel no controle da prática das gravidezes de substituição:

Recomendamos o desencadear de uma legislação que torne passível de sanções penais a criação ou a atividade no Reino Unido de agências cujo objetivo compreenda o recrutamento de mulheres, com vistas a uma gravidez de substituição ou de casais que desejam utilizar os serviços de uma mãe de substituição; esta legislação deveria ser bastante ampla para abranger tanto os organismos com fim lucrativo, como os de fim não lucrativo. Recomendamos, ainda, que esta legislação seja suficientemente ampla para tornar passíveis de sanções penais os atos dos membros das profissões liberais e de outras pessoas que ajudam. Como todo conhecimento de causa, a provocar uma gravidez de substituição.

Enquanto o direito se omitir, a maioria desses acordos, senão todos eles, serão concluídos a título privado. Atualmente, os termos desses acordos não são executáveis em direito. A posição de princípio deveria ser claramente expressa

na lei. Resta a legislação duas opções: rejeitar pura e totalmente a validade dos contratos, considerando-os ilegais e, por consequência, não executáveis pelos tribunais; ou admiti-los, conferindo-lhes efeitos perfeitamente delimitados.

No estágio atual, o processo não oferece nenhuma segurança jurídica e a questão continua sendo a de saber se convém criar esta segurança, através de uma verdadeira organização do fato.

6 CONCLUSÃO

Mesmo após toda a pesquisa e leitura realizada para a elaboração deste artigo, ainda se mostra difícil, na verdade quase impossível, responder a grande questão que ronda este tema: quem é a verdadeira mãe?

Normalmente essa pergunta é respondida usando a paixão. O indivíduo toma o lado com o qual mais se identifica e condena o outro. Mas essa questão não pode ser respondida dessa maneira. É preciso levar em consideração, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana, tanto da mãe doadora de material genético quanto da mãe gestante. Ambas se encontram em situação bastante delicada. A primeira por precisar de uma terceira pessoa para realizar o sonho de ser mãe, e a segunda por criara laços profundos e difíceis de serem entendidos com um ser que ficou tão próximo dela durante toda a gestação.

Dessa maneira, já que esta questão é de difícil solução, deveria criar-se políticas públicas e legislações específicas que cuidem desses casos. No Brasil, não existe uma legislação ampla para abranger todas as questões que estão envolvidas nessa prática. É tudo muito vago e indefinido. Se a legislação for melhorada nesse sentido, conflitos futuros serão evitados, além de constrangimentos que possam surgir tanto para o casal solicitante quanto para a mãe de substituição.

Para evitar problemas, o mais recomendável é que esse procedimento seja realizado com alguém da própria família, de preferência um parente que já tenha filhos, e que esteja disposto a disponibilizar seu útero como um ato de amor e solidariedade.

Existe também uma opção para quem deseja ter filhos e não deseja passar por problemas futuros. A adoção. É um ato de amor com alguém que não

tem uma família e deseja ardentemente ser amado tanto quanto o casal estéril deseja ter um filho.

Mesmo que não sejam laços genéticos que unam pais e filhos, o amor os une de maneiras inexplicáveis, nascendo daí uma verdadeira família, não importando se existem laços biológicos ou não.

Para finalizar, o que deve ser levado em conta sempre é o melhor interesse da futura criança. Deve se analisar o que é ou será melhor pra ela, qual família é mais estruturada e poderá proporcionar uma vida melhor. Assim o protagonista dessa história terá uma vida digna e feliz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei; AUGUSTO, Isabel Regina. O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. 2. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2001. 252p.

CARVALHO, Rogério J. Britto de. Inseminação artificial - Reprodução assistida - Aspectos polêmicos e legislação constitucional e infraconstitucional. Revista Síntese : direito de família, v. 15, n. 86, p. 130-140, out./nov. 2014.

CHAVES, Antônio. Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 389 p. ISBN 85-203-1213-6

FREDIANI, Yone. Patrimônio genético. Revista de Direito Privado, v. 1, n. 2, p. 128-145, abr./jun. 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 480 p. ISBN 85-203-1276-4

LIMA NETO, Francisco Vieira. A Maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. Biodireito : ciência da vida, os novos desafios.. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 120-149.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. Veja, v. 41, n. 18, p. 140-143, 7 maio 2008.

MENDES, Sérgio da Silva. Acerca da questão: quem é a mãe?/ About the question: who is the mother? Revista forense, v. 109, n. 417, p. 585-592, jan./jun. 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. Adotar o próprio filho? Consulex : revista jurídica, v. 18, n. 426, p. 45-47, out. 2014.

SCARPARO, Monica Sartori. Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 189 p.