

A identificação da mãe jurídica na “barriga de aluguel”

Enviado por Fernando David de Melo Gonçalves
01-Mai-2008

A maternidade, antes indubitosa, hoje admite contestação. Destarte, a premissa “mater semper certa est”; não tem mais caráter absoluto, já que na hipótese de maternidade de substituição uma mulher será a “doadora” do material genético e outra suportará a gestação e o parto.

O Código Civil brasileiro não definiu filiação, cingindo-se a determinar o que é parentesco em linha reta. Isso veio por meio do artigo 1591 do referido Códex com a seguinte redação: “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendente e descendente”. Diante da lacuna legal, coube à doutrina estabelecer os parâmetros da filiação. Esta, segundo ótica do estudioso da matéria Mário Aguiar Moura, “é o conceito triangular irreduzível, sob o aspecto natural, sendo que no conceito natural, envolve a paternidade propriamente dita e a maternidade, premissas de que é resultante a filiação. Nem sequer os audaciosos avanços da ciência médica, obtendo a concepção em laboratório, fogem dessa triangularidade”. Respeitando a “triangularidade” revelada pelo digno professor Mário de Aguiar Moura é interessante perceber que a maternidade, antes indubitosa, hoje admite contestação. Destarte, a premissa “mater semper certa est”; não tem mais caráter absoluto, já que na hipótese de maternidade de substituição uma mulher será a “doadora” do material genético e outra suportará a gestação e o parto. Esse tema foi abordado em trabalho anterior. Todavia, embora se tenha referido que a Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina admite a técnica de mãe de substituição ou, como é coloquialmente conhecida, “barriga de aluguel”; desde que a cedente temporária de útero pertença à família da doadora genética num parentesco até segundo grau e realize a gestação sem fins lucrativos; não foi enfrentada a questão da atribuição da maternidade em si. Assim, remanesce a dúvida: qual das duas mulheres seria a verdadeira mãe, a genética ou a biológica? Não obstante o assunto seja controverso e gere intensa celeuma doutrinária, a maternidade em si, no entender deste trabalho, deve ser atribuída apenas à “doadora” do material genético. Pensar o contrário levaria a um caos jurídico de proporções gigantescas. Explica-se: além do objeto de suposto contrato de cessão temporária e gratuita de útero só ter sentido se houver entrega do produto da concepção para a família genética (âmbito contratual), a criança gerada, caso fosse considerada descendente da cedente do útero, poderia ajuizar ação de investigação de paternidade/maternidade, na qual se constataria, respectivamente, seu vínculo genético com outro pai e/ou outra mãe, culminando inclusive no reconhecimento dos efeitos sucessórios daí decorrentes (âmbito de família e sucessões). Desde a égide do Código Civil de 1916, o Direito de Família, em sede de convolação de segundas núpcias, resguardou-se diante das possíveis confusões de sangue e de patrimônio que esse segundo casamento poderia originar. Assim, concebeu hipóteses chamadas antes de impedimentos impeditivos e, atualmente, de condições suspensivas, as quais não obstam o novo matrimônio, mas impõem a ele o regime da separação legal de bens; artigo 1641, inciso I do novo Código Civil. Como se vê, a tradição de nosso Direito de Família aponta na direção de sanar incertezas parentais que possam turbar o bom andamento de futura sucessão hereditária, tanto no tocante ao patrimônio quanto à paternidade; “turbatio sanguinis”; e, o que se infere da dicção dos incisos I, II e III do artigo 1523 do Código Civil atual. O único motivo pelo qual a Lei Civil não se precaveu também quanto à maternidade; que não deixa de ser desordem de sangue; foi pelo fato de vigorar até recentemente o princípio “mater semper certa est”. Hodiernamente, dada as novas técnicas de inseminação artificial e o procedimento da maternidade de substituição (“barriga de aluguel”), isso não é mais verdade. Deste modo e adotando-se a mesma linha do ordenamento civilista, a atribuição de maternidade à mulher “doadora” do material genético e não àquela que suportou a gestação e o parto é a opção mais consentânea com o princípio da segurança jurídica. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/1990, em seu artigo 19 traz o princípio da preferência da família natural sobre a substituta, nos seguintes termos: “art. 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.” Portanto, claro se assevera que a mulher “doadora” do material genético pertence à família natural da criança e, por isso, o ECA a prefere como mãe, de maneira explícita. Mesmo que assim não fosse, o artigo 42, parágrafo primeiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/1990, é enfático ao vedar a adoção; espécie de família substituta; por ascendentes e irmãos do adotando, assim prelecionando: “art. 42, § 1.º - Não poderão adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. Esse impedimento de constituir-se vínculo de filiação sócio-afetivo, via adoção, por parente em linha reta e por irmão do adotando não vem por acaso. Da mesma forma que o raciocínio de direito civil de família apresentado, ele surge da intenção do ordenamento jurídico de obstaculizar o tumulto sucessório. Essa é a conclusão do professor e magistrado Carlo Eduardo Pachi, note-se: “Ao contrário do que ocorria no Código de Menores, a Lei 8.069/90 veda expressamente a adoção por ascendentes e irmãos do adotando (§ 1.º, art. 42). Isto visa evitar confusões de parentesco, pois o neto passaria a ser filho, da mesma forma que o irmão. A jurisprudência quanto ao tema é tranqüila, estabelecendo a impossibilidade de adoção por ascendentes e irmãos (RT 671/80, JTJ 136/149).” Logo, a par da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina; a qual só admite a técnica de cessão temporária de útero se a cedente for da família da “doadora” do material genético, no máximo até segundo grau de parentesco; não há como se atribuir a maternidade à mulher que realizou “barriga de aluguel”, sob pena de infirmarem-se todos os dispositivos do ECA que militam em favor da família natural e da ausência de desordem parental. Caso a criança gerada fosse filha da cedente do útero, ela também seria sobrinha da sua mãe genética; considerando gestação feita por irmã de maneira a respeitar o segundo grau de parentesco. Enfim, para evitar o caos sucessório, a solitária conclusão recai na maternidade da

“doadora” do material genético em detrimento da mulher que realizou “barriga de aluguel”.Entretanto, não seria absurdo conceder direitos de visitação à mulher que realizou “barriga de aluguel” – como ocorreu em decisão da Corte Superior de Nova Jersey nos Estados Unidos da América no Norte em 1987 – realizando-se uma razoável ponderação de interesses, em benefício do bem-estar da criança.<!--[endif]-->

<!--[if !supportFootnotes]-->[1]<!--[endif]--> MOURA, Mário Aguiar. Tratado Prático da Filiação, Porto Alegre, 3.^a Edição, p. 17.<!--[if !supportFootnotes]-->[2]<!--[endif]--> MUNIR, Cury (Coordenador). Estatuto da Criança e Adolescente Comentado, 6.^a Edição, Malheiros, pg 161