

**MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO:
REFLEXÕES A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA EM RAZÃO DA LACUNA NORMATIVA DO
DIREITO BRASILEIRO¹**

Helder Baruffi²

Mariane Haerberlin de Moraes³

Fecha de publicación: 01/01/2015

*"Os conhecimentos científicos não
devem ser utilizados senão para
servir à dignidade, à integridade e
ao aperfeiçoamento do homem."*

Jean Dausset

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Bioética e Direito. 3. As técnicas de reprodução humana medicamente assistida e a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. 3.1. As técnicas de reprodução humana medicamente assistida. 3.2. A Resolução nº 2.013/2013 do CFM. 3.2.1 A maternidade de substituição na Resolução 2.013/2013 do CFM. 3.3. Do direito à procriação e ao planejamento familiar. 4. A legitimidade da maternidade de substituição. 4.1. Os novos paradigmas familiares. 4.2. A maternidade de substituição à luz do princípio dignidade da pessoa humana. 4.3. O papel do Estado na proteção da família. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

¹ Artigo desenvolvido no âmbito das atividades do Grupo de Pesquisa “Direito, Estado e Sociedade” da Faculdade de Direito e Relações Internacionais/UFGD/CNPq.

² Mestre em Direito – PUC-SP; Doutor em Educação – USP. Estágio Sênior (Pós-Doutoramento) no Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra (Bolsa Capes, processo 3590-13-5). Professor Associado IV, da Faculdade de Direito e Relações Internacionais/UFGD. Professor de Direito Civil no Curso de Direito/FADIR/UFGD. Membro do IBDFAM. Correio eletrônico: helderbaruffi@ufgd.edu.br

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Correio eletrônico: marianehaerberlin@hotmail.com

RESUMO:

Atualmente, as famílias podem ser constituídas por diversas formas. Neste contexto, as técnicas de reprodução humana assistida ganharam um grande destaque, pois possibilitaram a formação de famílias por métodos artificiais, dando as pessoas com problema de infertilidade ou esterilidade a chance de terem filhos que não através da adoção. Dentro das técnicas de reprodução medicamente assistida está a maternidade de substituição, que é um acordo pelo qual uma mulher gesta um filho para um casal ou outra pessoa distinta da que o gestou. Embora a Constituição Federal de 1988 tenha reconhecido o direito ao planejamento familiar, o exercício deste direito está limitado ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, quando da utilização destas técnicas, em especial da maternidade de substituição, deve imperar tal princípio para preservar a dignidade da criança e da gestante.

PALAVRAS CHAVE: Maternidade de Substituição, Dignidade da Pessoa Humana, Resolução n° 2.013/2013 do CFM.

SURROGACY: REFLECTIONS FROM THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON BY REASON OF BRASILIAN LAW'S REGULATION LACUNA

ABSTRACT

Nowadays, families can be formed for many ways. In this context, the techniques of assisted human reproduction earned great prominence, because they allowed the formation of families through artificial methods, giving people with infertility or sterility problems the chance of having children other than through adoption. Among medic-assisted reproduction techniques is maternity by proxy, which is an agreement through which a woman bears a child for a couple or a different person from the bearer. Although the Federal Constitution of 1988 has recognized the right to family planning, this right is limited to respect the principle of human dignity. So, when using these techniques, in particular the surrogate motherhood, this principle must prevail to preserve the dignity of children and pregnant women.

KEYWORDS: Surrogacy, Human Dignity, Resolution n° 2.013/2013 of CFM

1. INTRODUÇÃO

Vivemos tempos modernos e, por consequência, um novo conceito de família. A globalização, associada às transformações sociais observadas no final do século passado e início deste século têm provocado profundas

transformações no direito da família. O clássico modelo de família patriarcal formado exclusivamente pelo matrimônio entre um homem e uma mulher, unidos com o intuito de procriação, cuja proteção encontrava-se historicamente consagrada nos diferentes códigos civis, dá lugar a outras formas de organização familiar, estas constitucionalmente reconhecidas com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana⁴ e do pleno desenvolvimento da personalidade⁵. Existem, assim, diversas famílias cujo intuito não é mais a procriação, mas sim o afeto, a busca da felicidade ou do pleno desenvolvimento da personalidade, como aquelas formadas por casais do mesmo sexo, ou por apenas um genitor e seus filhos, dentre outras.

Independente da forma ou do fundamento na constituição da família, o desejo de exercer a parentalidade, ainda que social, acompanha estes arranjos familiares. Neste sentido, o avanço da medicina reprodutiva e das biotecnologias, em especial das técnicas de reprodução medicamente assistida em muito contribuiu para a concretização deste desejo ao permitir a manipulação e fecundação *in vitro*, possibilitando a concepção de filhos a partir de seus próprios materiais genéticos ou não, independente do sexo na formação dos casais ou das famílias.

Sobre a manipulação e fecundação, em função dos diagnósticos realizados, existem três grandes grupos de tratamentos: (i) inseminação artificial (IA); (b) fecundação em vitro (FIV); e (c) doação de óvulos,⁶ que podem ser realizados utilizando-se material genético do casal que deseja o filho (reprodução homóloga), como também pode utilizando-se do material genético de terceiros doadores (reprodução heteróloga). Outra possibilidade é a da doação de útero.

Este artigo, sem descurar da importância das diferentes Técnicas de Reprodução Humana Assistida, centra-se, por questão metodológica e finalidade do estudo na questão específica do empréstimo de útero ou maternidade de substituição, que em suma, é a utilização por algum casal heterossexual, homossexual ou mesmo por uma única pessoa, do útero de

⁴ Art. 1º, III da CF de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28.04.2014.

⁵ Cf. art. 26 da Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.htm>>. Acesso em 28.04.2014.

⁶ Por todos: FAUBEL, Pilar Alamá; GIMÉNEZ, José A. Remohi. Los estudios y tratamientos de la infertilidad. In: WEINIG, Roberto Matorras (Editor) *Libro blanco sociosanitário*. La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas. Madrid: Imago. 2011, p. 47-48.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. Rev. SBPH v.12 n.2 Rio de Janeiro. Dez/ 2009.

uma mulher para a gestação de seu filho, com ou sem material genético próprio.

A maternidade de substituição tem gerado conflitos que interessam ao direito, como por exemplo, no que se refere a determinação da filiação, uma vez que o direito pátrio considera mãe aquela que dá a luz,⁷ ou na ofensa à dignidade da pessoa humana, quando a relação entre a doadora do útero e aqueles que pretendem ter a criança fundamenta-se exclusivamente numa relação comercial.

No Brasil, a regra atual que regulamenta esta temática é a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina,⁸ que admite o empréstimo do útero desde que a cessionária do útero pertença à família de um dos futuros pais em um parentesco consanguíneo de até quarto grau, e que a doação não tenha caráter lucrativo, respeitando também a idade limite de até 50 (cinquenta) anos.

Assim, diante da lacuna legislativa e levando em consideração que as normas do Conselho Federal de Medicina possuem caráter deontológico, dotada de eficácia tão somente em relação aos médicos, faz-se imprescindível desenvolver estudos que permitam uma maior compreensão do papel do Direito na busca da solução de eventuais conflitos por meio da comunhão dos princípios da ética e do direito.

2. BIOÉTICA E DIREITO

As ciências, nas últimas décadas, produziram avanços significativos com impactos na sociedade e, em particular na instituição família, sendo necessário o diálogo entre a ética, a ciência e o direito. Estes avanços influenciaram e influenciam no comportamento e na organização social.

Estas mudanças no pensar e no agir trazem não apenas benesses, mas também problemas e conflitos cabendo, então, ao direito interferir, no sentido de criar regulamentação para dar limites ao uso das novas tecnologias a fim de preservar não só a ordem social, como a própria humanidade do homem, cabendo a indagação se cabe ao direito e a ética impor limites à ciência. E, se de forma positiva, qual a dimensão desta intervenção.

⁷ “As razões que sustentam este regime são um respeito incondicional pelo direito do filho ao estabelecimento dos vínculos, um sentimento forte de auto-responsabilização social e familiar, e uma submissão total do Direito relativamente aos laços de sangue!” Cf. OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. v. II. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 57.

⁸ Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em 05/06/2013.

É para dar respostas a essas exigências, que disciplinas como a bioética e o biodireito destacam-se ao discutir até onde esses avanços podem ser bons ou ruins, e se podem ou não ferir valores e direitos tidos como universais.

Como bem alerta Adriana Maluf, a evolução das ciências e da biotecnologia tornou imperioso o estudo da bioética e do biodireito, ciência complexa e interdisciplinar, “pois os diversos experimentos saíram da esfera da ficção científica e aportaram na realidade social, trazendo com isso riscos e benefícios a todos. Trata o biodireito de temas essencialmente ligados à vida e às relações sociais.”⁹

Neste sentido, a bioética e o biodireito têm à frente um enorme desafio, o de equilibrar os avanços da ciência, para que se evitem danos irreparáveis à pessoa humana e à própria humanidade do homem, como destaca Habermas¹⁰. Ou seja, é preciso lembrar, que as evoluções científicas não foram feitas para o mero interesse individual e egoísta, mas sim, para criar melhores condições para toda humanidade.

Nesse sentido, Leo Pessini¹¹ ressalta que a humanidade tem uma enorme responsabilidade em relação ao seu próprio futuro, e para tanto necessita de uma ética que supere interesses individuais e estabeleça padrões de conduta universalmente aceitos.

Em meados da década de 1970, quando se tornaram públicos os principais experimentos científicos e tecnológicos no campo da medicina geral e reprodutiva, surgem discussões na sociedade acerca das possíveis consequências do domínio da técnica na área biomédica com o nascimento de uma nova área do conhecimento a “Bioética”, que é um neologismo advindo da junção das palavras gregas bios (vida) e ethos (relativo à ética).

⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabu. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 03

¹⁰ “[...] O modo como lidamos com a vida humana antes do nascimento (ou com as pessoas após a sua morte) afeta nossa autocompreensão enquanto seres da espécie. E as representações de nós mesmos como pessoas morais encontram-se estreitamente entrelaçadas com essa autocompreensão ética da espécie. Nossas concepções e nossa forma de lidar com a vida humana pré-pessoal formam, por assim dizer, um ambiente estabilizador do ponto de vista da ética da espécie, para a moral racional dos sujeitos de direito humanos - um contexto de inserção que não pode ser rompido, se não quisermos que a própria moral venha a derrapar.” (HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. Revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010, p. 92-93)

¹¹ PESSINI, Leo. A vida em primeiro lugar. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Editora Paulus. 2002.

Atribui-se a utilização, em língua inglesa, do termo “Bioética” ao oncólogo e biólogo americano Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, Madison, apresentada pela primeira vez na sua obra “*Bioethics: bridge to the future*”, publicada em 1971, obra responsável pelo início da discussão contemporânea da Bioética¹² e que consistia em desenvolver uma ética das relações vitais, que criasse uma ligação entre a ciência e a humanidade.

O termo Bioética logo se generaliza e se universaliza, sendo, conforme as palavras de Hubert Lepargneur:

“[...] a bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no campo da saúde. Poder-se-ia definir a bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas da vida, saúde e morte do ser humano.”¹³

A bioética insere-se, neste sentido, no campo das relações humanas, em especial na área biomédica, originada da ciência no campo da saúde. Com os avanços da ciência, no campo jurídico, surge uma nova disciplina conhecida como Biodireito,¹⁴ com a finalidade de normatizar esses novos paradigmas.

O Biodireito irá associar-se a bioética e estudar as relações jurídicas que envolvem o direito e os avanços tecnológicos, bem como a medicina e a biotecnologia, atuando essencialmente no universo do direito civil, direito penal, direito ambiental e direito constitucional. Em outras palavras:

“As biotecnologias precisam de um marco regulatório que atenda à ética dessas novidades e que seja capaz de frear práticas racista, sexistas – genocídicas e bélicas – e ainda que garanta a compensação financeira de quem pesquise. Como se sabe, a vida, que é estudada por várias áreas do conhecimento, deve ser respeitada e valorizada, em grau máximo tendo o universo do direito como paradigma de sua proteção.”¹⁵

¹² Cf. citação foi feita em Engel EM. “O desafio das biotécnicas para a ética e a Antropologia”. VERITAS 2004;50(2):205-228, o termo Bioética já havia sido criado em 1927 em língua alemã (Bio=Ethik) por Fritz Jahr. Informação disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioet27.htm>>. Acesso em 08/03/2014.

¹³ LEPARNEUR, Hubert. Força e fraqueza dos princípios da bioética. Bioética. V. 4. Nº 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1996, p. 16.

¹⁴ Os avanços das ciências médicas e os estudos de bioética transformaram-se em fonte de direitos humanos e do biodireito, materializado na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, elaborada pelo Comitê de Especialistas Governamentais da UNESCO, tornada pública em 11 de novembro de 1997.

¹⁵ *Ibidem* nota 8. Cit., p. 17

Há que se deixar claro que o Biodireito e a Bioética são disciplinas autônomas que não se confundem, assim como, a ética e direito são matérias distintas. A ética procura compreender o que é bom ou mal, praticar o bem e evitar o mal; o direito busca prescrever o dever ser, ou seja, dizer quais regras devem ser observadas no agir das pessoas em sociedade.

Portanto, a bioética é o estudo deontológico que buscará respostas aos problemas levantados pela evolução da biomedicina, biotecnologia, ou seja, de toda e qualquer ciência biológica que poderá afetar a vida humana; e o biodireito é o campo de direito público que busca dar respostas prático-jurídicas ao responsabilizar civil ou criminalmente condutas dos operadores destas ciências, enquanto um dever ser, um imperativo de conduta no cumprimento da obrigação de garantir a proteção à vida.¹⁶ Uma de suas fontes é a bioética.

Embora reconhecendo as críticas à bioética principologista,¹⁷ ainda pesa quando do estudo da temática do Biodireito, quatro princípios da bioética: o princípio da não-maleficência, da justiça, da beneficência e autonomia.¹⁸

Na Bioética o princípio da autonomia exige do profissional da saúde o respeito à vontade do paciente, considerando valores morais e religiosos; deste princípio surge a necessidade do consentimento livre e informado. O princípio da beneficência estabelece que se deve buscar o bem, evitando causar dano. O princípio da não-maleficência deriva da máxima médica “*primum non nocere*”, acarreta a obrigação de não provocar dano intencional. Por último, o princípio da justiça determina a imparcialidade na distribuição dos benefícios e riscos, inerentes a prática dos profissionais de saúde.¹⁹

¹⁶ Para um quadro explicativo, ver DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁷ Neste sentido, Antônio Macena Figueiredo e Genival Veloso França dizem que “Apesar dos princípios *prima facie* da corrente principialista possuir uma validade prática na discussão de conflitos éticos no cotidiano, a maior objeção é por ter sido uma teoria voltada para uma realidade distinta da moral dos chamados países periféricos pouco comum à sociedade norte-americana, por exemplo. A compreensão dos princípios beneficência, autonomia e justiça obviamente variam de um contexto para outro e até mesmo entre os que se debruçam sobre a Bioética.” (Bioética: Uma crítica ao principialismo. In: *Derecho y Cambio Social*, n° 17. La Molina, Lima-Peru. 2009. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista017/bioetica.htm#_ftn2>. Acesso em 04/05/2014)

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. op. cit., 2006.

¹⁹ *Ibidem* nota 8.

3. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E A RESOLUÇÃO Nº 2.013/2013 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Como ressaltado por Newton Martins Pina, os avanços da biomedicina têm demonstrado que há a necessidade de uma nova sistemática para o Direito. Os modelos propostos não dão conta dos avanços produzidos por esta ciência que nos apresentam “novas possibilidades de preservação ao homem, com o oferecimento de novos “atributos artificiais” e de uma “nova estrutura de vida” ao produzir “fragmentos humanos”.”²⁰

Esta observação aplica-se ao Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406/2002, de 10 de janeiro). Tecido no século passado traz inserções pontuais sobre os avanços da biomedicina, como a questão da filiação por fecundação homóloga e heteróloga (art. 1597, IV e V), sem organicidade no trato do direito da família e abrindo espaços para a judicialização²¹ ou delegação, como no caso do Conselho Federal de Medicina, que passou a exercer o papel de regulador, embora na perspectiva deontológica, da questão da reprodução humana medicamente assistida.

3.1 As técnicas de Reprodução Humana Medicamente Assistida

As técnicas de Reprodução Medicamente Assistida não solucionam o problema da infertilidade, mas são medidas que podem ser utilizadas como última solução quando, de forma natural, não se pode gerar um filho. Constituem um conjunto de técnicas que permite a reprodução humana sem a prática do ato sexual.²²

Os métodos atualmente mais utilizados são a Inseminação Artificial, que consiste na implantação artificial do esperma do homem na mulher, e a Fertilização *in vitro* (FIV), que consiste na união dos gametas em laboratório, através da manipulação, e o embrião resultante do processo será implantado no útero.²³

²⁰ PINA, Newton Martins. A origem do biodireito universal. Morte relativa: um Direito Artificial, uma nova sistemática interpretativa para o Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102. Jan./Dez. 2007, p. 261 – 324.

²¹ Como exemplo, cita-se a atuação do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que reconhecem a união estável entre pessoas do mesmo sexo; autoriza a pesquisa com células-tronco; ou que autoriza o aborto de feto anencéfalo.

²² Cf. SILVA, Fausto Bawden de Castro. *A Presunção de Paternidade na Inseminação Artificial Heteróloga*. <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/542011.pdf>>. Acesso em 06/05/2014

²³ Neste sentido: CORRÊA, Marilena C. D. V., COSTA, Cristiano. *Reprodução Assistida*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/>>. Acesso em 28/04/2014.

Fala-se em reprodução artificial homóloga quando os materiais genéticos provêm do próprio casal interessado, e em reprodução artificial heteróloga quando o material genético não pertence ao casal ou não pertence a uma pessoa que compõe o casal.

No método de Fertilização *in vitro*, é possível que o embrião seja implantado tanto no útero da doadora genética, quanto no útero da mulher que pretende ter o filho ou de uma terceira mulher. Quando o embrião não é implantado na mulher que deseja ter a criança, este processo é denominado cessão temporária de útero ou maternidade de substituição, doação temporária de útero, gestação por sub-rogação, ou vulgarmente barriga de aluguel.

Jussara Meirelles²⁴ explica que a utilização deste método de reprodução artificial pode fazer surgir diferentes figuras de mãe, a saber: a da mãe social que pretende ter o filho, a da mãe genética que doa seu gameta para a fecundação, e a da mãe biológica que gestará a criança. É possível também que duas destas figuras estejam reunidas em uma só pessoa.

3.2 A resolução n° 2.013/2013 do CFM

Diante da lacuna legislativa sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina assumiu papel de relevo ao normatizar, na perspectiva deontológica, a prática e uso das técnicas da Reprodução Assistida.

O Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina foram criados pelo Decreto-lei n° 7.955, de 13 de setembro de 1945 e são regulamentados pela Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957; juntos formam uma autarquia, sendo que cada um é dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.²⁵ A referida Lei estabelece em seu art. 2°, *in verbis*, que:

“O conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”

²⁴ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Gestação por outrem e determinação da maternidade. Curitiba. Gêneses, 1998, p. 69.

²⁵ Art. 1° da Lei n° 3.268/57. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em 06.05.2014.

Na observância de suas prerrogativas legais, como disciplinadores da ética médica profissional, em 1992, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n° 1.358/1992 para regular a prática do uso das técnicas de reprodução humana assistida: ao passar de dezoito anos desde sua elaboração, considerando novas perspectivas, o Conselho editou nova Resolução, a de n° 1.957/2010, a qual foi revogada pela atual Resolução n° 2.013/2013 do CFM.

Percebe-se que há mais de vinte anos, o Conselho Federal de Medicina já estava atento aos avanços da ciência e ao uso das técnicas de reprodução humana medicamente assistida, percebendo como necessária a elaboração de normas éticas para limitar as condutas dos profissionais e os anseios dos próprios usuários, nem sempre condizentes com os objetivos maiores da ética médica.

A atuação do CFM se justifica frente aos avanços da ciência; a questão da infertilidade como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas; às possibilidades da procriação humana em diferentes circunstâncias, que anteriormente não eram possíveis pelo modo natural, como no caso de uniões homoafetivas e a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas e a ética médica. Soma-se também a ausência legislativa no campo da reprodução medicamente assistida e parcimoniedade com que o tema é tratado no Código Civil brasileiro.²⁶

Conforme se extraiu dos textos das resoluções, com o passar do tempo e com as mudanças de concepções sociais, como por exemplo, os novos paradigmas da entidade familiar, o entendimento do Conselho também foi se adequando a todas estas evoluções, o que causou a ampliação da possibilidade do uso destas técnicas.

Em 1992 e 2010, entendiam que a técnica de reprodução humana assistida só poderia ser utilizada após a exclusão do uso de outras técnicas terapêuticas. Em 2013, essa disposição foi retirada, posto que nos casos de casais homossexuais estas técnicas não seriam a última medida, e sim, outra possibilidade que não a adoção para se conceber um filho; portanto, foi aberto margem para o maior uso das técnicas de reprodução assistida. Também traz como novidade a estipulação de uma idade máxima, de 50 (cinquenta) anos, para as candidatas a gestação de RA (reprodução assistida).²⁷

²⁶ Art. 1597 do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06.05.2014.

²⁷ N° 1 do item VII da Resolução n° 2.013/2013 do CFM

O que restou pacificado ao longo dos anos foi a necessidade do consentimento informado; o não uso das técnicas com o intuito de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica, exceto nos casos de doenças relacionadas ao sexo do filho; a não permissão, desde 1992, da fecundação dos oócitos humanos com outra finalidade senão a procriação humana; a proibição, no caso de gravidez múltipla, da utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

Em relação às pessoas que podem ser usuárias da reprodução assistida, houve uma significativa mudança, tendo em consideração os novos paradigmas familiares, como a família homoafetiva e monoparental. Da análise das resoluções, observa-se que em 1992, o seu uso só era permitido a mulheres, e caso fossem casadas ou vivessem em união estável, era necessário o consentimento do cônjuge ou companheiro; em 2010, houve a mudança do termo “mulher” para pessoas e retirou-se a hipótese do casamento e da união estável. A recente alteração, mantendo o termo pessoas, inclui a possibilidade do uso da técnica por casais homoafetivos e pessoas solteiras, respeitando o direito de objeção do médico.

Outra importante alteração foi a inclusão, na Resolução de 2010, da possibilidade de ocorrer a reprodução assistida *post mortem*, possibilidade mantida na atual resolução 2013.

Por fim, a novel resolução acrescentou que nos casos excepcionais, não previstos, estes dependerão de autorização do Conselho Regional de Medicina.

3.2.1. A Maternidade de Substituição na Resolução 2.013/2013 do CFM

A gestação de substituição está regrada no item VII da Resolução nº 2.013/2013 do CFM. Foi um dos itens que mais sofreu modificação em relação ao que já estava delineado nas resoluções anteriores (R. 1.358/1992 e 1.957/2010 do CFM), e tal mudança significativa deu-se, principalmente, por conta da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar.²⁸

Atento a estas novas roupagens sociais, o Conselho Federal de Medicina mudou suas orientações. Porém, é possível observar que o posicionamento ético que permaneceu ao longo destes anos é que a doação

²⁸ Ver: ADIn 4277 e ADPF 4338. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>;
<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em 15/07/2013.

do útero não poderá, em qualquer hipótese, ter um caráter comercial ou lucrativo.²⁹ Para poder coibir possíveis condutas em sentido contrário, o CFM orienta que a doadora do útero seja parente dos futuros pais.

Portanto, desde 1992, no Brasil, foi permitido às Clínicas, aos Centros ou Serviços de Reprodução Humana criar a situação conhecida como gestação de substituição, quando na constatação da existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, mas, somente em 2013, tal alternativa foi possibilitada aos casais homossexuais.

Anteriormente a doadora temporária do útero só poderia ser parente da doadora genética num parentesco de até segundo grau, e os outros casos se sujeitariam a autorização do Conselho Regional de Medicina. Nos dias atuais, a doadora temporária do útero tem que pertencer à família de um dos parceiros, num parentesco consanguíneo de até quarto grau, respeitando o limite de idade de 50 (cinquenta) anos.³⁰

É importante aqui destacar, o número 3 do item VII da Resolução 2.013/2013 do CFM, visto que este item traz a modificação mais relevante no que tange a gestação de substituição, que assim dispõe:

“3- Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;

²⁹ N° 2 do item VII das Resoluções n° 1.358/1992, 1.957/2010 e 2.013/2013 do CFM.

³⁰ *Idem* nota 26.

- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doar temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.”

Deste modo, nota-se que o CFM está preocupado com a solução de eventuais conflitos que possam surgir com utilização de um útero emprestado. Para tanto, exige o termo de consentimento informado e o acordo acerca da filiação da criança, ou seja, a mulher que gestará a criança deverá estar plenamente ciente que seu ato, é apenas um ato de generosidade para tornar possível o nascimento de um filho ao casal impossibilitado de tê-lo através dos métodos naturais.

Levando em consideração o fato de que toda a gravidez traz mudanças físicas e psicológicas à gestante, o CFM preocupou-se em garantir à mãe substituta o adequado acompanhamento e tratamento médico, até mesmo por uma equipe multidisciplinar, para que ela desenvolva uma gestação segura e sem riscos, bem como não tenha dúvidas quanto ao dever que esta estará cumprindo.

Por outro lado, cabe ressalvas no que diz respeito à utilização do termo “contrato”, visto que o uso deste equivaleria a compreender o nascituro e útero como objeto de um negócio jurídico entre os futuros pais e a mãe substituta, o que é repudiado pelo nosso direito pátrio, de acordo com a interpretação dos artigos 1º, 2º, 11 e 13 do Código Civil.

3.3. Do direito à procriação e ao planejamento familiar

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, expressa que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Dentro deste princípio de proteção familiar, está a garantia ao direito ao planejamento familiar livre, conforme estabelece o §7º do supracitado artigo:

Art. 226

§7º “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada

qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Para regulamentar o exercício do direito ao planejamento familiar, no Brasil, foi criada a Lei 9.263/1996, que garantiu a todos o direito ao planejamento familiar, o que inclui desde a garantia a saúde reprodutiva a capacidade de escolha do aumento ou limitação da prole.

Desse modo, a utilização das técnicas de reprodução humana assistida também seria um direito garantido a todas as pessoas, no sentido de que quando o direito protege a entidade familiar, ele também está garantindo a proteção à sua formação, portanto, se as pessoas tem o direito de controlar suas vidas reprodutivas, elas têm a liberdade de conceber seus filhos pelo método que melhor lhe aprouver.

Assim, Maria Claudia Crespo Brauner entende que a garantia aos direitos sexuais e reprodutivos dão as pessoas o direito de organizar sua vida reprodutiva, bem como de buscar junto à ciência a solução para o restabelecimento da saúde reprodutiva ou alternativas que resultem no nascimento de filhos desejados.³¹ Ao proteger a família, a Constituição protege o ato inicial, a procriação, que dá origem àquela.

Neste contexto, é imperioso destacar três dos princípios que atualmente norteiam nosso direito civil, interpretado à luz da Constituição, quais sejam: o princípio da personalidade, da autonomia da vontade e o princípio da responsabilidade.³²

O princípio da personalidade pode ser conceituado em sentido objetivo e subjetivo; pelo sentido objetivo a personalidade é o objeto do direito que resulta em outros direitos, ligados diretamente à dignidade da pessoa humana; em sentido subjetivo, a personalidade é capacidade das pessoas de terem direitos e obrigações.

O princípio da autonomia da vontade diz respeito ao reconhecimento de que as pessoas, dotadas de personalidade, podem praticar ou não certos atos, conforme a sua vontade; têm elas a liberdade para agirem de acordo com a sua consciência. Por último, o principio da responsabilidade lembra que se as pessoas possuem discernimento para fazer suas escolhas e, portanto, devem arcar com o resultado destas, incluindo os prejuízos que vierem causar.

³¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas medicas e debates bioeticos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³² LIMA, Taisa Maria Macedo de. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coordenadores) *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003.

Da análise conjunta destes princípios, é possível inferir que o direito de organização da vida familiar - incluindo o direito a procriação -, apesar de ser consagrado como fundamental, não é absoluto, porque o seu exercício é limitado pela responsabilidade, a fim de evitar lesões a outros direitos e princípios fundamentais à formação do indivíduo.³³

Alicerçado nas contribuições da psicologia, pode-se afirmar que o sujeito se constrói ao longo de sua vida apoiado em duas certezas subjetivas: a filiação e a sexualidade, sendo que é na família que ele encontra um lugar e indaga acerca do desejo que o concebeu – refletindo no desejo por sua existência e sua felicidade -, bem como o seu próprio desejo; logo, a forma que trouxe a criança ao mundo também influencia na sua formação como indivíduo.³⁴

Assim, no centro dos debates sobre reprodução deve estar a criança, por ser a mais vulnerável e frágil dentro destas relações. Nesse sentido, Maria Helena Diniz destaca que os limites no exercício dos direitos reprodutivos encontram-se na consideração das necessidades dos filhos nascidos e por nascer, assim como, nos deveres perante a comunidade. Por isso, fala-se em liberdade responsável, uma vez que “Há liberdade para criar a vida, mas não para destruí-la, harmonizando o direito à vida e o direito à liberdade do casal de planejar a família.”³⁵ Ou seja, os direitos dos genitores terminam onde nascem os direitos da criança, incluídos o direito ao feto e estabilidade para garantia do bem-estar psicológico, este fundamental ao pleno desenvolvimento da personalidade.³⁶

Por fim, ressalta-se que a reprodução humana é um fenômeno biológico, que resulta em indivíduos que afetam o perfil e volume da população, interferindo na economia e nas relações de parentesco, e, portanto, passa por apropriação cultural e controle social, pois este fenômeno articulará dois elementos para a sobrevivência social: a geração

³³ OLIVEIRA, Cecília Barroso de; MARQUES, Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira. *Aspectos Jurídicos da Maternidade de Sub-Rogação*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 1.228.

³⁴ AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida, e BRAGA, Maria da Graça Reis. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e sua possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. *Ágora (Rio J.)* [online]. 2006, vol.9, n.2, pp. 177-191.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 151

³⁶ “O interesse da criança tem um dimensão emocional, relativa ao seu bem-estar psicológico, traduzida na necessidade de amar e de se sentir amada, de forma contínua (...)” SOTTOMAYOR, Maria Clara. Qual é o interesse da criança? Identidade biológica *versus* relação afectiva. In: Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”. Coimbra Editora. 2008, p. 53.

de agentes sociais e a geração de riquezas, conforme explica Gilda de Castro Rodrigues.³⁷

Desta forma, como a reprodução humana também atinge toda a ordem de interesses políticos e econômicos, é justificável a intervenção estatal, o que situa a questão no campo do direito público, limitando os interesses meramente individuais.

4. A LEGITIMIDADE DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

4.1. Os novos paradigmas familiares

A família, no ordenamento jurídico brasileiro, reflete a pesada e histórica estrutura patriarcal herdada do direito português, fortemente influenciada pela família românica, canônica e germânica.³⁸ O Código Civil de 1916, escrito sob uma concepção patrimonial-liberalista advinda da revolução Francesa (séc. XVIII), manteve-se ao largo das inquietações e transformações sociais da sociedade que se reorganizava na sua base familiar. Porém, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 9/1977, de 28 de junho, de autoria do senador da República Nelson Carneiro, e regulamentada pela Lei 6.515/1977, de 26 de dezembro, que permitia um novo casamento das pessoas divorciadas, mesmo que impondo requisitos prévios para a sua realização (separação judicial prévia), é que se abre uma nova perspectiva por atender as recentes transformações históricas, culturais e sociais, permitindo ao direito de família seguir rumos próprios, adaptando-se a nossa realidade.³⁹

Assim, no século XXI surge a família moderna ou pluralista, assim chamada pela diversificação de formas e estruturas, tais como: reconstituídas, com filhos de diferentes uniões, monoparentais, homoafetivas/homosexuais.⁴⁰

Porém, é somente com o advento da Constituição Federal de 1988, que a família brasileira supera o antigo modelo patriarcal, hierarquizado e centrado no casamento. Nasce uma família constitucional, fruto da liberdade de escolha, onde predominam as relações de afeto, solidariedade

³⁷ RODRIGUES, Gilda de Castro. *O dilema da maternidade*. São Paulo: Annablume. 2008.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 6. Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

³⁹ *Ibidem* nota 37.

⁴⁰ Ver: SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral e OLIVEIRA, Raquel Gusmão. *Funções e Transformações da família ao longo da história*. In: I Encontro Paranaense de Psicopedagogia – ABPppr – nov./2003. <<http://www.abpp.com.br/abppprnorte/pdf/a07Simionato03.pdf>> Acesso em 02 de maio de 2014.

e cooperação,⁴¹ e o casamento e as famílias passam a existir para o desenvolvimento pessoal e a busca à felicidade.⁴²

Neste contexto, os avanços científicos ganham um papel de destaque na formação das famílias, pois de um lado consolida-se o exame de DNA como uma oportunidade legal aos filhos encontrarem seus genitores biológicos, destacando-se como prova científica em questões de direito da filiação,⁴³ principalmente para a constatação acerca da responsabilização para com o sustento e manutenção das “proles acidentais”. Por outra via, as técnicas de reprodução humana assistida desconstituem o aspecto biológico da reprodução, visto não ser necessária a relação sexual entre o homem e a mulher, e o fato de que o filho poder ser constituído do material genético de terceiras pessoas que não seus pais.

Entretanto, o que se torna mais relevante é o desejo de ter o filho e o afeto que cerca toda a relação familiar, pois, assim como a vontade está para o direito das Obrigações o afeto está para o direito de família.⁴⁴

Desse modo, a identificação dos vínculos de parentalidade não pode ser buscada no campo exclusivamente genético, mas sim, no espaço psicológico e da afetividade; em outras palavras, devem ser considerados como pais aqueles que de fato agem como pais.⁴⁵

4.2. A maternidade de substituição à luz do princípio dignidade da pessoa humana

⁴¹ Ver: LOBO, Paulo Luíz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos/128/novosite>>. Acesso em 02 de maio de 2014.

⁴² FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do novo Código Civil Brasileiro – Intermitências da Vida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e Solidariedade*. Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴³ Destaque para o instigante estudo sobre os impactos do uso dos exames de DNA na prática forense elaborado por COSTA, Susana. *Filhos da (sua) Mãe*. Atores institucionais, perícias e Paternidades no Sistema Judicial Português. Coimbra: Almedina, 2013.

⁴⁴ Por todos: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007.

⁴⁵ “A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais se buscar exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozóide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.” DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 321.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, consagrou expressamente os direitos fundamentais à igualdade, à vida, à liberdade e à segurança, e posteriormente no §7º, do art. 226 garantiu o direito ao planejamento familiar. Assim, entendeu-se que o casal tem o direito de decidir livremente qual o método de reprodução mais adequado para gerar seu filho.⁴⁶

Entretanto, quando da utilização das técnicas de reprodução assistida deve-se levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que é proibida toda e qualquer conduta que possa tratar a pessoa humana como “bem patrimonial”. No que diz respeito à maternidade de substituição, em razão de sua própria natureza, este princípio deve ser rigorosamente observado, visto que a mulher pode ser utilizada como um objeto.⁴⁷

Desse modo, o direito ao uso dessas técnicas de Reprodução Humana Assistida encontra seu limite na dignidade da pessoa humana, e, portanto:

“É tempo de se impor limites à concepção cada vez mais utilitarista e hedonista do homem diante da ciência e da medicina, pelo reconhecimento de que a identidade humana é estruturada a partir do conjunto corpo e espírito e de que respeitar o corpo humano, em todas as suas dimensões e fases evolutivas antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer, significa respeitar a dignidade humana. [...]”⁴⁸

O que se procura não é coibir o uso das novas práticas biomédicas, tampouco impedir o crescimento da ciência, mas sim, encontrar a melhor forma de harmonizá-las aos direitos humanos, no intuito de inibir as consequências maléficas destas práticas, pois tanto os direitos fundamentais como os progressos científicos são conquistas da humanidade.

Assim, como a base dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois sua proteção e promoção influenciam diretamente na manutenção da vida do indivíduo, seja no aspecto objetivo, de garantia à saúde e a integridade física, seja no aspecto subjetivo, da formação da personalidade. A bioética deverá se sustentar na proteção da dignidade, e é neste pilar que a atuação da ciência encontrará seu limite, como destacado por Leocir Pessini:

“Cabe-nos, portanto, aceitar o desenvolvimento tecnológico e enfrenta-lo ao mesmo tempo, deixando de lado respostas

⁴⁶ *Ibidem* nota 30.

⁴⁷ Neste sentido: DINIZ, Maria Helena, op. cit., 2006.

⁴⁸ GONÇALVES, Ernesto Lima. Situações Novas e Novos Desafios para a Bioética. *Revista Bioética*, Vol. 2. N° 1. <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>> Acesso em 15/12/2013.

imediatas e simplista de aprovação ou reprovação, mas buscando articular uma permanente discussão sobre os desejos e poderes nas relações de gênero focalizando as estruturas jurídicas, antropológicas e psicológicas da maternidade e paternidade que respeitem a dignidade humana.”⁴⁹

Partindo destas concepções, o exercício do direito à reprodução assistida deve ser utilizado como o recurso excepcional, pois antes de qualquer coisa ele está pautado dentro de uma ideia humanista e solidarista do Direito de Família.⁵⁰

Neste viés, o maior temor em se permitir a maternidade de substituição sem limitações éticas, é que o seu uso desregrado torna possível o “aluguel do útero”, ou seja, dar um preço ao “serviço de gestação” da mulher. O corpo seria, assim, um objeto de negociação, *res*, coisa passível de transação comercial, como bem alerta Eduardo de Oliveira Leite:

“[...] a maternidade de substituição faz, assim, renascer uma forma de exploração do corpo da mulher (quando há remuneração) que a evolução dos costumes tinha praticamente reduzido ao nada.”⁵¹

O alerta é sempre o receio pela medicalização das funções reprodutivas da mulher, que é sujeito inalienável.⁵² “Além do mais, não podemos perder de vista que o comércio da infertilidade é um negócio fabuloso, movimenta milhões de dólares e só respeita a ética do mercado.”⁵³

Observa-se que a dignidade da pessoa humana está ligada à

⁴⁹ PESSINI, Leocir e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 8ª ed., São Paulo. Centro Universitário São Camilo: Loyola. 2007, p. 306.

⁵⁰ *Ibidem* nota 32

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 184.

⁵² É neste sentido, que os movimentos feministas também se expressam, conforme destacam Pessini e Barchifontaine (*Op. cit.*, nota 48, p. 304): “Os movimentos feministas que se têm pronunciado sobre a reprodução medicamente assistida exprime um forte receio da medicalização excessiva das funções reprodutivas de que a mulher é sujeito inalienável e fazem-se eco de numeroso testemunhos do sofrimento das mulheres que se submeteram à reprodução medicamente assistida.”

⁵³ *Ibidem* nota 51

⁵⁴ Ver: MANTOVANI, Flávia. *Brasileiro e Alemão terão gêmeas de barriga de aluguel na Tailândia*. Publicado dia 10/03/2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/03/brasileiro-e-alemao-terao-gemeas-de-barriga-de-aluguel-na-tailandia.html>>. Acesso em 20/09/2013.

necessidade de tratar as pessoas como seres autônomos e livres, que possuem capacidade para realizar as escolhas que acreditam serem melhores para as suas vidas, porém essa liberdade está limitada à própria condição de ser humano, ou seja, todos os indivíduos são livres para fazer o que melhor lhe aprouverem de sua existência, mas seus atos devem estar limitados na essência do outro.

Neste sentido, diante da lacuna legislativa, ressalta a importância da Resolução n. 2.013/2013 do CFM, que embora não possua força normativa, sua legitimidade independe deste fato, visto que ela pode ser justificada sob o ponto de vista pragmático, ético e moral.⁵⁵ Porém, é forçoso reconhecer sua baixa força normativa, pelo caráter deontológico na norma. Limitar-se a ela é, também, reconhecer a incapacidade do direito de responder às exigências da sociedade moderna.

4.3. O papel do Estado na proteção da família

Desde 1984, quando foi anunciado pela mídia o nascimento no Brasil do primeiro bebê fruto de reprodução artificial, a reprodução humana assistida tornou-se uma realidade social e científica. Em que pese os debates em torno do tema, o legislador ordinário não conseguiu, no Brasil, avançar na sua normatização, passando longe do tema o Código Civil de 2002. Esta ausência de legislação específica traz insegurança, tanto aos médicos, quanto aos usuários e seus filhos gerados pelas TRHA, em especial aqueles que precisam recorrer à “mãe de substituição”, pela não conformação dos limites ou amplitude da responsabilização de direitos e deveres.⁵⁶

Desse modo, levando em consideração que a evolução acelerada da biomedicina afeta diretamente fundamentos da vida, no sentido de que ela possibilita a criação e modificação de agentes por métodos artificiais,

⁵⁵ Habermas acerca da legitimidade das normas ensina: “Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se.” (HABERMAS, Jürgen, 1929. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2010, p. 50)

⁵⁶ MEDEIROS, Luciana Soares de; VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Ciênc. saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 2, Oct. 2010.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000800017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20/02/2014.

podendo reduzi-los a meros objetos a serviço da ciência⁵⁷, é necessário o estabelecimento de normas jurídicas que possam regular essas situações, a fim de que se proteja a vida, a paz e o respeito mútuo e a dignidade humana.

Embora considerando o caráter deontológico da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina e sua legitimidade, posto que expressa padrões de conduta que a sociedade deseja seguir, suas regras não possuem caráter coercitivo, sendo necessária a conversão destas em direito posto, positivado. É o que entende Eros Roberto Grau, para quem, não existe uma ética universal, mas a universalidade da lei e dos procedimentos legais são grandes vitórias da humanidade, as quais não se podem abandonar. Ainda, o mesmo autor alerta que o desafio dos aplicadores do direito, nos novos tempos, é justamente encontrar um equilíbrio entre os princípios e o direito escrito, quando na aplicação do direito.⁵⁸

Para corroborar com o já exposto, tomemos as palavras de Cláudia Loureiro:

“A bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação científica em seres humanos, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como prioridade sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do dever ser, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não apenas éticas, pois somente seu caráter coercitivo impedirá o cientista sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos.”⁵⁹

Ocorre que, embora seja reconhecida a existência de uma lacuna legislativa sobre a temática ora levantada, é preciso salientar que para a formulação e aprovação de leis faz-se necessário um maior

⁵⁷ Nesse sentido Roberto Adorno alerta que: “En el fondo, lo que está en juego en los nuevos dilemas bioéticos es la esencia misma del hombre como sujeto, que se resiste a la cosificación hacia la cual parece ser empujado. El escenario tecnológico actual da lugar a lo que Jean Ladrière califica como «un verdadero fenómeno de inducción existencial» sobre el ser humano, que comienza a ser visto según las únicas categorías tecnocientíficas y es así reducido al estatus de cosa que se puede modelar a imagen de los objetos técnicos.” (ADORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. 2. ed. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2012, p. 68)

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Editores Malheiros. 2004/2005.

⁵⁹ LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 17-18.

amadurecimento acerca do assunto, até mesmo porque conceitos como pessoa humana, dignidade da pessoa humana, vida humana não estão plenamente definidos.⁶⁰

Assim, enquanto não advir ao ordenamento jurídico norma que regule o uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, encontrar a melhor solução para os conflitos no caso concreto,⁶¹ mas sempre sob o manto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

Os avanços da biomedicina e da biotecnologia possibilitaram aos indivíduos terem filhos por métodos artificiais e fizeram nascer uma demanda pelo uso das técnicas de reprodução humana assistida, pois estas medidas surgem como uma alternativa frente ao problema da infertilidade e esterilidade, dando oportunidade para as pessoas realizarem o sonho de terem filhos.

Porém, da mesma forma que o avanço da ciência traz benefícios para a humanidade, provoca inquietações e incertezas, em particular pela

⁶⁰ Nesta linha de raciocínio, José Roque Junques alerta que “O impasse na formulação de um biodireito está na própria dificuldade do direito moderno em entender-se univocamente. Existe uma pluralidade de configurações do direito. A ausência de um estudo epistemológico unívoco levou os juristas a elaborar diversos paradigmas de compreensão do direito, às vezes contraditórios, ou apenas parcialmente conciliáveis.” (JUNQUES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 1995, p. 124. Apud. DANTAS, Ivo. *A era da biotecnologia- Constituição, Bioética e biodireito*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505342174218181901.pdf>>. Acesso em 30/04/2014.

⁶¹ De forma exemplificativa, cabe à colação dois casos em que os pais tiveram seus filhos por meio do procedimento de empréstimo de útero e pediram o auxílio do Poder Judiciário para que seus nomes fossem constados na Certidão de Nascimento da criança, porque na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) não há qualquer previsão sobre o assunto. O primeiro ocorreu em 2010 e tramitou perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O casal teve seu filho por meio de inseminação artificial heteróloga, gerada com o sêmen do pai e o óvulo de uma doadora anônima, mediante a implantação do embrião no útero da irmã do pai. A solução do caso se deu com a prova do exame de DNA e o fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre homens e mulheres, aplicando-se analogicamente o artigo 1.597, inc. V, do Código Civil/2002 que dispõe: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” (Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=21552>>. Acesso em 20/09/2013); o segundo caso, ocorreu no Rio Grande do Sul em 2011. Neste não foi verificado maiores dilemas, pois a inseminação artificial foi homóloga e havia termo de consentimento informado entre os pais doadores genéticos e a mulher que gestou a criança, bem como a ciência de seu marido. (Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=138658>> Acesso em 20/09/2013).

possibilidade da manipulação genética para fins não humanitários. A própria ciência se sente comprometida com o homem e sua humanidade ao destacar o papel importante da Bioética, reconhecendo a necessidade de limites na aplicação dos conhecimentos, em particular na manipulação genética.

Neste contexto, as ciências da Bioética e do Biodireito tornam-se centrais por permitir encontrar respostas mais adequadas aos problemas suscitados pela técnica, criando prescrições gerais para as condutas humanas. Por outro lado, ainda estamos longe de encontrar as respostas para os mais variados dilemas que possam vir a surgir.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 226 garantiu a todos o direito ao planejamento familiar, o que inclui a liberdade na escolha da prole e a melhor forma de concepção. No entanto, este direito não é absoluto, encontra seu limite na dignidade da pessoa humana.

Assim, ao responder os anseios das novas formas de família que desejarem ter filhos através das técnicas de reprodução medicamente assistida, cumprirá ao direito - o biodireito - fazer imperar nas condutas o respeito à dignidade da pessoa humana, no sentido de que as proles não poderão ser concebidas para a satisfação de interesses meramente egoístas e que nenhum ser humano seja tratado como coisa ou instrumento a serviço da ciência. É a ciência e a técnica que devem, sempre, estar a serviço do homem.

Por fim, enquanto no Brasil o poder legislativo ainda se mantiver lacunoso quanto ao debate sobre o tema, é de se reconhecer a força deontológica da Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, por apresentar-se como um farol a guiar a boa prática biomédica, mas certamente é insuficiente para limitar o egoísmo humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. 2. ed. Madrid. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2012.

AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida e BRAGA, Maria da Graça Reis. *Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e sua possíveis vicissitudes culturais e subjetivas*. *Ágora* (Rio J.) [online]. 2006, vol.9, n.2

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06.05.2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28.04.2014.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e debates bioéticos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- CASAL consegue reconhecimento de filho nascido em útero de outra mulher. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 13/08/2010.
- <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=21552>>
- CORRÊA, Marilena C. D. V., COSTA, Cristiano. *Reprodução Assistida*. Disponível em: <<http://www.ghente.org/temas/reproducao/>>. Acesso em 28/04/2014.
- COSTA, Susana. *Filhos da (sua) Mãe. Atores institucionais, perícias e Paternidades no Sistema Judicial Português*. Coimbra: Almedina, 2013.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do novo Código Civil Brasileiro – Intermitências da Vida*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FAUBEL, Pilar Alamá; GIMÉNEZ, José A. Remohi. Los estudios y tratamientos de la infertilidad. In: WEINIG, Roberto Matorras (Editor) *Libro blanco sociosanitário. La Infertilidad en España: Situación Actual y Perspectivas*. Madrid: Imago, 2011, p. 47-48.
- FIGUEIREDO, Antônio Macena; FRANÇA, Genival Veloso. Uma crítica ao principlalismo. *Derecho y Cambio Social*, n° 17. La Molina, Lima-Peru. 2009. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/bioetica.htm#_ftn2>. Acesso em 04/05/2014.
- Filho gerado em útero de terceira pessoa deve ser registrado por casal que forneceu material genético. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 04/03/2011.
- <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=138658>>

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 6. Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

GONÇALVES, Ernesto Lima. *Situações Novas e Novos Desafios para a Bioética*. Revista Bioética, Vol. 2. N° 1. <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>> Acesso em 15/12/2013.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Editores Malheiros. 2004/2005.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução Karina Jannini. Revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2010.

_____ *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2010.

JUNQUES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 1995, p. 124. Apud. DANTAS, Ivo. A era da biotecnologia- Constituição, Bioética e biodireito.

Disponível em:
<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505342174218181901.pdf>.

Acesso em 30/04/2014.

LIMA, Taisa Maria Macedo de. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. FIUZA, César. SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coordenadores) *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003

Lei n° 3.268/57. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em 06.05.2014.

LEPARNEUR, Hubert. *Força e fraqueza dos princípios da bioética*. Bioética. V. 4. N° 2. Brasília: Conselho Federal de Medicina. 1996.

LOBO, Paulo Luíz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em:
<<http://ibdfam.org.br/artigos/128/novosite>>. Acesso em 02 de maio de 2014.

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

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabu. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MANTOVANI, Flávia. Brasileiro e Alemão terão gêmeas de barriga de aluguel na Tailândia. Publicado dia 10/03/2014.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/03/brasileiro-e-alemao-terao-gemeas-de-barriga-de-aluguel-na-tailandia.html>>. Acesso em 20/09/2013.

MEDEIROS, Luciana Soares de, e VERDI, Marta Inez Machado. *Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas*. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro . V. 15, supl. 2, Oct. 2010.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000800017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20/02/2014.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Gestação por outrem e determinação da maternidade*. Curitiba. Gênese, 1998.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. *Rev. SBPH* v.12 n.2 Rio de Janeiro dez. 2009.

OLIVEIRA, Cecília Barroso de; MARQUES, Herika Janayna Bezerra de Menezes Macambira. *Aspectos Jurídicos da Maternidade de Sub-Rogação*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. v. II. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PINA, Newton Martins. *A origem do biodireito universal. Morte relativa: um Direito Artificial, uma nova sistemática interpretativa para o Direito*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. Jan./Dez. 2007.

PESSINI, Leo. *A vida em primeiro lugar*. In: PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Editora Paulus. 2002.

PESSINI, Leocir e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*, 8. ed., São Paulo. Centro Universitário São Camilo: Loyola. 2007. P. 306.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em 28.04.2014.

RESOLUÇÃO nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina.
Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>.
Acesso em 07/05/2014.

RESOLUÇÃO nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina.
Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 07/05/2014.

RESOLUÇÃO nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.
Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>.
Acesso em 05/06/2013.

RODRIGUES, Gilda de Castro. O dilema da maternidade. São Paulo: Annablume. 2008.

SILVA, Fausto Bawden de Castro. *A Presunção de Paternidade na Inseminação Artificial Heteróloga*.
<<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/542011.pdf>>. Acesso em 06/05/2014

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral e OLIVEIRA, Raquel Gusmão. *Funções e Transformações da família ao longo da história*. In: I Encontro Paranaense de Psicopedagogia – ABPppr – nov./2003. <http://www.abpp.com.br/abppprnorte/pdf/a07Simionato03.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva*. In: Volume comemorativo dos 10 anos do curso de pós-graduação “Protecção de menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”. Coimbra Editora. 2008