

Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento jurídico vigente

Surrogate motherhood: ethical aspects and established juridical order

Camila Lopes Vendrami¹

Caio Parente Barbosa²

Juliana Roberto Dos Santos³

Emerson Barchi Cordts⁴

Mariana Alves Parente Barbosa⁵

Ângela Mara Bentes de Souza⁶

Palavras-chave

Mães substitutas

Mães substitutas/legislação &

jurisprudência

Contratos/legislação & jurisprudência

Keywords

Surrogate mothers

Surrogate mothers/legislation &

jurisprudence

Contracts/legislation & jurisprudence

Resumo

Maternidade de substituição é a técnica de reprodução assistida que consiste na inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, em que uma mulher (doadora) gera um bebê com intenção de entregá-lo para outra mulher (receptora), solicitante do procedimento. Apesar de ser uma prática antiga, com relatos de casos na Bíblia, não há, atualmente, legislação que regulamente a prática no Brasil. Há opiniões controversas por todo o mundo – entre os países que permitem a prática e os que a proíbem e ainda entre os que se mostram ambíguos frente ao assunto. Na tentativa de estabelecer critérios para a prática, o Conselho Federal de Medicina instituiu normas éticas no que diz respeito à gratuidade da doação e à necessidade de parentesco entre as partes, além de limitar os procedimentos às situações nas quais há um problema médico que impossibilite a solicitante de gerar um filho. Trata-se de uma situação complexa, envolvendo muitos indivíduos, além de ser uma questão não somente legal, mas sobretudo ética. Esta revisão visou estimular e dar subsídios à reflexão por parte dos médicos ginecologistas que se deparam com essa questão em seu dia a dia.

Abstract

Surrogate motherhood is an assisted reproduction technique that consists of artificial insemination or *in vitro* fertilization, in which a woman (donor) generates a child with the intention of giving his/her to another woman (receiver), who is the solicitor of the procedure. Although it is an ancient practice, with cases related in the Bible, it does not have, nowadays, a legislation that regulates its practice in Brazil. There are controversial opinions in the entire world: among countries that allow the practice and those that forbid it, besides the countries that are ambiguous about the subject. In the attempt to establish criteria for this practice, the Brazilian Federal Medical Council instituted ethical rules that concern the gratuitousness of the donation and the need for kinship between the parts, and limited the procedures to the situations in which there is a medical problem that disables the solicitor to generate a child. This is a complex situation, which involves many individuals, and it is not only a legal issue, but also an ethical one. This review intended to stimulate and give subsidies for reflexion of gynecologists, which have to face this issue.

Faculdade de Medicina do ABC (FMABC) – Santo André (SP), Brasil

¹ Médica pela FMABC – Santo André (SP), Brasil

² Médico. Doutor em Ginecologia pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) – São Paulo (SP), Brasil; Professor regente da FMABC – Santo André (SP), Brasil

³ Mestre em Fisiopatologia Experimental pela Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo (SP), Brasil; Responsável pelo Setor de Psicologia da FMABC – Santo André (SP), Brasil

⁴ Médico pela FMABC. Especialista em Reprodução Humana; Coordenador do Ambulatório de Infertilidade Conjugal do Setor de Reprodução Humana da Disciplina de Ginecologia e Obstetrícia da FMABC – Santo André (SP), Brasil

⁵ Médica pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC) – Campinas (SP), Brasil

⁶ Médica. Doutora em Ginecologia e Obstetrícia pela Chinese University of Hong Kong; Professora Colaboradora do Departamento de Ginecologia e Obstetrícia da FMABC, Santo André (SP), Brasil

Endereço para correspondência: Camila Lopes Vendrami – Rua Desembargador Theodomiro Dias, 185 – Butantã – CEP 05540-080 – São Paulo (SP), Brasil – Tel.: (11) 8146-5834 – E-mail: camny.lv@gmail.com

Introdução

Na busca pela transcendência, o ser humano costuma ver nos filhos a perpetuação da própria existência. Por muito tempo, o anseio de ter filhos fez parte do espaço privado do casal, sendo que aqueles que não conseguiam tê-los naturalmente encontravam-se sem outras perspectivas. As mulheres contemplam a maternidade como uma experiência de continuidade, natural e fundamental para a noção de feminilidade. Os homens, por sua vez, consideram a paternidade como confirmação de sua sexualidade e virilidade¹(B).

A busca por terapêuticas contra a infertilidade corresponde a um desejo perseverante do casal infértil, mantida pela evolução científica e pelo interesse dos médicos motivados pelos progressos que surgem. A mãe de substituição aparece, muitas vezes, como o único ou último recurso – quando os demais tratamentos fracassaram, uma mulher gera uma criança para outra com a intenção de entregar esta após o nascimento. Contudo, uma gravidez gerada por uma pessoa alheia ao relacionamento do casal parece fugir de todos os parâmetros advindos do cristianismo²⁻⁴(D).

A prática é ancestral, sendo inclusive mencionada na Bíblia, como na história de Abraão, sua esposa Sara e a criada desta, Hagar. Nessa história, Sara descobre ser incapaz de conceber e providencia para que Abraão engravide Hagar, que conceberá Ismael (Gênesis 16, versículos 1-16).

Os primeiros casos clínicos relativos ao empréstimo de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos, sendo que somente em 1988 tornou-se pública a existência de uma associação de mães de substituição. Foi nos Estados Unidos, porém, com o caso “Baby M”, em 1988, que ocorreu grande repercussão pública, pela primeira vez, sobre a questão da maternidade de substituição. O casal de cientistas William e Elizabeth Stern assinou um contrato de locação de útero com a senhora Mary Beth Whitehead, casada e com dois filhos, para que esta carregasse a criança concebida com espermatozoides do senhor Stern. Apesar da remuneração fixada em US\$10.000, adicionada de US\$2.000 para despesas variadas, a mulher recusou-se a entregar a criança após o parto. O caso foi levado a julgamento e o veredito foi deferido a favor do casal Stern, cuja sentença foi fundamentada na admissão do contrato entre as partes e no melhor interesse para a criança em ser educada em uma família com mais recursos².

O empréstimo de útero permeia duas hipóteses diferentes: a mãe portadora (aquela que apenas empresta seu útero, no qual se transfere um ou vários embriões obtidos por meio da fecundação *in vitro* dos óvulos e dos espermatozoides do casal solicitante) e a mãe de substituição, que, além de emprestar seu útero, fornece

igualmente seus óvulos, sendo, portanto, uma mulher fértil que será inseminada com o espermatozóide do marido da mulher que não pode conceber². O emprego do útero de substituição, obtido por meio de inseminação artificial que resulte em gestação, fere o código de ética médica porque os “óvulos doados” ao casal solicitante não ocorre de forma a respeitar o anonimato.

As indicações do empréstimo de útero são de caráter médico: infertilidade vinculada a uma ausência (congenita ou adquirida) de útero, afecções uterinas que impeçam uma gestação ou sua manutenção, ou contra-indicações médicas a uma eventual gravidez (insuficiência renal severa, ou diabetes grave insulino-dependente). A consequência para a mulher é a incapacidade de levar a termo uma gravidez, quer se trate de uma anomalia de nascença ou de um problema detectado na idade adulta e provocador de uma histerectomia^{2,5}(D).

Por se tratar de uma das técnicas disponíveis de reprodução assistida, a gestação de substituição é disciplinada pelo ordenamento existente e, enquanto nenhum dos projetos de lei em andamento no Congresso é aprovado, seus limites são impostos pela própria sociedade, destacando-se os acordos entre os envolvidos e as normas éticas do Conselho Federal de Medicina⁶(D).

A doação temporária de útero não deve ter objetivo comercial ou lucrativo, sendo um dos limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro a gratuidade, assim como pelas normas éticas que regem a reprodução assistida (resolução 1.358/92, seção VII, item 2). O fato é consequente dos mesmos princípios referentes à doação de gametas, uma vez que o corpo humano e suas substâncias são objetos fora de comércio e, portanto, a denominação “barriga de aluguel” é considerada imprópria, apesar de popular, não sendo lícito falar em contrato. Torna-se adequado, assim, o emprego dos termos “cessão ou doação temporária de útero”, que refletem exatamente o que se admite e pretende⁶.

Entretanto, é importante ressaltar que enquanto não existe lei específica sobre o tema, a comercialização não é crime. Afronta, porém, a Constituição Federal, o que resulta em ilegalidade, reflexos na área das indenizações e mesmo validade dos atos cometidos, com responsabilização dos mesmos se houver dano. Ainda na dúvida sobre a determinação legal a respeito do estado de filiação e posterior disputa entre os envolvidos, caberá ao Poder Judiciário a análise do caso, sendo que o melhor interesse da criança orientará a decisão judicial⁶.

Trata-se de uma questão complexa, que envolve indivíduos com diferentes expectativas, nem sempre apresentando o desfecho final esperado. Dessa forma, é importante analisar a tendência mundial frente à problemática, pendendo à proibição ou aceitação da prática, uma vez que a questão é não somente jurídica, mas também ética.

Os objetivos do presente trabalho foram discutir e comparar o ordenamento jurídico no quesito cessão temporária de útero em âmbito mundial.

Metodologia

As palavras-chave empregadas para pesquisa do tema foram “surrogacy”, “surrogate motherhood”, “legislation”, “law”, “gestational carrier”, “barriga de aluguel”, “mãe de substituição”, “legislação”, “legislação e jurisprudência”, “projetos de lei” e “cessão temporária de útero”. Quanto aos sites de busca utilizados na elaboração do trabalho, ressalta-se: Jus Navigandi, Google, CDC, Senado Federal, Bireme, Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, PubMed e SciELO, utilizados durante o período de setembro 2006 a agosto de 2008. A busca resultou em um total de 48 artigos.

Discussão

O apelo às mães de substituição para permitir a um casal a possibilidade de ter filhos tornou-se realidade merecedora de atenção e mesmo de cuidados, tratando-se de uma técnica legal e eticamente permitida no Brasil⁶.

Na realidade, como mencionado, não é recente que uma mulher possa ter uma gestação realizada por outra, havendo menção da hipótese até na Bíblia²; no entanto, a possibilidade de fazê-lo com a inexistência de vínculo genético entre mãe substituta e a criança, e mesmo sem relação sexual entre a mãe substituta e o marido da mulher incapaz de manter a gestação, só tornou-se viável com as técnicas de reprodução assistida³.

Cuidados são necessários diante da nova realidade pelos princípios em torno da maternidade. Pelo direito vigente, a gestação e o parto são determinantes dessa maternidade, sendo a criança filha de mãe de cujo útero saiu. Contudo, já se sabe que isso não é mais totalmente verdadeiro^{6,7}(D).

Os avanços recentes da reprodução assistida eliminaram a necessidade do ato sexual para gerar uma gravidez de substituição. A mulher que recorre a essa técnica pode ser a mãe genética (caso forneça o óvulo) ou pode não contribuir em nada para a gravidez. O pai genético pode ser o marido da mulher que recorre ao procedimento ou o marido da mãe de substituição ou, ainda, um doador anônimo. Existem, portanto, inúmeras combinações possíveis de envolvidos na concepção, nascimento e primeiro ambiente da criança².

A mãe de substituição aceita gerar, até o nascimento, uma criança destinada desde a concepção a outros pais, criando-se, assim, um problema ético a partir de sua origem e a reprodução

fica completamente separada da gestação e do nascimento. Os pais substitutos podem não ter nenhuma obrigação em relação à criança que vai nascer; a mãe pode limitar sua responsabilidade à gestação e as crianças podem nascer com um só pai ou, ainda, nascer muito tempo após a morte dele².

Entre as diversas possibilidades existentes, as mais utilizadas são: gravidez de substituição após inseminação artificial, na qual a mãe de substituição é a mãe genética inseminada com o esperma do pai biológico que recorre à técnica, e a utilização da fecundação *in vitro*, na qual o óvulo e o esperma provêm do casal solicitante e o embrião é, então, transferido ao útero da mãe de substituição².

Apesar das conquistas médico-científicas permitirem a implantação do embrião no útero e o desenvolvimento de uma gestação normal por meio do conhecimento dos mecanismos hormonais, tais progressos ainda não conseguiram atingir o cerne da relação mãe-feto, que surge durante a gestação, como apontou o Comitê Consultivo Nacional de Ética para as ciências da vida e da saúde, na França².

É psicologicamente comum observar-se arrependimento, verificando-se que a mulher só consegue avaliar a profundidade de seu ato durante a gestação. Por isso, o Conselho Federal de Medicina estabeleceu como norma ética que a doadora temporária do útero deva pertencer à família solicitante, num parentesco até segundo grau. Caso não haja parentesco, os casos estão sujeitos à prévia autorização do Conselho Regional de Medicina do local onde o serviço médico a ser utilizado se localiza⁶.

Além da exigência do parentesco de segundo grau, o Conselho Federal de Medicina limitou os procedimentos às hipóteses de problemas médicos que impeçam ou contraindiquem a gestação pela mãe genética (solicitante). O objetivo da resolução nº 1.358/92 foi limitar ao máximo as indicações, considerando-se os inúmeros conflitos que podem ocorrer e a precariedade das soluções⁶.

Devido à complexidade com que a questão se apresenta, a tendência mundial ainda é controversa, como se pode evidenciar pelos dados apresentados no Quadro 1.

Na Europa, existe divergência entre o ordenamento jurídico vigente entre os países. Na Alemanha, a prática é proibida, de acordo com a Lei de Proteção ao Embrião, de 1990. Noruega, Suécia, Espanha e Áustria também a proíbem. De acordo com a Lei em Bioética, de 1994, a prática é proibida na França. A Finlândia também não permite a doação temporária de útero, por meio de um acordo não publicado, entre o Ministério da Justiça e o Ministério de Assuntos Sociais e de Saúde⁴. A Suíça não permite a prática, de acordo com a Lei de Medicina Reprodutiva, de 1998, e o ordenamento em Medicina Reprodutiva,

Quadro 1- Previsão legal no cenário mundial

Continentes	Lei
América	
Estados Unidos	
Alabama+7 Estados	Indefinida
Califórnia+19 Estados	Inexistente
Nova Iorque+14 Estados	Permitido
Indiana+5 Estados	Proibido
Pensilvânia	Ambigua ^{4,9,11} (D)
Canadá, Argentina, Brasil, Colômbia, Venezuela	Permitido ^{12,16} (D)
Europa	
Bélgica, Dinamarca, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda	Permitido
Alemanha, Áustria, Espanha, França, Finlândia, Itália, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça	Proibido ^{4,8,9,10} (D)
Ásia e Oceania	
Malásia, Filipina, Indonésia	Inexistente
Israel, Índia, Rússia, Ucrânia	Permitido
China, Japão, Cingapura	Proibido
Austrália	Depende do Estado ^{4,13,14,15} (D)

de 2000^{6,8}. Tanto a Dinamarca quanto a Holanda proíbem acordos conduzidos de forma comercial, sendo que, na Holanda, isso ocorre por meio do Código Penal (artigos 151b e 151c)⁴. No Reino Unido, é permitido apelar à prática pelo Acordo de Cessão Temporária de Útero de 1985 (c.49, s.15), apresentando uma emenda na Lei de Fertilização e Embriologia Humana, de 1990 (c.37), sendo somente permitido pagar gastos justificáveis à mãe de substituição, sem a permissão, no entanto, de *marketing* a respeito (Quadro 1)^{4, 9,10}(D).

Segundo o *American College of Obstetrics and Gynecology* ACOG, nos Estados Unidos, são as mulheres que geraram e deram a luz à criança que devem ser consideradas mães legalmente. Atualmente, cada estado desse país possui sua própria regulamentação, sendo que o Texas apresenta um dos melhores ordenamentos em relação à reprodução assistida.

De acordo com a lei do Estado do Texas, por meio da formulação de acordos próprios, doadores (de esperma, óvulo ou embriões) não são considerados pais legais de uma eventual criança gerada. Quanto ao acordo da gravidez de substituição, este deve ser assinado por todos os envolvidos até 14 dias antes da transferência do embrião para o útero da mãe de substituição e deve ser previamente aprovado pela justiça. Para que a aprovação pela corte ocorra, é necessário que os pais solicitantes sejam casados, a mãe solicitante seja incapaz de carregar uma gestação a termo (e esta cause risco à sua saúde ou à da criança), a mãe de substituição tenha passado por, pelo menos, uma gestação prévia (e outra gravidez não seja causa de risco à sua saúde ou à da criança) e os óvulos da mãe de substituição não tenham sido

utilizados no processo. Além disso, é necessário um relatório médico, assegurando que os envolvidos estão cientes do acordo estabelecido e dos riscos envolvidos, o que inclui responsabilidade por despesas com a gestação e medidas de proteção à saúde da mãe de substituição (Quadro 1)^{4,11}.

O Canadá é rígido nessa questão pela Lei Federal C6, que regulamenta a reprodução assistida e pesquisa relativa à mesma, proibindo a comercialização ou acordos de pré-concepção, sob ameaça de sanção criminal para quem os praticar ou atuar como intermediário. De acordo com a *House of Commons*, de 2004, somente mulheres com 21 anos ou mais podem se voluntariar; a Sociedade de Fertilidade e Andrologia (CFAS) e a Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia (SOGC) determinaram políticas com aspectos éticos para guiar a reprodução assistida^{4,12}(D).

Na Austrália, cada estado possui um ordenamento diferente, sendo que o Conselho de Saúde Nacional e Pesquisa Médica, em 1992, julgou que é eticamente inaceitável a prática comercial⁴.

A Rússia, segundo o Código da Família (s.51(4)(2)), de 1995, permite esse recurso, sendo que a certidão de nascimento é expedida aos pais biológicos, diretamente, em até 72 horas do nascimento, sem necessidade de apelação à corte. Em se tratando de pais solteiros, estes devem requisitar o reconhecimento de paternidade no Departamento de Registro Natal (ZAGS) antes ou após o nascimento. Nesse âmbito, tanto a Índia quanto a Ucrânia também permitem recorrer a essa prática em seus territórios^{4,13,14}.

No Japão, o Comitê de Tecnologia em Reprodução Assistida (ARTC 2003), de 28 de abril de 2003, proibiu veementemente esse recurso no território no país⁴. Em 2001, o Ministério da Saúde também vetou essa prática na República Popular da China⁴. Cingapura é outro exemplo de país onde tal recurso é proibido; atualmente, contudo, protocolos éticos e um sistema de leis vêm sendo propostos e discutidos a respeito¹⁵.

No Brasil, como mencionado anteriormente, existe, entre outros, o projeto de lei nº 90, de 1999 (idealizado pelo senador Lúcio Alcântara), e que, em 2000, foi aprimorado, visando regulamentar a reprodução assistida no país, inclusive a cessão temporária de útero^{16,17}(D).

Nota-se, assim, que se trata de uma questão polêmica, tanto culturalmente quanto eticamente, cabendo a cada país se posicionar a respeito, mesmo que nem sempre isso possa agradar todas as vertentes da população.

Cada país possui sua própria regulamentação em relação ao útero de substituição, baseando-se em critérios religiosos, legais e éticos locais. Acreditamos que a resolução do Conselho Federal de Medicina é adequada e impõe limites éticos e legais à prática, já que os projetos de lei existentes ainda estão em tramitação no Congresso Nacional.

Leituras suplementares

1. Samrsta M, Nunes JC, Kalume C, Cunha ACR, Garrafa V. Expectativa de mulheres à espera de reprodução assistida em hospital público do DF – estudo bioético. *Rev Assoc Med Bras.* 2007;53(1):47-52.
2. Leite EO. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1995.
3. Meinke SA. Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues. Scope Note 6- National Reference Center for Bioethics Literature. [Internet]. 2001. [cited 2008 Oct. 31]. Available from: <http://bioethics.georgetown.edu/publications/scopenotes/sn6.pdf>
4. Nakash A, Herdiman J. Surrogacy. *J. Obstet. Gynaecol.* 2007; 27(3): 246-51.
5. Resolução CFM nº 1.358/92. [cited 2009 Dec. 2]. Available from: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm
6. Oliveira DCA, Borges Jr E. Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia; 2000.
7. Adrovande A, França DG. A reprodução assistida e as relações de parentesco [Internet]. 2006. [cited 2008 Oct. 31] Available from: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127&p=2>
8. Kriaki-Catranis I. Human assisted procreation and human rights – the greek response to the felt necessities of the time. *Eur J Health Law.* 2003;10: 271-80.
9. Surrogacy. Max Planck Institute. [cited 2008 Oct. 20]. Available from: http://www.cueno.de/medr/show_all.asp
10. Surrogacy. [cited 2008 Oct. 31]. Available from: <http://www.repromed.de/europa>
11. Surrogacy 911. USA Laws. [cited 2008 Oct. 20]. Available from: http://www.surrogacy911.com/laws/united_states-4.htm
12. Reilly DR. Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers. *CMAJ.* 2007. 176(4):483-85.
13. Srivastava S. India gives birth to lucrative business [Internet]. 2007. [cited 2008 Oct. 20]. Available from: http://www.atimes.com/atimes/South_Asia/IC01Df05.html
14. Surrogacy in Ukraine [Internet]. 2007. [cited 2008 Oct. 31]. Available from: <http://en.surrogacy-ukraine.com/>
15. Heng BC. Proposed ethical guidelines and legislative framework for permitting gestational surrogacy in Singapore. *Reprod Biomed Online.* 2007;15 Suppl 1:7-11.
16. Projeto de lei nº 90/99. [cited 2008 Dec. 5]. Available from: http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc_juridicos/pls90.htm
17. Projeto de lei nº 90 (substitutivo), de 1999 [Internet]. 2001. [cited 2008 Dec. 5]. Available from: http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc_juridicos/pls90subst.htm