

**MATERNIDADE SUBSTITUTIVA:
A INCRIMINAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ÚTERO¹**

JOANNA CAMARGO PEDROSO²

RESUMO: O presente trabalho tem como tema central a técnica de reprodução humana medicamente assistida chamada de maternidade substitutiva. Essa prática consiste, basicamente, na doação temporária do útero de uma mulher em favor da concretização do projeto parental idealizado por outrem. No Brasil, a matéria é regulamentada tão somente pela Resolução n 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que, por ser uma norma deontológica, não possui força de lei. Não obstante, a omissão legislativa acaba gerando discussões como a questão da comercialização de útero e a possibilidade de sua incriminação. Diante desse contexto, revela-se pertinente um estudo acerca de seu tratamento no ordenamento jurídico pátrio, das propostas trazidas pelo Direito Comparado, bem como das tendências legislativas demonstradas no Projeto de Lei que atualmente tramita no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Maternidade Substitutiva. Comercialização de Útero. Direito Penal. Política Criminal. Normatização.

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços da ciência e, conseqüentemente, os progressos das técnicas de reprodução humana, surgem inúmeros questionamentos, sobretudo no campo jurídico. Esses novos métodos buscam proporcionar àqueles casais que por alguma deficiência biológica ou psicológica encontram-se incapacitados de se reproduzir, contudo, trazem consigo muitas perguntas e indagações que até hoje o direito não conseguiu responder. E por ser cada vez mais frequente, essa prática é contestada, pois não se sabe, antecipadamente, quais suas conseqüências.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, pelo Prof. Dr. Fábio Roberto D'Avila, e pelo Prof. Me. Alexandre Lima Wunderlich, em 25 de junho de 2013.

² Acadêmica da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Contato: joanna.cp@hotmail.com

Veremos que dentre as técnicas de reprodução humana assistida, surge uma modalidade especial de gestação que dissocia a gravidez e a maternidade, a chamada maternidade substitutiva. Em síntese, trata-se de um procedimento onde uma mulher se predispõe a gestar o filho de outrem, entregando a este, no final do processo, a criança desejada.

Para tanto, abordaremos no primeiro capítulo a questão do desejo inato do ser humano de ter filhos em face da esterilidade que acomete inúmeros casais desde os mais remotos tempos. Conceituaremos as principais técnicas de reprodução assistida que visam solucionar esse problema da incapacidade de reprodução. Por conseguinte, destacaremos os aspectos gerais da maternidade substitutiva, um dos mais problemáticos temas da atualidade, considerando a importância dos problemas éticos, sociológicos, psicológicos, jurídicos e até mesmo financeiros, que ela provoca.

No segundo capítulo será estudada a questão da comercialização de útero decorrente dessa técnica de reprodução artificial. Tal prática, comumente chamada de “barriga de aluguel” é um ponto delicado que exige bastante cautela, pois coloca em jogo a dignidade da pessoa humana. Por essa razão, iremos analisar a necessidade da incriminação dessa conduta a fim de proteger os mais elevados valores da humanidade. Para isso, estudaremos os critérios legitimadores da intervenção penal, enfrentando os aspectos que envolvem a política criminal e o que se entende por bem jurídico penal. Também, neste capítulo, visando à proteção de bens jurídico-penais, estudaremos alguns princípios políticos criminais legislativos dogmáticos. Finalizando com a posição adotada no direito comparado a respeito da maternidade substituta.

No último capítulo de desenvolvimento do trabalho, perceberemos a problemática do tema apresentado, evidenciando as seguintes questões: a remuneração da mãe substituta e o contrato de aluguel de útero; a relação da gestante com o bebê; e o papel do princípio da dignidade da pessoa humana no nosso ordenamento jurídico. Apontaremos também, uma vez que o Brasil ainda não possui regulamentação específica sobre o tema, a necessidade de normatização e de que formas isso poderia se dar, para que essa prática cada vez mais frequente de reprodução humana não resulte em ofensa a bens jurídicos.

Portanto, observa-se que a relevância do assunto consiste exatamente no fato de esse processo não natural de reprodução humana ser algo inovador e revolucionário, merecendo ser devidamente discutidos todos os pontos que possam influenciar a vida dos indivíduos e suas relações com a própria sociedade. Além disso, o tema abordado possui significativa importância para as mais diversas áreas, práticas ou teóricas, assim como para humanidade

em geral. Este trabalho proporcionará um esclarecimento de conceitos técnicos e procedimentais, bem como discutirá aspectos penais da maternidade substitutiva.

2 MATERNIDADE SUBSTITUTIVA

2.1. O DESEJO DE TER FILHOS *VERUS* A ESTERILIDADE

Desde o início dos tempos, a humanidade preocupa-se com a questão da fecundidade, e, opostamente, teme o risco da esterilidade, motivo de degradação no grupo familiar.

Nesse sentido, como bem elucidado pela Professora Mariangela Badalotti, entende-se que “o desejo de ter filhos é um sentimento inato, primitivo. A fertilidade está relacionada à realização pessoal, e a incapacidade de procriar representa uma falha em atingir o destino biológico, além de ser um estigma social”.³

Hoje, com o avanço da tecnologia e da medicina, os casais estéreis e inférteis que desejam superar essa impossibilidade de procriação natural têm à sua disposição um meio legítimo de satisfazer o seu desejo: as Técnicas de Reprodução Humana Medicamente Assistida.

Do ponto de vista biológico, a prática da reprodução assistida é colocada ao serviço do casal, visando substituir uma função ausente, que naturalmente seria desempenhada por eles. Já, do aspecto humano, essa técnica contribui para dar uma expressão única a uma relação afetiva.⁴ Entretanto, apesar dos excelentes resultados já alcançados, capazes de contornar a infertilidade, essas técnicas de reprodução ainda não são capazes de contornar a esterilidade que as motiva.

A esterilidade é a causa de incapacidade reprodutiva que, possivelmente, mais afeta o anseio de paternidade e maternidade do indivíduo, uma vez que resulta em uma incapacidade definitiva de gerar um filho. E para solucionar este tipo de “problema”, existe a chamada maternidade substitutiva.

Contudo, antes de adentrarmos no estudo dessa técnica em particular, é necessário abordar alguns pontos relevantes acerca da procriação assistida.

2.2. MATERNIDADE SUBSTITUTIVA E AS DEMAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

³ BADALOTTI, Mariangela. Aspectos bioéticos da reprodução assistida. **Revista de Medicina da PUCRS**, Porto Alegre, v.7, n.3, p.88-89, 1997.

⁴ CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). **Bioética e vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, fev. 2008, p. 50.

Atualmente, são inúmeras as técnicas utilizadas com a finalidade de ser obter a gestação de seres humanos por meios não naturais em face da infertilidade e/ou esterilidade existente. No entanto, há que se destacar que quando se trata de técnicas de reprodução humana medicamente assistida, é necessário sempre ter em mente que elas surgiram como um método terapêutico subsidiário e não como um procedimento alternativo à reprodução natural.

Todo o processo em que o gameta masculino encontra e perfura o gameta feminino por meios não naturais é comumente chamado de Reprodução Humana Medicamente Assistida ou Fecundação Artificial.⁵ Paulo Vinicius Sporleder de Souza ensina que “reprodução assistida consiste no conjunto de técnicas que permite a reprodução humana fora do processo natural”. Segundo o autor, essas técnicas podem ser classificadas quanto à origem dos gametas e quanto ao procedimento de união dos gametas.⁶

Quanto à origem do material genético é possível classificar a reprodução assistida como sendo: (a) homóloga; (b) heteróloga; (c) mista e (d) extraconjugal.

Conforme o referido autor, “RA homóloga consiste na reprodução assistida efetuada com material genético do próprio casal, que busca uma solução para seus problemas de infertilidade ou de sexualidade”. Por outro lado, a “RA heteróloga é aquela realizada com a participação de material genético estranho ao do casal, isto é, o casal recorre a gametas ou embriões provenientes de um terceiro doador ou terceiros doadores”.⁷

Benítez Ortúzar afirma que a reprodução assistida mista, entendida como subespécie da heteróloga, consiste na realização da fecundação de uma mulher com sêmens provenientes de vários homens, entre os quais se encontra incluído o sêmen de seu cônjuge/parceiro; ou na fecundação realizada com óvulos de distintas mulheres, misturado a estes os óvulos da esposa/companheira do casal que deseja ter filhos.⁸

Denomina-se reprodução assistida extraconjugal aquele procedimento que tem como finalidade dar um filho a uma mulher juridicamente capaz, independentemente de seu estado civil ou opção sexual.⁹

Acerca dos procedimentos de união dos gametas, atualmente, os métodos mais utilizados são os seguintes: (a) Inseminação Artificial (IA), (b) Fertilização *in vitro* (FIV) e Transferência Embrionária (FIVETE) e (c) Maternidade substitutiva.

⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008

⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito penal genético e a lei de biossegurança**: Lei n. 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida... Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 39.

⁷ Ibid., p. 40-41.

⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. **Aspectos jurídicos-penales de la reproducción assistida y la manipulación genética humana**. Madrid: Edersa, 1997, p. 36 apud SOUZA, ibid., p. 41.

⁹ SOUZA, op. cit., p. 41-42.

Das técnicas conhecidas e praticadas, a inseminação artificial foi a pioneira. Para Ângela de Souza M.T. Marinho, a inseminação artificial “consiste no recolhimento do sêmen do marido ou homem do casal (ou de um doador) e no depósito de referido material, por meio de um cateter, no útero da mulher receptora”. Segundo a autora, essa técnica é, portanto, considerada uma técnica de fecundação *in vivo*, por se dar no interior do organismo feminino.¹⁰

A fecundação *in vitro* com transferência embrionária (FIVETE) é uma das mais polêmicas técnicas utilizadas, porquanto colocam no processo de reprodução materiais genéticos provenientes de terceiros. Aline Mignon de Almeida conceitua essa fecundação assistida como sendo “a técnica usada para unir os gametas feminino e masculino fora do corpo humano, formando um embrião que posteriormente é introduzido no útero”.¹¹

Posto isso, é possível observar que esses dois primeiros métodos diferem-se, principalmente, quanto ao local onde ocorre a fecundação. Na inseminação artificial o óvulo é fecundado dentro do próprio organismo feminino, sendo intracorpórea, enquanto na fertilização *in vitro* retira-se o óvulo, para uní-lo ao esperma em laboratório, sendo considerada, assim, como extracorpórea.¹²

A gestação ou maternidade substitutiva, segundo Eduardo de Oliveira Leite:

[...] consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.¹³

A presente técnica de união de gametas é complementar à IA e à FIVETE, ou seja, pode ser utilizada nos outros dois métodos analisados acima, uma vez que a maternidade substitutiva envolve necessariamente a participação de um terceiro (ou de terceiros), quer na doação de gametas ou de embriões, quer na disposição do ventre para gestação.

Como já mencionado anteriormente, quando abordamos a questão da esterilidade, esta modalidade de RA merece especial atenção, pois ao dissociar a gravidez da maternidade, ela

¹⁰ MARINHO, Ângela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil**. Porto Alegre: [s.n.], 2010, p. 29.

¹¹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 27.

¹² BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 36.

¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

desencadeia importantes discussões éticas, sociológicas, psicológicas e jurídicas, como veremos a seguir.

2.3. ASPECTOS GERAIS DA MATERNIDADE SUBSTITUTIVA

Quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do óvulo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe, e essa apela a uma terceira pessoa para assegurar a gestação de um desejado filho, temos a chamada maternidade substitutiva.¹⁴ Essa técnica é conhecida por diversas denominações, tais como: útero de aluguel, gestação de substituição, barriga de aluguel, cessão temporária de útero,¹⁵ dentre outras tantas que a identificam, das quais trataremos como sinônimas neste trabalho.

Como já mencionado, esse procedimento surgiu como uma solução para os casos de esterilidade feminina, consistindo na fertilização *in vitro* e na implantação do embrião assim formado no útero de uma mulher (mãe gestacional) que não forneceu o material genético a ser fecundado (mãe genética)¹⁶. Em síntese, pode se definir a gestação de substituição como sendo o empréstimo do útero, para que se dê a gestação de filho de outra mulher.

Conforme Souza, a gestação substitutiva é uma técnica especialmente indicada àquelas mulheres que estão incapacitadas de desenvolver uma gravidez saudável por motivos físicos ou psíquicos, ou quando a gravidez ponha em risco a vida da mulher.¹⁷

Observa-se, portanto, que a orientação tem-se encaminhado no sentido de que a utilização de tal método se faça unicamente diante de comprovada e irreversível esterilidade. Assim, são muito restritas as circunstâncias em que esta forma de reprodução humana pode ser indicada, normalmente circunscrevendo entorno da esterilidade e de doença grave, de maneira que jamais se admitiria a utilização dessa técnica por mera conveniência,¹⁸ não devendo atender fins de vaidade ou de capricho, pois não seria este o objetivo.¹⁹

O apelo às mães substitutas, a fim de realizar o sonho de procriação de um casal estéril, tornou-se uma realidade merecedora de atenção e cuidados, uma vez que essa técnica não está prevista em nenhuma legislação brasileira, seja de forma expressa, seja de forma

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticas e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

¹⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 87.

¹⁶ *Ibid.*, p. 88.

¹⁷ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Direito penal genético e a lei de biossegurança: Lei n. 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida...** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 46.

¹⁸ BARBOZA, *op. cit.*, p. 104.

¹⁹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 30.

tácita. A ausência de lei específica faz com que várias técnicas de reprodução humana assistida, em especial a gestação por substituição, suscitem discussões éticas e questionamentos jurídicos, os quais provocam instabilidade social e conseqüentemente uma infinidade de conflitos.²⁰

No Brasil, apesar de haver inúmeros projetos de lei que visam regulamentar as novas tecnologias reprodutivas, inexistente algo concreto que dê suporte jurídico para sua utilização.²¹ Atualmente, dispomos apenas da Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina e, por essa razão, para julgar os conflitos decorrentes desses tipos de gestação, os juízes e os tribunais têm se valido de técnicas de integração, como, por exemplo, os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito; bem como da referida resolução.²²

Apesar da norma do Conselho Federal de Medicina ser a única que trata do tema, hodiernamente em vigor, existiram outras antes desta, conforme abordaremos adiante. Além disso, veremos que o Código Civil dispõe, em apenas um dispositivo, a respeito da reprodução assistida, bem como o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Em face da falta de legislação específica sobre a aplicabilidade das técnicas de reprodução assistida, em 19 de novembro de 1992, o Conselho Federal de Medicina, na tentativa de estabelecer critério para a prática das técnicas de reprodução assistida, publicou a Resolução n. 1.358/1992.²³

Dessa forma, considerando: (a) a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; (b) que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; (c) que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais; e (d) a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica, adotou-se normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

²⁰ AMORIM, Caroline Sebastiany. **Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/direitouni/direitouniCapa/direitouniGraduacao/direitouniGraduacaoDireito/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCurso/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCursoPublica>. Acesso em: 23 mai. 2013.

²¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25.

²² RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos**. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/.../denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf. Acesso em: 23 mai. 2013.

²³ BRASIL. Resolução CFM n. 1.358/1992 de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 23 mai. 2013.

Relativamente à maternidade substitutiva, essa resolução permitia que uma mulher aproveitasse desta técnica, desde que tivesse um problema médico que a impeça ou contraindique a sua própria gestação. Ademais, as doadoras temporárias de útero deveriam pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, estando os demais casos sujeitos à autorização do próprio Conselho Regional de Medicina. Também restava instituído que a cessão temporária do útero não poderia ter caráter lucrativo ou comercial.

Após 18 anos em vigor, o Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução CFM n. 1.358/1992 que regulamentava as técnicas de reprodução humana assistida no Brasil. Uma nova resolução, n. 1.957/2010, foi publicada em 6 de janeiro de 2011 no Diário Oficial da União. Entretanto, essa resolução não inovou no que concerne à maternidade de substituição, que é o tema central do presente trabalho.

Recentemente, em 9 de maio de 2013, o Conselho Federal de Medicina publicou a atualização da resolução que trata dos procedimentos de reprodução assistida no país. A Resolução n. 2.013/2013 destaca a segurança da saúde da mulher e a defesa dos direitos reprodutivos para todos os indivíduos.

Essa resolução trouxe significativas alterações para as regras de fertilização no Brasil, principalmente no tocante à maternidade substitutiva. As principais foram as seguintes: (a) a determinação de que mulheres acima de 50 anos não devem ser submetidas a técnicas de reprodução assistida; (b) a ampliação da lista das pessoas que podem fazer a doação temporária do útero, pois até agora, o recurso poderia ser usado com voluntárias que tivessem parentesco de até segundo grau com o casal e com a mudança, além das mães, irmãs e avós, será possível também fazer com que tias e sobrinhas sejam doadoras voluntárias de útero; e (c) a permissão para o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitando o direito a objeção da consciência do médico.

Entretanto, a resolução atualmente vigente, por ter caráter deontológico, não ter força de lei (norma infralegal), não implicar em nenhuma sanção (sem coerção), revela-se ainda uma norma precária no intuito de suprir a ausência de disposições legais.

Diante do avanço das técnicas de procriação artificial, vários projetos de lei foram apresentados no Congresso Nacional, buscando a regulamentação das técnicas de reprodução assistida. Atualmente, um dos projetos mais completos é o Projeto de Lei n. 1.184/2003 elaborado pelo Senador Lúcio Alcântara. Este projeto é o que se encontra em fase mais adiantada de tramitação, embora alguns de seus dispositivos sejam considerados

inconstitucionais. Cumpre referir que durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, em face da proximidade dos temas, foram pensados a ele outros projetos.²⁴

O referido projeto de lei busca regulamentar o uso das técnicas de reprodução assistida, dispondo que só será permitida a utilização desses procedimentos nos casos em que se verificar a infertilidade e para prevenir doenças genéticas ligadas ao sexo.

Em seu artigo 3º, o projeto proíbe expressamente a gestação de substituição, prevendo, no inciso III do artigo 19, que constitui crime participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica. E, para quem comete tal infração poderá recair a pena de reclusão, de 1 a 3 anos, e a pena de multa.²⁵

Após anos em silêncio, o legislador civil brasileiro resolveu se pronunciar e inovar acerca das técnicas de reprodução humana assistida. O Código Civil de 2002 passou a tratar em seu artigo 1.597, de forma tímida, a questão da filiação resultante da utilização das técnicas de reprodução assistida. No entanto, nada aclarou acerca das controvérsias dos efeitos da reprodução assistida.²⁶

Sendo assim, enquanto não existe disposição legal específica sobre o tema, há quem defenda que a maternidade de substituição não seja imoral ou antijurídica, devendo ser legalizada,²⁷ há ainda quem entenda tratar-se de uma técnica legal e eticamente permitida no Brasil,²⁸ bem como existe aqueles que afirmam que, até que haja uma normatização eficiente, tudo aquilo que não é proibido por lei é permitido.

Portanto, é imprescindível que nossos legisladores sejam mais eficientes em regulamentar tais técnicas, especialmente a maternidade substitutiva, buscando a harmonização da realidade, fruto dos avanços científicos, com os princípios que orientam nosso direito.²⁹

²⁴ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil**. Porto Alegre: [s.n.], 2010, p. 217.

²⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 1.184/2003 de 3 de junho de 2003. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9C3968AE58ACF166C5095CD4E71222A9.node1?codteor=137589&filename=PL+1184/2003>. Acesso em: 23 mai. 2013.

²⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 22.

²⁷ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Das implicações jurídicas da maternidade substituição**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais_saopaulo.html>. Acesso em: 23 mai. 2013.

²⁸ VENDRAMI, Camila Lopes et al. **Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento vigente**. Disponível em: <www.febrasgo.org.br/arquivos/femina/.../Femina_v38n6_p301-5.pdf>. Acesso em: 23. mai. 2013.

²⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 104.

3 TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA MATERNIDADE SUBSTITUTIVA

3.1. INCRIMINAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ÚTERO

A maternidade substitutiva, como vimos, teve origem na busca de solucionar a esterilidade; mas logo em seguida às técnicas e às doações, juntou-se o comércio, possibilitando a mulheres capazes de gestar um filho, ceder onerosamente seu útero a outra, para que esta, diante de algum problema de esterilidade, possa realizar o desejo de ser mãe. A popularmente conhecida “barriga de aluguel” surgiu 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”.³⁰

Com essa prática onerosa de maternidade substitutiva surgem diversos questionamentos, principalmente, no que se refere ao plano penal. Isso ocorre porque muitos acreditam que esse processo é extremamente ofensivo à dignidade da mulher, que ao gestar uma criança mediante remuneração estaria se instrumentalizando, o que é proibido, pois a pessoa humana não é um instrumento, jamais podendo ser meio para atingir um fim, devendo sempre ser o fim em si mesma.

Diante dessa problemática, muitos defendem a possibilidade de o direito penal intervir incriminando essa conduta para salvaguardar a dignidade da mãe substituta, além de proteger os interesses do nascituro. Entretanto, sabe-se que o direito penal só pode interferir onde se verifiquem lesões insuportáveis a valores essenciais de uma comunidade, não devendo o Estado e seu aparelho penal formalizado fazer mais, mas sim, fazer menos, limitando a sua intervenção ao máximo.³¹ Em outras palavras, para ser legítima a intervenção penal, essa só deve ocorrer em último caso, nos fatos mais graves, devido a sua condição de *ultima ratio* na solução de um conflito.

3.2. CRITÉRIO LEGITIMADOR DA INTERVENÇÃO PENAL

Por ser tarefa do direito criminal proteger os bens jurídico-penais considerados fundamentais à manutenção e de desenvolvimento da sociedade, para incriminar uma conduta, ou seja, referenciar o bem jurídico por ela violado como um valor fundamental à realização

³⁰ BELINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Tradução de: Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora UnB, 1996. 212 p. Tradução de: La mercê finale, p. 29.

³¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

comunitária da pessoa, faz-se necessário que isso resulte do apelo à consciência ético-social da comunidade histórica.

Destarte, o papel protetor do Direito Penal deve ser compreendido no respectivo contexto sócio-cultural, pois os valores de uma sociedade mudam com o passar dos anos, por isso a necessidade de a norma incriminadora estar ligada ao tempo, espaço, cultura, ou seja, onde surgiu o processo de conflito que necessita solução.³²

Embora, o ordenamento jurídico criminal não possuir legitimidade para promover, defender ou impor uma qualquer moral ou ideologia dos cidadãos daqueles valores que pela sua essencialidade prescindem da sua específica tutela contra comportamento que os ameaçam ou os violam. Por essa razão, os códigos penais não são, e nem devem ser, códigos morais, uma vez que é incabível a punição de condutas não lesivas a bens jurídicos, embora passíveis de censura ética.

Portanto, para que uma conduta seja tipificada como crime, é preciso identificar quais os bens merecedores de tutela penal, os valores que se elevam à categoria de bens jurídico-penais.

É possível definir política criminal, no entender de ZIPF como sendo “a política jurídica no âmbito da justiça criminal” ou “a obtenção e realização de critérios diretivos no âmbito da justiça criminal”.³³ Para, Figueiredo Dias, “à política criminal que pertence competência para definir, tanto no plano do direito constituído, como do direito a constituir, os limites da punibilidade”. Já Feuerbach concebia este instituto do Direito Penal como a “sabedoria legislativa do Estado” ou “o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”.³⁴

Nucci, por sua vez, não faz distinção se política criminal é uma ciência, ou, como alguns doutrinadores compreendem, uma técnica ou método de observação e análise do Direito Penal. Entende-se que política criminal é um modo de racionar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de forma crítica, voltado ao direito vigente, demonstrando suas imperfeições, recomendando reformas e aprimoramentos. Além disso, pontua que a política

³² GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 88-89.

³³ ZIPF, H. *Introducción a la política criminal*. Tradução de: Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Jaén: Edersa, 1979, p. 3-4 apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

³⁴ FEUERBACH, A. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland**, p. 40 apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 28-30.

criminal implica na idealização de novos institutos jurídicos que consigam satisfazer as finalidades primordiais de controle social do direito criminal.³⁵

Segundo, Paulo Vinicius Sporleder de Souza, vem se entendendo que a política criminal – sendo parte da política social e da política jurídica geral – na função de combater a criminalidade, a fim de reduzi-la a níveis toleráveis para que seja possível a convivência pacífica em sociedade, procura revelar e sugerir caminhos ao direito criminal no sentido de melhorar e racionalizar as estratégias de prevenção e repressão do crime.³⁶

Contudo, a política criminal, atualmente, vem sofrendo grande influência da mídia e do clamor público, o que faz com que os legisladores deixem de aplicar, por vezes, os limitadores do Direito Penal, e criam normas penais desproporcionais e com pouca eficácia concreta. Nesse sentido, anota Favoretto:

Fatores como a influência dos veículos de comunicação e o próprio clamor público influenciam fortemente o legislador a elaborar inúmeras leis penais incriminadoras. Trata-se de postura que apenas diminui a credibilidade do Direito Penal, uma vez que de instrumento de *ultima ratio* passa a ser utilizado em ocasiões absolutamente desnecessárias.³⁷

Posto isso, faz-se necessário abordar, com particular referência à política criminal, o exame do bem jurídico-penal, pois na verdade, sendo figura central tanto nos discursos legitimadores da criminalização como nos discursos que propõem a limitação da intervenção penal, o bem jurídico-penal pode então ser encarado como o “conteúdo material” da política criminal legislativo-dogmática.³⁸

Por bem jurídico, diz Ana Paula Guimarães, citando Manuel da Costa Andrade, entende-se “tudo o que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos”.³⁹

No mesmo sentido, mas em outras palavras, conceitua-se bem jurídico como sendo:

[...] tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 66.

³⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

³⁷ FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 142.

³⁸ SOUZA, op. cit., p. 36.

³⁹ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 84.

jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas.⁴⁰

Sendo assim, todos aqueles interesses vitais, individuais ou coletivos, criados por uma realidade social específica e reconhecidos pela ordem jurídica, são protegidos pelo direito, sendo elevados à categoria de bem jurídico quando se revelarem essenciais para sociedade. Isso ocorre porque o direito existe para ordenar os comportamentos humanos, para ordenar a convivência social, correspondendo aos anseios públicos que surgem com as inúmeras situações da vida. De acordo com Ana Paula Guimarães, “a própria complexidade da vida dita os limites e a legitimidade da intervenção do direito; é nas relações da vida que se encontra o critério orientador do legislador”.⁴¹

Destaca-se que, além do meio social, a seleção do bem jurídico penalmente relevante leva em consideração a cultura e o ambiente valorativo de cada sociedade em determinada época histórica, pois os valores elementares de uma comunidade variam de acordo com o tempo e lugar.⁴²

Então, o legislador na tentativa de criminalizar uma conduta deve primeiramente apontar qual é o bem lesado pelo crime em questão, ou seja, indicar o fim que a lei penal se propõe atingir.⁴³ No caso, se fossemos tentar criminalizar o comércio de útero teríamos que, antes de qualquer coisa, identificar qual é o bem jurídico que estaria ameaçado com esta determinada prática, se seria a honra da mulher – que aluga seu útero para gestar o filho de outrem –, se seria a família o bem lesado – já que diante dessa prática o instituto familiar seria descaracterizado –, se seria a personalidade da criança – que está para nascer –, entre outros possíveis bens jurídico-penais.

Hoje, entendemos o bem jurídico como sendo elemento definidor da função do Direito Penal e dos limites da legitimidade da sua intervenção.⁴⁴ Isso quer dizer que, para que o direito intervenha em alguma situação da vida que coloque em risco algum bem é preciso que exista um valor específico que a sociedade como um todo considere essencial e que de fato esteja ameaçado. Dessa forma, caso não seja possível identificar esse bem, não é possível que o Direito Penal interfira.

⁴⁰ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 84.

⁴¹ Ibid., p. 85.

⁴² SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 141-142.

⁴³ GUIMARÃES, op. cit., p. 86.

⁴⁴ Ibid., p. 86.

Portanto, é competência do Direito Penal, de maneira legítima, tutelar os valores indispensáveis à vida em sociedade, possibilitando o livre desenvolvimento e a realização ética da pessoa humana, ou seja, cabe a ele proteger aqueles bens essenciais à subsistência da comunidade, aqueles cuja lesão ou ameaça de lesão se torna extremamente intolerável. Também é possível afirmar hoje que o Direito Penal possui uma função subsidiária que resulta da proteção de interesses fundamentais de cada pessoa e o desenvolvimento mais livre possível da sua personalidade, em outras palavras, é um direito de tutela residual de bens jurídicos.⁴⁵

E é através das sanções penais que o Estado garante a proteção desses bens, de forma que um fato só é punível criminalmente porque algum bem jurídico foi lesado ou ameaçado através da ação ou omissão de alguém. Diante disso, é possível compreender a pena como um instrumento de proteção a determinados valores.

Em face do exposto, a respeito do bem jurídico-penal, para que possamos criminalizar uma conduta, ainda se faz necessário identificar quais os critérios utilizados para definir e delimitar os bens jurídicos merecedores de tutela penal, conforme veremos a seguir. Ademais, a análise destes critérios/princípios é relevante para o ulterior desenvolvimento do presente estudo.

3.3. PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAIIS E OS PRINCÍPIOS POLÍTICOS CRIMINAIS LEGISLATIVO-DOGMÁTICOS

O primeiro critério a ser observado, integrante do conceito de bem jurídico penal mencionado, é o da dignidade penal que é entendido como “a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”. Isso quer dizer que um bem jurídico merece ser tutelado quando a sua lesão é de uma gravidade capaz de gerar um verdadeiro dano social, ou seja, “a norma penal cumpre a função de proteção das condições elementares para a convivência pacífica em sociedade e só deve intervir quando se verificar graves ataques a essas condições mínimas; daí falar-se do caráter fragmentário do direito penal”.⁴⁶

Decorre do conceito acima exposto o princípio da ofensividade ou lesividade ao bem jurídico. Segundo este princípio, o Direito Penal não é instrumento legítimo para reprovar condutas insignificantes, imorais, pecaminosas ou diferentes. Sendo assim, o cidadão apenas

⁴⁵ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 86-87.

⁴⁶ Ibid., p. 93.

poderá ser punido quando o seu comportamento infringir os bens e interesses sociais. Somente poderá haver a intervenção penal se houver a transgressão de um bem jurídico relevante.⁴⁷

Podemos, ainda, retirar do princípio da ofensividade a discussão se os crimes de perigo abstrato são constitucionais. Bitencourt, citado por Favaretto, entende que para se tipificar algum crime, em sentido material, faz-se necessário o perigo concreto, real e efetivo de dano ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Por outro lado, Fernando Capez, também citado por Favaretto, defende a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, entendendo que a tipificação destas condutas é legítima por proteger o bem jurídico em seu estágio embrionário, exercendo um papel de prevenção ao perigo concreto ou dano efetivo.⁴⁸

Oportuno ressaltar que o caráter fragmentário do Direito Penal significa que ele apenas tutela certos e determinados bens ou valores que, em uma determinada comunidade, em um determinado momento histórico, constituem o núcleo duro dos valores que a população assume como seus e cuja proteção permite que todos os seus membros convivam e se desenvolvam pacificamente.⁴⁹

Ainda sobre o princípio da fragmentariedade, Fernando Galvão dispõe que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal não são protegidos de maneira exaustiva, ou seja, se pune apenas algumas formas possíveis de violação. Sendo, essa proteção parcial que confere um caráter fragmentário ao Direito Penal.⁵⁰

Costa Andrade, esclarece que “a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal”.⁵¹ Entretanto, além de considerações sobre a dignidade de determinado bem jurídico, faz-se necessário ainda o exame de outro elemento de cunho empírico-social denominado danosidade social da conduta, ou seja, a gravidade intrínseca dos ataques e ameaças ao objeto de tutela. Acerca desse elemento, o referido autor entende que “o juízo de dignidade penal implica um limiar qualificado de danosidade ou de perturbação e abalo sociais”. Portanto, neste aspecto, nas palavras de Paulo Vinicius Sporleder de Souza:

⁴⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: curso completo: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77-78.

⁴⁸ FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 170-173.

⁴⁹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁵⁰ ROCHA, op. cit., p. 74-75.

⁵¹ SOUZA, op. cit., p. 143.

[...] o legislador verifica, seleciona e julga, de acordo com o desvalor efetivo ou potencial de determinadas condutas, quais as que se caracterizam concretamente como intoleráveis e reprováveis socialmente e quais que são aptas a afetar bens jurídicos considerados dignos de tutela jurídico-penal. Embora seja imprescindível uma análise empírica sobre os efeitos sociais das condutas, a determinação da danosidade social tem que se reportar a um juízo sobre perturbação grave dos bens jurídicos vitais para a vida em comum.⁵²

Todavia, apesar de sua importância, verifica-se que esse critério utilizado para identificar um bem jurídico que deve ser tutelado não é suficiente, fazendo-se necessário avaliar outro, qual seja o da necessidade ou carência de tutela penal.

Este segundo critério, também limita a intervenção penal, isso ocorre porque reações criminais restringem alguns direitos, liberdades e garantias fundamentais, de forma que a sua utilização só poderá ocorrer quando tal medida for estritamente necessária à proteção de um bem jurídico. Além disso, quando outros mecanismos de política social, que não sejam os criminais, forem suficientes para tutelar valores elementares da sociedade não há falar em intervenção por parte do Direito Penal.⁵³ Assim, segundo Ana Paula Guimarães, para que seja legítima a intervenção penal, ela “deverá ser o meio mais adequado, idôneo e eficaz para a proteção desses bens jurídicos e, numa ponderação entre os custos e os benefícios da criminalização”, sendo efetivamente proporcional à lesão, devendo limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e deve ser consentida pela Constituição.⁵⁴

Desse modo, o legislador só cominará sanções criminais quando todos os outros meios ou instrumentos de natureza extrapenal se revelem ineficazes ou insuficientes para proteção dos bens jurídicos, dado que a intervenção penal deve ser mínima, subsidiária e fragmentária.⁵⁵

A aplicação de uma pena é medida extrema e somente deve ser utilizada se outros ramos do nosso ordenamento não se mostrarem eficazes na proteção aos bens jurídicos. Sendo assim, a intervenção mínima implica na seletividade daquelas condutas que serão

⁵² SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 144-145.

⁵³ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 95.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 95-97.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 98.

incriminadas, ou seja, o Direito Penal somente deve interferir, exercendo sua força punitiva, se extremamente necessário para a garantia de uma convivência saudável.⁵⁶

Seguindo este entendimento, Mercedes García Arán, citado por Nucci, entende que “o Direito Penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais” e completa afirmando que deve restringir ao mínimo a liberdade. Se o bem jurídico puder ser protegido de outro modo, deve-se deixar de aplicar o Direito Penal, com o fim de manter a eficácia das punições sem que estas percam a credibilidade pela falta de aplicação das mesmas pelos órgãos estatais encarregados.⁵⁷

É possível concluir que esse critério limitador deve ser considerado num duplo e complementar juízo, ou seja, deve-se em primeiro lugar fazer um juízo de necessidade, por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, deve-se fazer um juízo de idoneidade do direito em questão no que toca ao sacrifício de outros valores elementares da sociedade.

Portanto, acerca desses critérios utilizados para identificação de bem jurídico-penal a ser tutelado, Paulo Vinicius Sporleder de Souza conclui que:

[...] apesar de o legislador penal ter um considerável âmbito autônomo de discricionariedade, entendemos que os princípios da dignidade e da necessidade penal, aliados ao conceito bem jurídico, são categorias de natureza material que fazem parte da política criminal legislativo-dogmática e são de suma importância para qualquer discussão que pretenda legitimar a atividade punitiva do Estado no sentido da criminalização ou descriminalização de condutas e na proteção de bens jurídicos emergentes.⁵⁸

O Direito Penal brasileiro ainda não se manifestou sobre o assunto, embora esteja atualmente tramitando no Congresso Nacional alguns projetos de lei que dispõem acerca da reprodução humana assistida, abordando o tema da maternidade substituta, estabelecendo algumas infrações penais.

Entretanto, como o ponto fundamental deste trabalho é verificar se seria possível, no Brasil, incriminar a comercialização de útero, podemos concluir, após a análise dos institutos penais pertinentes, que atualmente essa criminalização não seria viável. Como visto, para que o Direito Penal intervenha incriminando uma conduta é preciso que haja uma forte reação

⁵⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: curso completo: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 75-77.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p. 80-81.

⁵⁸ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 162.

social para isto, e, no caso, não conseguimos identificar na maternidade substitutiva onerosa lesão ou grave ameaça a algum valor elementar da sociedade. Como bem apontado por Aline Mignon de Almeida “no caso o que ocorre é o desejo de ter filhos de um lado e a vontade de satisfazer este desejo de outro” de forma que “as partes não têm intenções criminosas ou de ferir direitos alheios”.⁵⁹

Além disso, constata-se que outros métodos de política social, não criminais, podem efetivamente solucionar grande parte dos problemas existentes, o que, como vimos, deslegitima a intervenção penal.

Contudo, nada impede que com o passar do tempo a prática dessa conduta venha a se tornar abusivamente desarrazoada, de forma que os institutos extrapenais não sejam mais eficientes para combater estas exacerbações, legitimando, assim, a intervenção do Direito Penal.

4 COMERCIALIZAÇÃO DE ÚTERO DIANTE DO DIREITO BRASILEIRO

4.1. PROBLEMÁTICA DO TEMA

O fato de não ser possível, atualmente, a intervenção penal no tocante ao comércio de útero, não significa que essa prática é plenamente aceita pela sociedade ou que não necessite de regulamentação. Pelo contrário, dentre as técnicas de reprodução assistida a da maternidade substitutiva é a que mais provoca polêmicas quanto à sua utilização; polêmicas estas que envolvem, principalmente, esferas éticas, sociais, psicológicas e jurídicas.

Acredita-se que a questão mais controvertida, no tocante à maternidade substitutiva, é a jurídica, pois a possibilidade de uma mãe ceder seu útero para gestar o filho de outra, mediante pagamento estipulado por um contrato, não se adapta facilmente aos valores ou às noções convencionais. É difícil apontar com certeza o que perturba as pessoas no que se refere à utilização dessa técnica. Alguns entendem que o fato de a maternidade se dar de forma diferente da natural é o que gera posicionamentos contrários, outros acreditam que é a possibilidade de comercialização da gestação e da exploração de mulheres (especialmente as menos favorecidas economicamente) ou que o conceito tradicional de família fique abalado.⁶⁰

Por essas razões, existe no Brasil a obrigatoriedade de vínculo familiar entre a mãe social, que é aquela que deseja ter um filho, e a mãe gestacional, que é aquela que se propõe

⁵⁹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 53.

⁶⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito** : aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1995, p. 398.

a gerar o filho à outra. No entender de Aline Mignon de Almeida, “este posicionamento tem por base manter este procedimento entre pessoas previamente ligadas, eliminando a possibilidade de exploração comercial”.⁶¹

4.1.1. A remuneração da mãe substituta e o contrato de aluguel de útero

Inúmeras são as discussões, quanto ao útero de aluguel vir a ser remunerado, pois se argumenta que irá haver uma “venda” de pessoas, o que feriria o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não é lícito fazer transações tendo como objeto seres humanos.⁶² Com efeito, não parece compatível com esse princípio basilar do ordenamento jurídico que uma mulher utilize seu útero para tirar vantagens financeiras e, muito menos, que se preste como incubadora para o filho de outra mulher.⁶³

A respeito da natureza jurídica do útero de aluguel, observa-se a existência de duas correntes distintas: uma que diz que é um prestação de serviço que deve ser feita de forma contratual, através de um “contrato de gestação”, e outra que diz tratar-se de um comércio de pessoas, sendo ilegal qualquer estipulação a respeito, pois seria nulo o contrato por ter objeto ilícito.⁶⁴

Depreende-se que a problemática cinge-se à remuneração da mulher e contrato de gestação, independente de ele ser nulo ou de prestação de serviço. E a respeito, verifica-se uma infinidade de argumentos contra e a favor dessa prática contratual onerosa.

Os que são contrários ao ajuste contratual alegam, em suma: (a) a “coisificação” da pessoa, pois a criança é entregue mediante pagamento; (b) a exploração de mulheres pobres, necessitadas de dinheiro; (c) a negligência da mãe de aluguel, ao tomar todos os cuidados e não cumprir as prescrições médicas, visando apenas o dinheiro que irá receber; (d) a rejeição, por parte dos pais, de uma criança que venha nascer, eventualmente, “defeituosa”; e (e) a impossibilidade de haver remuneração pela utilização do útero de terceiro, uma vez que a lei proíbe a comercialização de órgãos ou células reprodutoras.⁶⁵

Por outro lado, os que defendem essa prática contratual, rebatem as alegações supracitadas, sustentando, em síntese, que (a) a remuneração não se refere à venda da criança, mas sim ao serviço prestado pela mulher que teve o útero utilizado para gestar o filho que não

⁶¹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 47.

⁶² *Ibid.*, p. 49.

⁶³ Leite, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito** : aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Rev. dos Tribunais, c1995, p. 195.

⁶⁴ ALMEIDA, op. cit., p. 49.

⁶⁵ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 105-106 apud ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 49.

é dela; (b) a exploração da pobreza e da ignorância ocorre em todas as esferas das atividades humanas; (c) a falta de cuidados também é comum em mães e pais que geram seus próprios filhos, além disso, é preciso saber que há um contrato de gestação, onde estarão estipuladas obrigações das partes contratantes; (d) os pais que contrataram o serviço da mãe de aluguel pelo contrato são obrigados a assumir a criança, até porque ela não é uma coisa que possa ser devolvida em caso de defeito ou insatisfação; e (e) a mãe de aluguel é uma profissional que presta serviços a casais que não podem gestar seus filhos.⁶⁶

Outros que defendem que essa prática deve ser permitida por quatro razões. A primeira seria a de que adoção é muito complexa e burocratizada e que nem todos os casais conseguem ser compatíveis com a adoção, sendo a única esperança para quem deseja constituir uma família a prática da “barriga de aluguel”. A segunda razão seria que os direitos humanos suportam e permitem essa prática, em razão da proteção ao direito de procriar e a proteção ao direito de livre contratar. Outro motivo para legitimar essa prática seria encarar essa cessão de útero como um “trabalho de amor”, como um ato altruísta da mãe substituta que deseja realizar o sonho de outra mulher, e por essa razão a prática, além de ser permitida, deve ser encorajada. E por último, tem-se que esse procedimento não é muito diferente de outras práticas já aceitas, como, por exemplo, as demais técnicas de reprodução humana assistida.⁶⁷

Contudo, mesmo que se leve em consideração o interesse do casal solicitante e o da mãe gestante em relação ao contrato, o que se mostra relevante é o interesse da criança que deve ser protegido e deve se sobrepor a todas as demais considerações.⁶⁸

4.1.2. Relação mãe de aluguel e bebê

Já está comprovado que um dos aspectos mais importantes e mais significativos em uma gestação é o laço afetivo que a mãe gestacional desenvolve com a criança durante todo o período da gravidez, pois o lado emocional da gestante se transmite o tempo todo ao feto. Nesse sentido, muitos estudos demonstram que a gestação é uma fase extremamente importante para o relacionamento mãe e filho, pois é quando tudo se inicia.

⁶⁶ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 105-106 apud ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 49.

⁶⁷ ANDERSON, Elizabeth S. **Is Women's Labor a Commodity?** Source: Philosophy and Public Affairs, Vol. 19, No. 1 (Winter, 1990), pp. 71-92 Published by: Blackwell Publishing Stable. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2265363>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 411.

Todavia, quando se trata de maternidade substitutiva, é preciso ter bastante cautela, pois a questão é extremamente delicada. Acontece que quando uma mulher se sujeita a esse tipo de contrato de maternidade, ela é, na maioria das vezes, incentivada a não criar, ou, até mesmo, romper os laços afetivos com o bebê, para que a entrega desse, no final da gestação, não seja algo tão doloroso e traumatizante. Ressalta-se que situações onde a mulher além de ser a gestante é também a doadora do óvulo, ou seja, mãe genética, exige-se uma maior preocupação, em razão da existência do laço biológico.⁶⁹

O problema está exatamente na questão de a mãe substituta vir a ser manipulada e estimulada a acabar com um vínculo tão natural e inerente a sua natureza que é o laço afetivo com o bebê que ela vai abrigar em seu útero durante nove meses. E é em situações como esta que surge o aspecto financeiro como estímulo e justificativa para que a mulher passe a negar a sua legitimidade sobre própria gravidez.⁷⁰

Contudo, verifica-se que, independente do aspecto que motiva as mulheres a fazerem isso, é certo que o desistir dos filhos ao término do prazo gestacional gera danos permanente à maioria das mães de substituição que deram à luz. E é por essa razão que muitas mulheres não voltam a repetir esse tipo de processo. Tem-se isso porque, infelizmente, as mães de substituição só conseguem avaliar a extensão de seu ato durante a gravidez e nunca antes dela, ou seja, uma mãe só pode entender e estimar a gravidez quando a criança estiver se desenvolvendo em seu útero.⁷¹

Pessoas que já vivenciaram casos em que ocorre esse tipo de reprodução assistida afirmam que as “mães de aluguel são incapazes de entender o impacto que a entrega de uma criança provocará para elas que têm um bebê vivo, respirando e ter de entregá-lo a um estranho”. Sendo assim, constata-se que, no momento em que se força uma mulher a fazer a entrega do bebê, a cortar os laços que desenvolveu com ele, a negar sua legitimidade sobre a sua gravidez, poderá causar graves danos psicológicos e irreversíveis à gestante. Nas palavras de Silverman, “uma coisa é concordar em abstrato com a entrega de um filho, bem outra é entregar um ser humano vivo, após o nascimento e nos braços de outra mulher”.⁷²

4.1.3. Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

⁶⁹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 53.

⁷⁰ ANDERSON, Elizabeth S. **Is Women's Labor a Commodity?** Source: Philosophy and Public Affairs, Vol. 19, No. 1 (Winter, 1990), pp. 71-92 Published by: Blackwell Publishing Stable. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2265363>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 416-419.

⁷² Relatório de Silverman, p. 4 apud Ibid., p. 418-419.

Acerca do chamado aluguel da mulher para fins reprodutivos, outra questão que merece destaque é a da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que ocorre quando seres humanos são vistos ou tratados como meros instrumentos ou coisas. Nesse sentido, Paulo Vinicius Sporleder de Souza aponta a existência de duas grandes ofensas:

[...]a primeira, constitui uma grave ofensa á dignidade da mulher, porque, ao se desnaturalizar o nobre papel da maternidade, degrada-se a mulher a mero organismo reprodutor e mercenário, já que é visada uma reparação financeira (lucro) com o aluguel do útero. Trata-se, no dizer de Mantovani, “do comércio do ventre como outras tantas prostituem o sexo”. Além disso, mesmo se não houvesse este “meretrício de útero”, mas apenas uma locação gratuita ou altruísta, também haveria instrumentalização da mulher como organismo sexual na opinião do autor. Por fim, para Mantovani, há também uma não menos grave ofensa à dignidade e à integridade psíquica do nascido, porque este seria rebaixado a uma *res* comerciável, a um objeto de troca, de contratação e de disputa, podendo sofrer uma crise de sua própria identidade – na verdade de uma não-identidade – pois, ao nascer será filho de vários pais (mãe genética, mãe uterina, mãe adotante, pai genético, pai adotante, etc.).⁷³

Nesse contexto, é imprescindível saber se a maternidade substitutiva remunerada viola de fato o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No entanto, antes de entrar nessa análise, indispensável se faz examinar brevemente o conteúdo e o significado da própria noção de dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet tem por dignidade da pessoa humana:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁷⁴

Sendo assim, pode-se considerar a dignidade como sendo uma qualidade inerente da pessoa, sendo inalienável e intransferível, constituindo uma qualificadora do indivíduo como ser humano. Devendo ela ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, por outro lado, ser criada, concedida ou retirada da pessoa, já que ela lhe é inerente. Ainda

⁷³ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Direito penal genético e a lei de biossegurança** : lei 11.105/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 73.

nessa linha, há quem defina a dignidade como “valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível”.⁷⁵ Assim, seguindo a doutrina de Kant, o homem por possuir dignidade tem que ser tratado como um fim em si mesmo e, por essa razão, tem um valor absoluto, não podendo jamais ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direito a coisas, porquanto sua qualidade inata, ou seja, sua dignidade o protege disso.⁷⁶

Demonstrando esta visão do homem como um fim em si mesmo, o referido autor assinala:

(...) o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim (...).⁷⁷

De acordo com Gisela Echterhaff, ainda se torna indispensável advertir que, quando se fala em dignidade, podemos estar falando em relação a duas dignidades distintas: a dignidade da pessoa humana que se refere a uma pessoa determinada e uma dignidade humana que se refere à humanidade como um todo.⁷⁸

Dessa forma, após tais considerações a respeito do conceito e do conteúdo da dignidade da pessoa humana, resta examinar a sua posição e o seu conteúdo como princípio da ordem jurídica brasileira.

Como foi visto a dignidade da pessoa humana é o núcleo de todo o ordenamento jurídico, e esse valor é traduzido juridicamente pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Carmen Lúcia Antunes da Rocha afirma que a constitucionalização da dignidade da pessoa humana “modifica toda a construção jurídica, impregnando toda a elaboração do Direito, pois tal princípio é elemento fundante da ordem constitucional que é a base do sistema”⁷⁹.

Portanto, de acordo com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da base principiológica, sobre a qual assentada a República Federativa do Brasil. Sérgio Ferraz ressalta que esse princípio é:

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 52-53.

⁷⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 82.

⁷⁷ Ibid., p. 81-82.

⁷⁸ Ibid., p. 96.

⁷⁹ Ibid., p. 104

base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo é o fim permanente de todas as suas atividades, é a criação e manutenção das condições para que a pessoa seja respeitada, resguardada e tutelada, em sua integridade física e moral, assegurados o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões.⁸⁰

Ademais, cumpre referir que a grande maioria dos juristas entende que a natureza jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental⁸¹. Dentre os autores consultados merece destaque o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet que afirma que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental.⁸²

Neste ponto o mencionado jurista salienta que:

[...] o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio e regra (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.⁸³

Sobre a normatividade deste princípio, Gisele Echterhoff ressalta que “além de seu conteúdo ético e moral – ou seja, de sua carga axiológica – o referido princípio é norma jurídica dotada de eficácia como todos os princípios constitucionais”. Tal jurista ainda afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana é o valor supremo do nosso ordenamento jurídico, sendo fundamento de todos os direitos fundamentais, de forma que a concretização destes leva à plena efetividade daquele, razão pela qual muitos doutrinadores sustentam a superioridade axiológica do referido princípio⁸⁴.

Posto isso, tem-se que a questão do útero de aluguel deve ser efetivada com embasamento ético-jurídico no princípio da dignidade da pessoa humana, lembrando que este é o núcleo de todo o ordenamento jurídico, bem como de toda a sociedade. Ademais, se faz importante referir que a ausência de legislação específica sobre o tema não exclui, em hipótese alguma, e até mesmo obriga que toda a investigação ou análise seja feita sobre o alicerce ético-jurídico do princípio em discussão.

⁸⁰ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Supernova Editora, 1991, p. 19.

⁸¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 68-69.

⁸³ *Ibid.*, p. 83.

⁸⁴ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 107-108.

Uma vez definido o que consiste esse princípio basilar o próximo passo é identificar a existência de violação a duas dignidades distintas: a dignidade da mãe substituta e a dignidade do novo ser que surgirá dessa técnica.

Dizemos que ocorre ofensa à dignidade da mulher que cede seu útero, pois esta se coloca numa situação degradante, deixando de ser um indivíduo detentor de direito, de liberdade, de autonomia, de vontade para ser um mero instrumento utilizado por outros que buscam realizar um desejo.

Esse tipo de contrato faz com que a mulher passe a agir da forma estipulada nas cláusulas, deixando de ser ela mesma. Se formos parar para pensar, é claramente possível encarar essas mulheres como fábricas de fazer bebês, pois elas ficam nove meses produzindo um produto sem poder ter qualquer tipo de laço afetivo com ele, fazendo tudo o que determinam que ela deva fazer, deixando de fazer o que tem vontade, indo muitas vezes contra os seus ideais e princípios, para que no final do processo ela possa entregar friamente o bebê produzido a outra mulher que apenas pagou um valor para receber aquilo que ela queria. E para facilitar, bem como para que todo esse processo funcione com maior efetividade, faz-se necessário que a mãe substituta encare tudo como uma mera prestação de serviço na qual no final ela receberá uma recompensa por entregar o filho.⁸⁵

É exatamente isso que degrada a mulher, que a degrada como ser humano, pois como já foi visto nos ensinamentos de Kant, o homem não é o meio ele sempre deve ser o fim em si mesmo para que a sua dignidade não seja violada. Cabe esclarecer ainda que a mulher é rebaixada porque se submete a essa prática por dinheiro, sendo também explorada porque a sua necessidade e vulnerabilidade não são tratadas como características que exigem consideração, mas como fatores utilizados para manipulá-las a se sacrificar em favor do casal que deseja desesperadamente ter um descendente.⁸⁶

Diante disso, surge a figura do Estado que tem como finalidade propiciar condições para que as pessoas se tornem dignas, respeitando, por outro lado, a liberdade de cada indivíduo. Em outras palavras, o princípio constitucional do respeito à dignidade humana implica num compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social, de forma que cada um tem assegurado o direito de viver

⁸⁵ ANDERSON, Elizabeth S. **Is Women's Labor a Commodity?** Source: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 19, No. 1 (Winter, 1990), pp. 71-92 Published by: Blackwell Publishing Stable. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2265363>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

⁸⁶ *Ibidem*.

livremente, em harmonia com o todo social, bem como com a certeza de que suas virtualidades poderão expandir-se e concretizar-se em algo benéfico a todos nós.⁸⁷

Dessa forma, constata-se que todo o experimento científico que rebaixe a dignidade do homem, degradando-o como ele é compreendido, infringe diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é em razão desse princípio que não se pode instrumentalizar nem coisificar o ser humano, de forma que jamais pode ocorrer a inversão dos valores humanos consagrados internacionalmente.⁸⁸

Considerando todo o exposto, entende-se que, até o presente momento, não há que se falar em “contrato gestacional” quando o assunto é maternidade substitutiva, pois o procedimento não oferece nenhuma segurança e viola o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial a dignidade da mãe gestacional e a do nascituro.⁸⁹

4.2. NECESSIDADE DE NORMATIZAÇÃO

Sabe-se que as mudanças sociais sempre ocorrem mais rapidamente do que as mudanças jurídicas, afinal, cada sociedade elabora o seu Direito conforme seus hábitos e costumes, de forma que se faz necessário que haja uma mudança social para que se tenha posteriormente uma mudança jurídica. Observa-se que da mesma maneira ocorre com o progresso científico e tecnológico. Assim, desenvolvidas novas técnicas que alteram, por exemplo, conceitos e concepções de vida, morte, início e fim da vida, cabe ao direito através de seu legislador buscar se adaptar e regulamentar essas práticas.⁹⁰

No Brasil, a ausência de lei referente às novas técnicas de reprodução humana assistida, especialmente a da maternidade substitutiva, causa inúmeros conflitos nas mais diversas áreas do direito, provocando insegurança jurídica a quem tem nessas técnicas a última esperança de realizar o sonho de ter um filho. Apesar de ainda não ser legítima a intervenção penal na maternidade substitutiva, verificamos a necessidade de normatização do tema, a fim de evitar e solucionar os conflitos dela decorrentes.

É evidente que o acelerado desenvolvimento tecnocientífico força o legislador acompanhá-lo através da criação de leis e regulamentos que visam impor limites às experiências científicas, no intuito de que as normas éticas sejam respeitadas. Isso porque a

⁸⁷ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Supernova Editora, 1991, p. 20.

⁸⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 114-115.

⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 419.

⁹⁰ KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Orgs.). **Ética em pesquisa**: reflexões. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 117.

Constituição assegura liberdade para a atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas como já foi visto o princípio nuclear do nosso ordenamento precisa objetivar um limite a essa liberdade, considerando também outros valores reconhecidos constitucionalmente, como o direito à vida, à integridade física e à privacidade.⁹¹

Na realidade, como aponta Eduardo de Oliveira Leite, em relação à doutrina constitucional, até o presente momento não existe qualquer direito constitucional apto a permitir ou proibir o recurso à maternidade substitutiva e em razão dessa omissão autoriza-se o emprego dessa técnica. Ademais, enquanto não houver uma legislação específica que acompanhe o desenvolvimento dessas novas conquistas científicas, as dúvidas e perplexidades, principalmente na esfera jurídica, continuarão surgindo.⁹²

Dessa forma, o fundamental é que se estabeleça legislação objetiva e suficientemente rigorosa, no que diz respeito ao aspecto lucrativo e comercial, a evitar a exploração econômica e a violação à dignidade da mulher.⁹³ Observa Ana Cláudia S. Scalquette que a tutela das situações jurídicas envolvidas na maternidade substitutiva deverá, primeiramente, “atuar na prevenção das situações danosas, com a elaboração de um sistema protetivo e de controle de ações capazes de evitar os conflitos e inseguranças”.⁹⁴ Acrescenta ainda a referida autora, que “caso não seja possível a proteção, há de se ter, também, um sistema de reparação adequadamente estruturado para que os eventuais danos sejam reparados”.⁹⁵

Em face de todo o exposto, é possível concluir que independente das posições adotadas a mais adequada será aquela que, alheia aos interesses particulares, levar em consideração o interesse do menor. Por razões de ordem legal, bem como por razões de ordem psicológica (traumas sofridos pelo rompimento do vínculo entre a criança e a mãe biológica) é possível afirmar que o direito brasileiro, infraconstitucional, também rejeitará a ideia de um contrato de maternidade de substituição.⁹⁶

Diante dessa perspectiva, observa-se que o Brasil está no caminho certo com a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina que veda expressamente qualquer tipo de comércio de útero.

⁹¹ KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Orgs.). **Ética em pesquisa**: reflexões. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 114.

⁹² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 411.

⁹³ Ibid., p. 408.

⁹⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

⁹⁵ Ibid., p. 312.

⁹⁶ LEITE, op. cit., p. 415.

5 CONCLUSÃO

Do estudo elaborado, pode-se concluir que as técnicas de reprodução humana assistida consistem no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozoide, sem a ocorrência do ato sexual; desta forma, as técnicas de reprodução humana assistida substituem alguma etapa reprodutiva que se mostre deficiente no processo reprodutivo natural.

Das técnicas de procriação artificial existentes, foi possível identificar três em especial: a Inseminação Artificial (IA), a Fertilização In Vitro e Transferência (FIVETE) embrionária e a maternidade substitutiva. Além disso, observa-se que essas técnicas de reprodução assistida ocorrem sob duas ópticas: (a) a homóloga – quando utiliza-se somente as células germinativas do casal submetido a tratamento; e (b) a heteróloga – quando utiliza-se de células germinativas de terceiros.

Restou demonstrado que o método da maternidade substitutiva é aquele que uma mulher cede seu útero à gestação de um filho de outra que por razões de extrema gravidade não possui condições de gestar. Observou-se que este tipo de procedimento pode ocorrer de diversas maneiras, levando em conta a origem dos gametas que serão fecundados na mãe substituta. Noticiou-se também a possibilidade de uma criança, cuja gestação se deu desta forma, possuir três mães distintas. Nesse caso, poderia haver até três pessoas que se encontrariam na qualidade de mãe, uma delas seria a mãe biológica – a que forneceu o material –, a mãe socioafetiva – aquela que deseja muito ter um filho –, e a mãe gestacional, ou substituta, que é aquela que carregou o filho da mãe socioafetiva em seu ventre durante toda a gestação.

Apesar de, atualmente, tramitar no Congresso Nacional projetos de leis acerca da reprodução assistida, no ordenamento jurídico brasileiro ainda não existe legislação específica, o que temos é somente uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que disciplina alguns aspectos de caráter geral da reprodução assistida.

A questão da utilização das tecnologias reprodutivas na modalidade da maternidade substituta deflagra a questão da comercialização de útero. Diante disso, muitos sustentam a necessidade de incriminação dessa prática, a fim de evitar a instrumentalização da mulher e proteger os direitos do nascituro.

Após exposição do critério legitimador da intervenção penal e de alguns institutos penais, foi possível verificar que o Direito Penal, como *ultima ratio*, ainda não possui legitimidade para intervir nessa questão do comércio de útero. Isso porque ainda não se considera que essa prática ameace ou viole gravemente um valor considerável, extremamente

essencial. O verdadeiro receio com essa prática vem da possibilidade de contratar uma mulher que mediante pagamento irá gestar o filho de outra e posteriormente entregar àquela pessoa ou àquele casal que contratou o serviço.

Verifica-se que o que há é um descompasso de posicionamentos no que se refere à possibilidade de contratar uma mulher que mediante pagamento vai se dispor a gestar o filho de outra e, posteriormente, entregará a criança àqueles que contrataram o seu serviço. Alguns defendem a possibilidade de tal prática, em razão de ela ser uma prestação de serviço como outra qualquer, outros, por outro lado, entendem não ser possível, haja vista que ao permitir que uma mulher se coloque na condição de um instrumento, uma máquina de fazer bebês, estar-se-ia afrontando a dignidade da mulher, bem como à da futura criança.

Para nosso entendimento, encontra-se mais correta a segunda posição, pois não se pode admitir que tanto a mulher, quanto a criança, tenham suas dignidades violadas ao serem instrumentalizadas para satisfazer o desejo alheio. Tem-se a dignidade humana como valor fundamental, razão pela qual em hipótese alguma se pode permitir que ela seja violada, mesmo que a sua proteção resulte na limitação de outros princípios e direitos fundamentais.

É indispensável, portanto, que se faça uma legislação específica para tratar do assunto. Como vimos, apesar de haver uma norma deontológica do Conselho Federal de Medicina regulamentando tal prática, essa, por não ter caráter coercitivo, não serve para solucionar ou, até mesmo, evitar possíveis conflitos. Com a criação de uma lei sobre a matéria, estar-se-ia, não só acabando com os diferentes posicionamentos, mas, o mais importante, gerando uma segurança jurídica para aqueles casais, que ficam com certo receio de se submeter a essa prática; para a mulher; e para o nascituro que saberiam que sua dignidade estaria preservada na forma prevista em lei.

Contudo, enquanto não é feito um regramento especial, posicionamo-nos pela possibilidade da realização do procedimento da forma como está atualmente prevista na Resolução do Conselho Federal de medicina, visando sempre de forma preponderante o interesse da criança que é o interesse mais vulnerável nessas situações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000. 165 p.

AMORIM, Caroline Sebastiany. **Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no direito brasileiro**. Disponível em:

<<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/direitouni/direitouniCapa/direitouniGraduacao/direitouniGraduacaoDireito/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCurso/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCursoPublica>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BADALOTTI, Mariangela. Aspectos bioéticos da reprodução assistida. **Revista de Medicina da PUCRS**, Porto Alegre, v.7, n.3, p.88-89, 1997.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 133 p.

BELINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Tradução de: Isabel Regina Augusto. Brasília: Editora UnB, 1996. 212 p. Tradução de: La mercê finale.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 932 p. v.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Projeto de Lei n. 1.184/2003 de 3 de junho de 2003. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9C3968AE58ACF166C5095CD4E71222A9.node1?codteor=137589&filename=PL+1184/2003>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Resolução CFM n. 1.358/1992 de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Resolução CFM n. 1.957/2010 de 15 de dezembro de 2010. Resolução do Conselho Federal de Medicina que substituiu in totum a Resolução CFM n. 1.358/1992. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jan. 2011. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Resolução CFM n. 2.013/2013 de 16 de abril de 2013. Revoga a Resolução CFM n. 1.957/2010. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 mai. 2013. Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 107082 da Segunda Turma, Brasília, DF, 27 de março de 2012. **Diário da Justiça eletrônico n. 81**, Brasília, DF, 25 abr. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 104410 da Segunda Turma, Brasília, DF, 06 de março de 2012. **Diário da Justiça eletrônico n. 62**, Brasília, DF, 26 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 114060 da Segunda Turma, Brasília, DF, 25 de setembro de 2012. **Diário da Justiça eletrônico n. 38**, Brasília, DF, 26 fev. 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no Direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/repbrau.htm>>. Acesso em 23 mai. 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Das implicações jurídicas da maternidade substituição**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais_saopaulo.html>. Acesso em: 23 mai. 2013.

CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). **Bioética e vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, fev. 2008. 332 p.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre Livraria do Advogado Editor, 2009. 127 p.

D'AVILA, Fábio Roberto (Org.). **Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. 195 p. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=14JvmhoRWYIC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 23 mai. 2013

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 672 p.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aument. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 840 p.

ESPANHA. Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, núm. 126, de 27 de mayo de 2006, páginas 19947 a 19956. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 23 mai. 2013.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 189 p.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. 223 p.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Supernova Editora, 1991. 214 p.

FRANÇA. Loi n. 2004-800 du 6 août 2004 relative à labioéthique. Éthiqueetbiomédecine. Décision n. 2004-498 DC du 29 juillet 2004 publiéauJournalofficiel de cejour. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000441469&dateTexte=&categorieLien=id>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1040 p.

GOLDIM, José Roberto. **Maternidade Substitutiva**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/matersub.htm>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 217 p.

GUIMARÃES, Luiz Chemin. **Inseminação artificial criminosa**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. 123 p.

ITÁLIA. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in matéria di procreazione medicalmente assistita. Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. 322 p.

KIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Orgs.). **Ética em pesquisa: reflexões**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. 150 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 480.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 376 p.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: [s.n.], 2003. 327 p.

MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil**. Porto Alegre: [s.n.], 2010. 254 p.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. 178 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; Bottini, Pierpaolo Cruz; Pacelli, Eugênio (Coords.). **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011. 287 p. (Série IDP).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009. 1120 p.

OLIVEIRA, Flávia Ribeiro de; TOLEDO, Ana Rita de Paiva. **O que mudou com nova resolução do Conselho Federal de Medicina sobre reprodução assistida?**. Disponível em:

<http://www.febrasgo.org.br/arquivos/femina/Femina2011/marco/Femina-v39n3_119-120.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2013.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca Central Ir. José Otão. Modelo para apresentação de citações em documentos elaborado pela Biblioteca Central Irmão José Otão. 2011. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/biblioteca/Capa/BCEPesquisa/BCEPesquisaModelos>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

PORTUGAL. Lei n. 32/2006 de 26 de julho de 2006. Dispõe sobre Procriação medicamente assistida. Diário da República, 1ª. Série – n. 143 – 26 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_Lei_32_2006.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 133 p.

REINO UNIDO. HumanFertilisationandEmbryologyAct 2008. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal**: curso completo: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 951 p.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição**: aspectos éticos e jurídicos. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/.../denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 192 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita DostalZanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. 184 p.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. 374 p.

SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 633 p.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. **Gestação de substituição**: Direito a ter um filho. Disponível em: < <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 438 p.

_____. **Direito penal genético e a lei de biossegurança**: Lei n. 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida... Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 139 p.

_____. **Direito penal médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 149 p.

VENDRAMI, Camila Lopes et al. **Cessão temporária de útero**: aspectos éticos e ordenamento vigente. Disponível em: <www.febrasgo.org.br/arquivos/femina/.../Femina_v38n6_p301-5.pdf>. Acesso em: 23. mai. 2013.