

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES - CAMPUS ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

GABRIELA BIANCHI

MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E SEUS EFEITOS JURIDICOS

ERECHIM

2016

GABRIELA BIANCHI

MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E SEUS EFEITOS JURIDICOS

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Giana Lisa Zanardo Sartori

ERECHIM

2016

**Aos meus pais, Cesar e Roma, á minha
irmã Helena, pelo apoio de sempre.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, por sempre apoiarem e incentivarem meus sonhos e objetivos, não medindo esforços e meios para realiza-los. Pelo amor e o carinho incondicional que sempre recebi. Pelas grandes pessoas que são. Por me ensinarem, que apesar de todas as dificuldades não se pode desistir.

À minha irmã, Helena, pelo apoio e confiança que sempre me deu, por ser um dos maiores exemplos que tenho.

Ao meu namorado, Rodrigo, por estar sempre ao meu lado, e principalmente por todos os dias me fazer sorrir.

Especialmente a minha avó Madalena, por sempre me fazer acreditar em mim, por sempre torcer por mim.

As minhas grandes e melhores amigas, Pati e Lari, por compreenderem minha ausência, mas que mesmo assim, torceram por mim e, estiverem ao meu lado comemorando minhas conquistas.

As grandes amizades que fiz na faculdade, com vocês compartilhei grandes momentos e muitas histórias. Desejo que nossa amizade seja eterna.

A minha orientadora Giana, que sempre esteve disponível quando precisei que sempre me motivou e acreditou em minha capacidade. Quero expressar meu eterno reconhecimento e grande admiração pela grande profissional extremamente qualificada que és, e grande merecedora de todo sucesso e talento que possui.

“As nuvens mudam sempre de posição, mas são sempre nuvens no céu. Assim devemos ser todo dia, mutantes, porem leais com o que pensamos e sonhamos; lembre-se, tudo se desmancha no ar, menos os pensamentos.”

Paulo Beleki

RESUMO

A presente monografia objetivou compreender as dificuldades de aceitação social da gestação por substituição, e sua falta de legislação, tendo em vista que a única norma é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121 de 2015. A maternidade por substituição é fruto da evolução da ciência e da tecnologia e sua ligação direta com a sociedade. Estudou-se a ética, a bioética e o biodireito, discursando sobre seus princípios e métodos para compreender e contribuir com a sociedade e todas essas mudanças. A pesquisa também apresentou a filiação, sua forma e meios como está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizou-se a reprodução humana assistida, a necessidade que surgiu frente a infertilidade dos casais, quais os aspectos técnicos e como promover o desejo de constituir família. Nesse sentido surgiu a Maternidade por substituição e com ela efeitos sociais e jurídicos que precisaram ser elucidados para que quem dela dependa tenha a segurança jurídica necessária. O método utilizado foi o analítico descritivo, sendo utilizada a técnica de pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Ética. Bioética, Biodireito. Reprodução Humana Assistida. Infertilidade. Maternidade por substituição.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – Artigo

CF – Constituição Federal

nº – Número

p – Página

RHA – Reprodução Humana Assistida

§ – Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 ÉTICA, BIOÉTICA E BIODIREITO.....	09
2.1 ÉTICA.....	09
2.2 BIOÉTICA.....	13
2.3 BIODIREITO.....	16
3 FILIAÇÃO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	20
3.1 FILIAÇÃO.....	20
3.2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	25
4 OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO.....	31
4.1 EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	31
4.2 EFEITOS JURÍDICOS NA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO.....	35
5 CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O constante e significativo avanço, não só social, mas também médico-científico trouxe grande esperança para casais inférteis que dependem de métodos de inseminação artificial.

A presente monografia tem por objetivo compreender as dificuldades de aceitação social da gestação por substituição, e sua falta de legislação, tendo em vista que a única legislação é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121 de 2015, onde esta salienta sobre a gestação por substituição e estabelece algumas regras gerais para que essa ocorra.

Devido a ausência legislativa, com a presente monografia, busca-se um maior entendimento sobre o assunto, analisando seus critérios com base na ética social, na bioética e no biodireito frente à maternidade por substituição.

Utilizar-se-á aqui, o método analítico descritivo, sendo utilizada a técnica de pesquisa documental e bibliográfica, sendo esta dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo será tratado a respeito da ética no que cerne ao comportamento social do homem. Também será tratado sobre a Bioética, no que cabe a respeito dos avanços da ciência e da medicina, e que reflexos esses avanços causam na sociedade, por fim, neste primeiro capítulo, será também estudado o Biodireito como ramo do direito que necessita que normas que sejam capazes de regular e nortearem os princípios e meios da reprodução humana assistida.

No segundo capítulo estudar-se-á a filiação quando esta se dá pelo modo biológico e quando ocorre pela reprodução humana assistida. Estudar-se-á também a reprodução humana assistida em um sentido amplo.

No terceiro capítulo, será estudado a respeito da maternidade por substituição, tendo por base a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina.

Pretende-se assim trazer luz ao tema complexo e delicado que se apresenta e que não se esgota nessa pesquisa monográfica.

2 ÉTICA, BIOÉTICA E BIODIREITO

2.1 A Ética

Primeiramente, cabe discorrer a respeito da Ética e do comportamento ético do homem, que é decorrente de normas antigas, as quais ainda são impostas, seguidas e vividas na sociedade em que se vive. Desde a antiguidade as normas éticas impostas no meio social, apesar de antigas, são de suma importância para o convívio do homem em sociedade.

Assim, as noções sobre Ética remontam uma época muito antiga. A humanidade sempre questionou valores, moral, virtudes, regras e consequências do agir. Os grandes filósofos se debruçavam em torno destas noções, em uma busca incansável para compreendê-las e, ao mesmo tempo, para solucioná-las. Para os grandes pensadores como Aristóteles, Platão, Agostinho, Tomas de Aquino – o homem sente dificuldade para compreender o verdadeiro sentido da ética e da moral que dela decorre. Ainda entendem que ele (o homem) não associa que antes é necessário o conhecimento, e que este se refere à própria natureza humana. Dessa forma, as posturas e entendimentos dos homens pouco evoluíram em relação ao pensamento ético e moral. (SARTORI, 2001, p. 22)

Com a constante evolução dos valores sociais impostos, é importante salientar que a ética sempre acompanhou tal evolução, e nunca permaneceu parada em um só entendimento de qualquer tempo remoto, pois a ética direciona a humanidade desde a sua criação até os presentes tempos. “A ética foi entendida de maneira diversa no transcorrer dos séculos. Sua compreensão dependia de formação de quem estudava e do contexto em que se inseria”. (NAMBA, 2009, p. 03).

A ética representa uma conduta adotada após um juízo de valor, que não pode ser dissociada da realidade, para não se tornar estérea. Em decorrência disso, é orientadora das ações a serem realizadas. Essa orientação é encontrada com o auxílio de regras e princípios, ou seja, por meio das normas que regem a humanidade, daí a estreita vinculação com o direito, no qual se têm as normas jurídicas como instrumentos de regulamentação dos comportamentos em sociedade. (NAMBA, 2009, P. 07)

A Ética é uma ciência destinada a entender o homem, podendo ela aprovar ou reprovar as condutas praticadas nas mais diversas situações. A ética funciona como uma linha, capaz de desvendar os caminhos e entendimentos a serem seguidos e compreendidos na constante evolução social e científica. Sartori (2001, p. 24) descreve que “a função da Ética é a mesma de toda teoria: explicar, esclarecer ou investigar determinada realidade. Não é de sua alçada apresentar normas de comportamentos (afinal não pode ser identificada como legisladora)”.

A ética, em sua essência, trabalha com a virtude além da moral, ou seja, com a qualidade do ser humano ao praticar atos morais. A virtude se exterioriza através do respeito às outras pessoas, da prática do bem, do exercício de atitudes disciplinadas pela Ética e vinculadas a um sentido benéfico. (SARTORI, 2001, p. 27).

Oportuno salientar, sobre a moral, que diz respeito ao comportamento do homem perante a sociedade. Sartori (2001, p. 25) discorre que “[...] a Moral não como uma ciência, mas como objeto de uma ciência – e Ética – [...] busca oferecer, às pessoas, noções, ideias e princípios que orientarão suas vidas.”.

Durante a antiguidade, na Antiga Grécia, a preocupação girava em torno não do homem, e sim da sociedade.

O pensamento grego tinha uma série de teorias abrangentes sobre a origem do mundo e sobre a essência da realidade. Tais teorias eram idealizadas por profundos conhecedores de física, matemática, astronomia e ciências

da natureza em geral, muito bem representados por meio das escolas e seus discípulos. (MASIP, 2001, p. 24-35 apud NAMBA, 2009, p. 03).

Durante a Idade Média, a Ética ligava-se a religião, nesse período, todas as manifestações estavam ligadas a uma entidade divina, a qual deveria ser respeitada e seguida acima de tudo.

A Ética, na Idade Média, estava atrelada à Religião como poder espiritual que orientava toda vida intelectual, artística, social e individual. As bases econômicas e políticas enfrentavam momentos de crise e a Religião era a única força que garantia uma unidade social [...]. (SARTORI, 2001, p. 29)

Com o avanço das forças produtivas, surge uma nova sociedade, nessa nova sociedade, não existia mais uma força divina sobre tudo e todos, mas sim a força de homem sobre homem, nascendo uma política burguesa que acabou dando origem a Ética Moderna.

Numa nova Sociedade em que se incrementavam as forças produtivas, o desenvolvimento científico e a hegemonia política burguesia, era preciso assinalar a transformação social. Nela consolidava-se um processo de separação daquilo que a Idade Média unira: a razão separa-se da fé (e a filosofia da teologia); a natureza de Deus (e as ciências naturais dos pressupostos teleológicos); o Estado, da Igreja; o homem de Deus. (SARTORI, 2001, p. 29)

Atualmente, a Ética contemporânea é discutida, tendo iniciado em meados do século XIX, devido o surgimento do pluralismo social. Essa nova modalidade se deu devido inúmeras evoluções não só sociais como também científicas, modificando

assim o comportamento homem, transparecendo assim que suas ações não advinham apenas de culturas racionais.

Atualmente, discute-se a ética contemporânea que se inicia em meados do século XIX, buscando-se: (a) o homem concreto, em detrimento do formalismo e do universalismo; (b) o reconhecimento do comportamento irracional contra o racionalismo absoluto; (c) a origem do ser humano em si mesmo, não em uma fundamentação transcendente da ética [...].” (D’ASSUMPÇÃO, 1998 apud NAMBA, 2009, p. 06)

A ética está ligada não só ao comportamento, como também está ligada ao raciocínio lógico do homem, ela ajuda a desmistificar e a elevar o raciocínio lógico e ético do homem. O comportamento ético acaba por se transformar em um legislador moral não só para a comunidade como também para o indivíduo, impondo a esse como deve agir de forma certa perante a sociedade.

Se a ética revela uma relação entre o comportamento moral e as necessidades e os interesses sociais, ela nos ajudará a situar no devido lugar a moral efetiva, real, de um grupo social que tem a pretensão de que seus princípios e suas normas tenham validade universal (...). O ético transforma-se assim numa espécie de legislador do comportamento moral dos indivíduos ou da comunidade. (VÁSQUEZ, 2002, p. 7 e ss. apud KRELL, 2009, p.26)

Sobre a importância da ética na sociedade, essa é inquestionável, pois graças a ela existe o discernimento entre o que é uma conduta certa e o que é uma conduta errada. A constante evolução ética que ocorreu e que continua ocorrendo na sociedade possibilita que haja um questionamento a respeito de questões relevantes para o âmbito pessoal e social, ocasionando assim uma constante evolução cultural das pessoas e dos meios que são utilizados para se viver de forma harmoniosa em sociedade.

2.2 Bioética

A Bioética, que tem como base resolver conflitos gerados pelas práticas no meio da saúde e da ciência do ponto de vista de um emaranhado de valores científicos e sociais. Acerca da origem da Bioética, Tereza Rodrigues Vieira (1995, p. 15 apud Namba, 2009, p. 08) “a palavra bioética apareceu pela primeira vez em 1971 no título da obra de Van Renssealaer Potter, denominada Bioethics: bridge to the future, Englewood Cliffs/New York: Prentice-Hall, 1971”.

Ao longo dos anos, a postura do homem tem sofrido modificações: atualmente, busca-se romper a dicotomia e integrar a cultura humanística à cultura técnico-científica das ciências naturais. Isso vem sendo feito pelos estudos multidisciplinares que deram origem à Biodiversidade e também à Bioética. A preocupação gira em torno da sobrevivência do ecossistema – de todas as intervenções na biosfera – e, de forma específica, que se façam perguntas éticas sobre a intervenção do homem na vida. (LUNA, 1998, p. 09 apud SARTORI, 2001, p. 32).

O meio de atuação e aplicação da Bioética é muito grande, não se restringindo apenas a relação entre os homens, ela estuda a relação entre o homem e as demais ciências biológicas. Sendo assim é necessário que haja um estudo aprofundado para saber como o homem irá se adaptar a esse novo descobrimento, capaz de mudar novamente suas virtudes e ideias.

A Bioética possui um campo de atuação muito grande. Isso impõem, ao ser humano e à sua relação com os demais, uma nova dimensão de estudos, ou seja, a necessidade de introduzir noções éticas, principalmente entre aqueles que trabalham na área da saúde e no meio das ciências da vida [...]. (VIDAL, 1998, p. 16 apud SARTORI, 2001, p. 32)

A Bioética funciona como um meio para que haja um entendimento a respeito do avanço das pesquisas tecno-científicas ligadas a biomedicina que está também ligada as ciências sociais.

[...] o estudo realizado pela Bioética visa resgatar a noção individual e social no campo da moral, principalmente, a fim de proporcionar segurança às pessoas em todas as interferências na natureza – seres vivos – e na aplicação dos avanços da ciência tecnológica em relação à vida – Engenharia Genética. (SARTORI, 2001, p. 33)

Com as evoluções no meio tecnológico científico ligadas ao direito, muda-se constantemente a forma de pensar, julgar e conceituar tais evoluções, sendo necessário que a área da Bioética acompanhe essa evolução e também pensamento do homem para que seja evitado o surgimento de um pré-conceito que discrimine e barre a evolução.

Consta-se, pois, que a humanidade criou uma ameaça que se concretiza não só na destruição do seu suporte biológico como também na destruição de seu espeço simbólico, valores, sentidos, conceitos e fantasias. O aprofundamento dessa tensão provoca paralelamente uma crise no paradigma científico da pós-modernidade. A mesma humanidade, que suplica por avanços tecnológicos afim de derrotar as doenças incuráveis e fatais e de resolver os problemas da fome e da miséria, se confunde e resiste aos progressos tecnológicos científicos. Esse conflito interior por que passa se deve ao bombardeio de informações oriundas de um saber dominador, ao esquecimento e ao desuso da ética e aos efeitos inesperados da revolução científica. (SARTORI, 2001, p. 35)

A Bioética é um ramo onde se unem os mais diversos ramos do conhecimento para que esses expliquem e apliquem os mais novos avanços científicos na sociedade. Essa junção de conhecimentos contribui para que não sejam corrompidos os valores humanos fundamentais.

[...] a Bioética é um campo interdisciplinar na medida que aproxima o esforço de profissionais dos mais variados campos do conhecimento humano (filósofos, teólogos, sociólogos, juristas, médicos, biólogos, psicólogos), contribuindo para explicar de que forma uma descoberta científica e os resultados práticos de sua aplicação poderão ou não, comprometer os valores humanos fundamentais. (KRELL, 2009, p. 28)

A bioética não abrange apenas os questionamentos a respeito da questão ética do modo de agir e pensar do homem, ela adentra na relação entre a ética e a medicina, favorecendo assim uma junção entre a ética e a ciência da medicina, traçando uma linha que serve como base para que haja avanços e evoluções.

[...] a Bioética apresenta-se com uma nova postura de pesquisa. Não se admite que seja apenas uma linha moral da medicina, pois, ela é muito mais abrangente porque busca uma reflexão ética no conjunto das relações do homem com as práticas das ciências biomédicas. Enseja, sim, um momento de reencontro da ética com a ciência. (SARTORI, 2001, p. 35).

Seguindo a linha de raciocínio da Bioética:

Analisando-se a Bioética como um ramo do conhecimento multidisciplinar, verifica-se que o seu fundamento é a pessoa, como ser vivo integrante de um meio. A palavra de origem grega nos remete ao significado: bios – vida e éthiké – ética. A vida, garantida com o nascimento da pessoa e seu posterior desenvolvimento, encontrou no direito, o instrumento necessário para a sua efetivação. E na relação estabelecida entre o direito e a bioética, tornou-se um instrumento de busca que não só a garantia de vida, como também a dignidade, fixando parâmetros para a sua concretização e estabelecendo limites para distinguir o lícito do ilícito. (PUPERI, 2009, p. 189)

Tais avanços trazem a necessidade de um novo meio de estudo e apoio, para que sejam discutidas e resolvidas todas as pendências oriundas das evoluções das

ciências humanas, distinguindo-se e estabelecendo limites entre o lícito e o ilícito. Meio a grande necessidade de suprir a demanda dos problemas gerados, surge a figura de uma nova ciência, o Biodireito.

2.3 Biodireito

Devido os avanços da Bioética, surge o Biodireito. O Biodireito está intimamente ligado com a Bioética, ele veio como um escape para onde são direcionados os questionamentos que cernem as evoluções biotecnológicas e da medicina que estão diretamente ligadas a Reprodução Humana Assistida e que também estão ligadas ao direito e a sociedade.

Os avanços técnicos e científicos e a complexidade de cada um dos ramos do saber provocam o imprescindível intercâmbio de informações, objetivando a melhor efetividade do fim maior, ou seja, o “bem estar” com responsabilidade. A bioética dominou a esfera do direito como “pano de fundo” de debates de situações controversas, porém, hoje em dia, já há algumas normas sobre a consideração de valores, o que cria discussões. (NAMBA, 2009, P. 13).

O surgimento do Biodireito não deve ser visto apenas como mais um ramo do direito, deve ser visto como um campo a ser estudado, pois assim como as de mais áreas do direito está em constante evolução devido os grandes avanços sociais. É necessário haja uma futura legislação específica, para que os temas que dizem respeito o Biodireito não sejam regidos pelos conceitos estabelecidos pela Bioética, saindo da fase de discussão social passando para parte em que há aceitação social das novas descobertas na Reprodução Assistida.

[...] é preciso que a futura legislação brasileira sobre temas, que hoje são contemplados somente pela Bioética, tome como limite aquilo que já é

considerado consenso no âmbito científico-social sobre a matéria. Por outro lado é importante ressaltar que muitos tópicos ainda se encontram em pleno processo de discussão científica de aceitação social. (KRELL, 2009, p. 51)

Contudo, não se pode negar um crescimento significativo nos valores sociais, tal evolucionismo valorativo fez com que as regras do Biodireito se tornassem abstratas para a comunidade ficando despidas de força coercitiva, por isso é necessário à existência de uma legislação pertinente para que haja o acompanhamento social ao crescimento científico.

[...] não se pode negar um crescente relativismo dos valores na sociedade pluralista moderna. O esvaziamento dos fundamentos éticos da ordem jurídica pode fazer com que o Biodireito fique “pairando como um conjunto de norma abstratas” despidas de efetividade social e força coercitiva”. (LEITE, 1999, p. 156 apud KRELL, 2009, p. 53)

A construção do Biodireito se dá a partir das normas da Bioética visando os novos avanços das técnicas de Reprodução Humana Assistida, pois para terem eficácia as normas do Biodireito precisam ser aceitas pelos diversos grupos sociais existentes na comunidade social. Diante da dificuldade em haver aceitação pela sociedade é necessário que o legislador seja cauteloso na criação das normas.

[...] o seu processo de construção deve partir das regras e princípios da Bioética, tendo em vista novas realidades sociais. Isto porque, para ganharem eficácia social, as normas jurídicas a serem promulgadas na área do Biodireito, necessitam de legitimidade, fundada na aceitação dos grupos sociais que atuam na área de sua aplicação. (KRELL, 2009, p. 54)

Seguindo a linha de raciocínio a respeito das normas do Biodireito:

[...] a originalidade programática do Biodireito está no reconhecimento de que a dimensão operacional do direito não deve se nortear, para e simplesmente, pelo critério da vaidade formal; o Biodireito (...) expressa o compromisso operacional com a validade substancial, isto é, com a “validade ética”. (PEREIRA E SILVA, 2001, p. 104 apud KRELL 2009, p. 64)

Sobre a aproximação entre a Ética e o Direito, especialmente no que diz respeito à aplicação das normas jurídicas é necessário que se faça uso de princípios, pois esses carregam uma carga valorativa. Tal carga valorativa ajuda a sociedade basilar preceitos básicos para que haja uma aceitação acerca dos avanços científicos e da medicina. “É possível aproximar a Ética do Direito, especialmente no momento da aplicação das normas jurídicas, por intermédio da aplicação dos princípios jurídicos, posto que os mesmos carregam em seu bojo uma “carga valorativa”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 232 e s. apud KRELL, 2009, p. 67)

Segundo entendimento de Gama (2003, p. 169 apud KRELL, 2009, p. 68), “considera como princípio geral do Biodireito o princípio da democracia, assegurador da cidadania como conjunto de direitos políticos e públicos nas escolhas necessárias, inclusive quanto aos valores éticos e culturais”. Por esse princípio pode ser entendido que é necessário haver debates acerca dos temas constantes nos avanços a respeito da Reprodução Humana Assistida entre sociedade e legislador. Outro princípio que sustenta o Biodireito as evoluções da Reprodução Humana Assistida é o princípio da Igualdade.

Outro princípio geral do Biodireito é o da Igualdade em sentido material das pessoas humanas, expresso nos arts. 3º, III, e 5º, I, CF. Desse princípio deflui importante contributo jurídico ao direito de procriar artificialmente, em especial quando assegura a proteção igualitária aos filhos (art. 227, § 7º, CF), sendo vetada a discriminação dos filhos, independentemente da forma de sua geração, natural ou artificial. (GAMA, 2003, p. 121 apud KRELL, 2009, p. 68)

Com a constante evolução das técnicas de Reprodução Humana Assistida, modificou-se o modo de como a filiação sempre foi vista, por isso é necessário que a figura do Biodireito seja legislada e aceita por toda sociedade, fazendo-se necessário uma evolução na cultura e aprofundamento maior de conhecimento e informação acerca de tal tema.

As investigações biomédicas sobre o início da Vida Humana e sobre a procriação promoveram, e promovem, ainda, inúmeros debates e posicionamentos científicos. As questões mais delicadas dizem respeito à categoria Ética, provocando a elaboração de regras que regulamentem as técnicas e os procedimentos nessa área do conhecimento, mas é na área jurídica que tem ocorrido diversos desfechos com relação a maternidade/paternidade que precisam ser reconhecidos e protegidos. (SARTORI, 2015, p. 126)

O Biodireito é um ramo do direito que tem origem oriunda dos questionamentos a respeito da ética, mais especificamente no que diz respeito as modalidades de reprodução humana assistida, que por sua vez tais questionamentos estão intimamente ligados ao Direito e a ética, que necessitam de constantes estudos para que sua evolução e crescimento nunca parem meio as necessidades de conhecimento social.

Após o estudo dos tópicos apresentados neste capítulo, ou seja, ética, bioética e biodireito, passam-se a analisar a Reprodução Humana Assistida e suas repercussões no âmbito da filiação.

3 FILIAÇÃO CIVIL E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1 Filiação Civil

A filiação é um vínculo de parentesco estabelecido entre membros de uma família. Com a constante evolução no meio social no que diz respeito à filiação, seu conceito não é mais tido apenas como uma relação entre uma pessoa e aqueles que a geraram, o conceito de filiação passou a ser, segundo Silvio Rodrigues (2002, p. 321 apud SCALQUETTE, 2010, fl. 30) “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram ou a receberam como se as tivessem gerado”.

Esse novo conceito abrange todas as dúvidas que eram discutidas a respeito da filiação decorrente de adoção, fecundação artificial e a que decorre do afeto. Tornando-se assim a filiação mais abrangente do que era, igualando dessa forma os filhos biológicos e adotivos.

No que tange ao avanço conquistado em termos de filiação e ao caminho percorrido, Paulo Luiz Netto Lôbo evidencia a transformação da acepção familiar destacando que “a igualdade entre os filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção da família, a partir de um único pai e mãe e seus filhos, eleva-os à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há comum nessa concepção plural de família e filiação é a relação entre eles fundada no afeto”. (LÔBO, 2003, p. 43 apud SCALQUETTE, 2010, p. 31)

Importante salientar que, no Direito Romano, o conceito de filiação que hoje conhecemos não era conhecido, hoje a filiação reconhece o gênero masculino e o

gênero feminino. A filiação e o parentesco eram apenas reconhecidos no âmbito masculino.

Essa predominância do parentesco consanguíneo – *cognatio*, cogação –, no Direito Civil moderno, não corresponde ao que vigorava no Direito Romano, onde recebia destaque a agnação – *agnatio* – que significava parentesco exclusivamente na linha masculina, conjugado à apresentação do filho ante o altar doméstico, como continuador do culto dos deuses dos lares. (PEREIRA, 2009, p. 319 apud SCALQUETTE, 2010, p. 33)

Filiação é um tema importante e bastante discutido entre os autores no âmbito do Direito Civil, em específico no Direito de Família, pois pode se dar a esse instituto diversas formas e conceitos, estabelecendo sempre uma relação jurídica. Diz Carlos Roberto Gonçalves (2014), acerca de filiação em um sentido abrangente em reação ao tema:

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade (GONÇALVES, 2014, p. 216)

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, no início do Século XX, nesse código havia a figura dos filhos legítimos (havidos no casamento), e os ilegítimos (havidos fora do casamento), havia também a figura do filho legitimado, que alcançava a mesma condição de filho legítimo após o casamento de seus pais, durante a sua concepção ou após o seu nascimento.

[...] Nesse diploma, havia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, ou seja, os primeiros havidos do casamento, e os segundos havidos fora do casamento. Previa-se também a figura do filho legitimado, que alcançava a condição de equiparado ao legítimo após o casamento de seus pais,

durante a sua concepção ou após o seu nascimento (art. 353 do Código Civil de 1916). (SCALQUETTE, 2010, p.39)

Os filhos ilegítimos eram divididos em dois grupos, naturais quando os pais não eram casados, mas não estavam impedidos de casar, e espúrios, quando os pais estivessem impedidos de casar. Como observa Scalquete: “Os ilegítimos subdividiam-se em *naturais*, caso os pais não fossem casados, mas não estivessem impedidos para o casamento, sendo, por exemplo, solteiros ou viúvos; e *espúrios*, quando os pais estivessem impedidos para o casamento”. (SCALQUETTE, 2010, p.43)

Os filhos espúrios, por sua vez, se subdividiam em adúlteros que era quando os pais estavam impedidos de casar por já estarem casados, e os incestuosos, que decorriam de alguma relação proibida em razão do parentesco entre os pais.

Os espúrios, por sua vez, eram subdivididos em adúlteros e incestuosos. Chamavam-se adúlteros quando os pais estavam impedidos de casar por já serem casados – um deles ou ambos. Os incestuosos eram aqueles que decorriam de uma relação impedida em razão de parentesco entre os pais. (PEREIRA, p. 302 apud SCALQUETTE, 2010, p.43)

Entretanto, no Código Civil de 1916, no que dizia a respeito da contestação de paternidade, caso filho houvesse nascido 180 (cento e oitenta) dias após o início da convivência conjugal, o pai não tinha o direito de contestar a filiação, estabelecendo dois requisitos que eram o de ter ciência da gravidez da mulher e o de ter assistido a lavratura do termo de nascimento do filho.

Em relação a contestação de paternidade, se, porventura, o filho houvesse nascido antes dos 180 dias que sucediam o início da convivência conjugal, ao pai não era dado o direito de contestar sua legitimidade em duas situações: se antes de casar tinha ciência da gravidez da mulher; ou se

assistiu à lavratura do termo de nascimento do filho, pessoalmente ou por procurador, sem contestar a paternidade. (SCALQUETTE, 2010, p.39)

A legitimação poderia ser contestada apenas se o marido entendesse ser incapaz de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias ou mais, dos 300 dias que precedessem o nascimento do filho, ou também se nesse período os cônjuges estivessem separados.

Contudo a legitimação do filho concebido na constância do casamento, inclusive por presunção, poderia ser contestada se o marido se achasse fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias, ou mais, dos 300 que houvessem precedido o nascimento do filho; ou se também a esse tempo estivessem os cônjuges legalmente separados. Essa última hipótese não poderia ser alegada caso os cônjuges tivessem vivido ainda que apenas por um dia, sob o teto conjugal. (FRANÇA, 1996, p. 336 apud (SCALQUETTE, 2010, p.40)

Foi com a Constituição Federal de 1988 que ocorreu a evolução do Direito de Família, foi ela quem igualou os direitos existentes entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, e demais institutos importantes nessa área do Direito de Família. A inovação foi bem recebida pelo ordenamento jurídico e também pela sociedade.

A constituição Federal de 1988 inovou particularmente em três aspectos: igualou os direitos do homem e da mulher, reconheceu a igualdade dos filhos havidos ou não na constância do casamento, e consagrou o pluralismo familiar, reconhecendo como entidades familiares a união estável e a família monoparental. (SCALQUETTE, 2010, p. 40)

A Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil, em seu artigo 1.596, estabeleceu a proibição de distinção dos filhos pelo tipo de filiação. No artigo 1.603 do instituto supracitado (BRASIL, 2002), fica estabelecido que a filiação se dá pelo termo de nascimento que lavrado no Cartório de Registro Civil.

A única distinção que ocorre na filiação é a respeito da filiação biológica, onde o filho possui a herança genética dos pais, ou filiação não biológica, que é decorrente da adoção, da socioafetividade ou da reprodução assistida.

[...] o que há apenas para fins conceituais e sem que possa imputar tratamento diferenciado no ordenamento jurídico é a divisão da filiação em biológica e não biológica. A primeira é aquela em que o filho tem os genes dos pais e a segunda aquela que decorre da adoção, da socioafetividade ou da reprodução com utilização de material genético de doadores. (SCALQUETTE, 2010, p.44)

Dentro da filiação não biológica, existe a figura da filiação heteróloga, que é a decorrente de técnicas de Reprodução Humana Assistida, em que há doação de material genético por terceiros. Essa espécie de filiação é nova no ordenamento jurídico ela permite aos casais que não podem ter filhos, por qualquer motivo, irem a busca de métodos de Reprodução Humana Assistida, podendo contar com materiais de doadores.

Ainda dentro da filiação não biológica, temos os filhos nascidos após ser utilizada uma das técnicas de reprodução humana em que há material genético de doadores – o que chamamos de heteróloga. Essa espécie de filiação, recém-incorporada ao ordenamento jurídico positivado, permite aos casais que não podem, por qualquer razão, ter filhos a busca por doadores de óvulo e/ou espermatozoide, sem que possa haver qualquer distinção do tratamento jurídico dado para os filhos biológicos. (SCALQUETTE, 2010, p.44)

No que cerne a respeito da filiação na Reprodução Humana Assistida, é necessário que sejam estabelecidos critérios legais para fins de parentesco civil e seus efeitos jurídicos.

A partir do momento em que é possível procriar sem contribuição genética de um dos cônjuges ou companheiros (reprodução humana assistida heteróloga), necessário se faz estabelecer critérios para fins de estabelecimento dos vínculos de parentesco civil e os consequentes efeitos jurídicos da filiação originária dessa técnica de reprodução. (KRELL, 2009, p. 157)

Importante aqui salientar que a respeito da filiação socioafetiva, os filhos concebidos de modo assistido possuem os mesmos direitos e deveres dos filhos gerados de maneira biológica sem nenhuma distinção, conforme dispõe o Código Civil de 2002.

Com o advento das procriações artificiais todo esse estado de coisas foi alterado, uma vez que a verdade biológica deve ser desconsiderada em proveito da verdade afetiva. Nesse sentido, a verdadeira filiação, nos dias atuais, está calcada na intensidade das relações afetivas que unem pais e filhos, independentemente da origem genética destes últimos. A filiação está solidificada na vontade do casal ter um filho, mesmo que a natureza lhe tenha negado essa possibilidade. (FERNANDES, 2005, p. 61)

Para melhor compreender a relação entre a filiação e a Reprodução Humana Assistida no item a seguir serão apresentadas noções importantes.

3.2 Reprodução Humana Assistida

Com o constante avanço da biotecnologia, os meios de Reprodução Humanamente Assistida estão sempre em constante evolução possibilitando que

casais com problemas de gestação possam optar entre a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, e a maternidade por substituição. Por sua vez, Ibias e Silveira (2015) afirmam que:

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas foi colocado a serviço das mulheres, em um primeiro momento, para atender ao desejo de evitar filhos através das técnicas de contracepção. Contudo, hoje estão à disposição do desejo de gerar filhos por meio das técnicas de Reprodução Humana Assistida.”

Seguindo a linha de pensamento:

O progresso as técnicas de reprodução assistida criou algumas questões de difícil resposta. Como já mencionado, dissociou-se o processo de reprodução, inclusive no que diz respeito à concepção fora do corpo da mulher. A procriação, ato de decisão íntimo do casal, passa a ter a intervenção de terceiros (doadores, médicos). (FERNANDES, 2005, p. 53)

A constante evolução fez com que não só pessoas que necessitam de meios de Reprodução Humanamente Assistida fossem surpreendidos com tais avanços, mas sim a sociedade em geral. Produzindo efeitos significativamente positivos na mudança de conceitos e opiniões que eram pertinentes na sociedade.

O progresso tecnológico, sua utilização, e a crescente interferência da medicina nesse domínio, determinaram uma revolução, mudança de opiniões ou concordâncias antigas, ideias e regras que já se encontravam consolidadas. Provocaram, também, momentos de incerteza quanto à

aplicação dos resultados, com dúvida quanto ao comprometimento ou não dos Direitos Humanos Fundamentais. (SARTORI, 2015, p. 123-124)

Atualmente a Reprodução Humana assistida é vista como um meio de realizar o desejo de ter filhos. A Constituição Federal, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, em seu artigo 226, §7º, dispõe o direito ao planejamento familiar desde que haja acesso e conhecimento necessário aos meios de contracepção existentes. Para Badalotti, Petracco e Arent Reprodução Humana Assistida é o (2004 apud Ibias e Silveira, 2015, p. 70) “conjunto de procedimentos que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo.”.

A Reprodução Humana Assistida é um método procurado por casais inférteis, onde esses se submetem a uma tentativa de procriação para constituírem uma família. Com isso, cresce um grande debate acerca do tema a respeito de sua eficácia a cada descobrimento científico sendo necessário que haja uma fundamentação jurídica que sane todas as dúvidas que já existentes e as que venham a surgir.

As novas conquistas surgem de uma maneira muito dinâmica e com elas as necessidades de fundamentos das mais diversas áreas do conhecimento, principalmente no tocante ao início da vida humana. Um dos objetivos da fundamentação é, justamente, sanar ou acalmar e minimizar as próprias incertezas e dúvidas, geradas pela esperança e pelo receio que essas pessoas carregam dentro de si. (SARTORI, 2015, p. 125)

Cabe mencionar que existe uma divisão de dois grupos de Reprodução Humana Assistida, as homólogas e as heteróloga, para que haja um melhor entendimento no âmbito jurídico, e uma separação científica e biológica na área da medicina.

[...] homóloga é a inseminação promovida com material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges”, e “heteróloga é a fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge. (RODRIGUES, v.6, p. 341 apud SCALQUETTE, 2010, p. 74)

Com as constantes descobertas e evolução dos métodos de Reprodução Humana Assistida homólogas e heteróloga faz-se necessário uma criação de princípios basilares e também uma solução jurídica pertinente a filiação heteróloga e a relação que está causando não apenas no âmbito do Direito de Família, mas também nos demais ramos do direito e das demais ciências, ocasionando assim um grande reflexo em toda sociedade.

A reprodução artificial leva-nos a um repensar de um conjunto de instituições estruturais do Direito como: família, filiação e direitos sucessórios. Especula-se quais os critérios de decisão mais eficientes na criação de soluções concretas e na difícil análise que envolve os questionamentos de índole jurídica. (BARBOZA, 2003, p. 79 apud KRELL, 2009, p. 158)

Quanto à relação de paternidade e maternidade, os pais serão possuidores da autoridade parental assim como na filiação natural sem métodos de Reprodução Assistida. Sendo aplicada a essa relação toda a legislação pertinente sobre a filiação constante na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante do estabelecimento de vínculos paterno-materno-filiais, a reprodução heteróloga confere aos pais a autoridade parental (ou o “pátrio poder”), aplicando-se, portanto, todas as disposições constantes da Constituição Federal (art. 226, 227 e 229), do novo Código Civil (arts. 1.566, IV, 1.630 a 1.638) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 20 a 24). (KRELL, 2009, p. 164)

Os avanços da medicina no que diz respeito à reprodução assistida não param no tempo, tais avanços são fundamentais não só para quem necessita de métodos para procriação, mas também para o direito, em especial o direito civil no que cerne as famílias. No que diz respeito à filiação, cabe destacar que o filho que teve origem de reprodução assistida, possui os mesmos direitos dos filhos que não foram gerados/concebidos do mesmo modo. Se fazendo necessário, portanto um maior aprofundamento cultural, ético e social no que diz respeito aos meios de Reprodução Assistida.

Para que ocorra a RHA, é necessário que esteja presente o problema da infertilidade absoluta ou relativa.

Os fatores da infertilidade podem ser absolutos ou relativos, dando origem à esterilidade ou à hipofertilidade. A esterilidade que advém de situações irreversíveis pode ser entendida como infertilidade absoluta; neste caso, a procriação só será possível por meio da utilização de técnicas de reprodução assistida. Já na hipofertilidade, infertilidade advinda de causas inexplicadas cientificamente, a procriação pode ser conseguida através de terapêuticas tradicionais. (FERNANDES, 2005, p. 21)

Contudo, os métodos de RHA, dão aos casais de realização do desejo de formar uma família, mas não acabou com os problemas de esterilidade.

Qualquer técnica de reprodução assistida, seja ela inseminação artificial, fecundação *in vitro*, maternidade de substituição, é um paliativo, pois não cura a esterilidade, que motivou sua utilização. Desse modo, a reprodução, antes ato íntimo do casal, passa a ter ampla participação de terceiros, com o tratamento extracorpóreo de gametas. (FERNANDES, 2005, p. 22)

Após pesquisar sobre a Reprodução Humana Assistida e suas principais noções, no próximo capítulo será analisada a Maternidade por Substituição e seus efeitos jurídicos.

4 OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

4.1 Efeitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida

Primeiramente, cabe salientar que a Reprodução Humana Assistida é um meio para satisfazer o desejo do ser humano de procriar e constituir uma família. Tais meios de procriação ocasionaram uma verdadeira revolução, pois permitem que seja gerada uma nova vida sem relação sexual.

A reprodução artificial como meio hábil para satisfazer o desejo de procriar do ser humano estéril, utilizará, conforme o caso, as técnicas científicas colocadas à sua disposição pela ciência médica; as quais tiveram um desenvolvimento realmente espetacular nos últimos anos, provocando uma verdadeira revolução, pois acabaram por permitir que se gerasse uma nova vida sem uma relação sexual sequer; fato inverso da contracepção, no qual se permite a sexualidade sem a consequente procriação. (FERNANDES, 2005, p. 19-20)

A satisfação buscada encontra amparo na ciência e na medicina, ocorre que falta amparo no ordenamento jurídico com intuito de criar uma proteção para quem busca e depende dos meios de Reprodução Assistida.

A utilização cada vez maior das técnicas de reprodução humana, postas à disposição do indivíduo para satisfazer sua necessidade de procriação, nos mostra que a ciência jurídica necessita urgentemente ser reformulada a fim

de cumprir sua função de criar condições para a prevenção e preservação da saúde moral dos indivíduos. (FERNANDES, 2005, p. 51)

Tais avanços repercutiram na esfera civil do ordenamento jurídico, modificando a ideia de família que antes existia na sociedade, hoje as relações familiares se estabelecem independentemente do casal ser heterossexual. O novo conceito de família é visto e vivido entre homens e mulheres e, como consequência a existência de filhos não está mais ligada a antiga ideia de um casal, fato esse, decorrente da RHA. As novas técnicas contribuem não só para a modificação da estrutura familiar, contribui também para a modificação do pensamento social.

Novos arranjos familiares encontram-se instalados na sociedade, os quais não se adequam aos modelos preestabelecidos pelo legislador constituinte. As relações familiares se estabelecem entre homens e mulheres, não mais necessariamente em torno de um casal heterossexual. Composições diversificadas resultam do desfazimento de uma união anterior, da adoção, de parceria homossexual. Em consequência, a existência de filhos não mais está vinculada, exclusivamente, a ideia de casal [...] As técnicas de reprodução assistida, de utilização crescente, contribuem eficazmente para a modificação das situações familiares, a partir do momento em que permitem filhos a pessoas que não poderiam tê-los, aqui compreendidos: o casal, o homem, a mulher, os dois últimos isoladamente. (BARBOZA, 2008, p. 97)

É importante ressaltar, que no Ordenamento Jurídico Brasileiro não existe proibição a respeito dos métodos de Reprodução, contanto que seja respeitado o disposto no artigo 8º, incisos I a IV, da Lei nº 9.974/95, qual seja, Lei da Biossegurança. Tal dispositivo salienta o dever de ser respeitado também os princípios éticos, quais sejam, autonomia e beneficência, ficando proibido a manipulação genética de células germinativas humanas, exceto para que haja o tratamento de defeitos congênitos e proibindo que ocorra a manipulação, o

armazenamento e a produção de embriões humanos para que esses sirvam como material biológico disponível para o homem, a qualquer custo.

Constata-se que a lei brasileira não proíbe expressamente nenhuma técnica de reprodução assistida, desde que se respeite o disposto no artigo 8º, incisos I a IV, da Lei da Biossegurança (Lei nº 8.974/95), que veda a manipulação genética de células germinativas humanas, assim com a intervenção em material genético *in vitro*, exceto para o tratamento de efeitos congênitos, desde que respeitados os princípios éticos (autonomia e beneficência) e haja a aprovação prévia do CTNBio; proibindo, ainda, a produção, o armazenamento ou a manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível. (FERNANDES, 2005, p. 51-52)

Os avanços da RHA permitiram ao homem ter poder sobre a RHA, passando por cima dos princípios do direito, ocasionando assim grande mudança e revolução em vários institutos, como a família, o casamento, os vínculos de filiação, pois tais meios estão além das normas existentes.

Os avanços científicos que permitiram ao homem dominar o processo de reprodução atropelam o direito em seus princípios seculares, "*demonstrando quão frágil é a estrutura de uma ciência que se passava por sólida, duradoura e inquestionável*". Assim, não somente o casamento em si, mas todos os vínculos de filiação são afetados uma vez que a verdade biológica, juridicamente consagrada não mais atende à verdade factual. (LEITE, p. 199 apud FERNANDES, 2005, p. 57)

A falta de uma legislação específica e a constante evolução dos métodos de Reprodução Assistida deixa a sociedade sem resposta para questionamentos e problemas que antes eram inimagináveis, portanto para que seja sanada essa lacuna no ordenamento e na sociedade faz-se necessário a criação de algum

dispositivo jurídico capaz de sanar e resolver dúvidas e eventuais conflitos que possam vir a existir.

A incompletude da ordem jurídica e o progresso das procriações artificiais exigem um real posicionamento do jurista, que se vê atado a antigas presunções para a solução de problemas anteriormente inimagináveis; todavia, na medida em que essas presunções se tornem relativas, criam-se dúvidas quanto às relações jurídicas por elas geradas, cabendo à sociedade se manifestar sobre essa nova realidade. (FERNANDES, 2005, p. 57)

Diferentemente da reprodução natural, as técnicas de Reprodução Assistida podem gerar incertezas ou a dificuldade de ser estabelecida a paternidade ou a maternidade, possibilitando também a procriação por homossexuais. Tais incertezas geram grandes questionamentos intimamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

[...] diferente da reprodução natural, as técnicas de reprodução assistida podem conduzir à incerteza ou impossibilidade de estabelecimento da paternidade, quando utilizado o sêmen do doador, bem como da maternidade, no caso da gestação de substituição, além de possibilitar a procriação por homossexuais. Todas essas situações dentre outras [...] têm gerado profundos questionamentos ético-jurídicos, diretamente relacionados com os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. (BARBOZA, 2008, p. 100)

Discorre Fernandes (2005, p. 61), que “com o advento das procriações artificiais, todo esse estado de coisas foi alterado, uma vez que a verdade Biológica deve ser desconsiderada em proveito da verdade afetiva.” O que nos faz entender a

necessidade de uma legislação específica a respeito que venha a sanar principalmente a definição da filiação que ficará estabelecida.

Existe a urgente necessidade de determinações jurídicas para nortear a RHA, seus princípios e principalmente o ser humano. A ausência de legislação acaba por causar inúmeros questionamentos que acarretam problemas de ordem científica, emocional, legal e ética.

Existe a necessidade urgente de uma série de determinações jurídicas, por causa de inúmeros questionamentos precursores de profunda perplexidade e insegurança no meio social. Há também grande cautela entre os juristas, uma vez que a ausência de legislação específica acerca da técnica promove o surgimento de questões nunca antes cogitadas, além de acarretar uma série de problemas de ordem científica, emocional, legal e ética. (FREITAS, 2008, p. 87)

Ademais, no próximo tópico, será tratado a respeito dos Efeitos Jurídicos da Maternidade por Substituição no Ordenamento Jurídico.

4.2 Efeitos Jurídicos na Maternidade por Substituição

A Maternidade por Substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, caracteriza-se pelo fato de uma mulher ser estéril e então precisar recorrer à outra para que a criança passe a ser gestada. A Maternidade por Substituição é sem dúvida uma grande evolução não só da ciência, mas também da medicina no que diz respeito aos métodos de reprodução humana assistida. Para Ibias e Silveira:

Tradicionalmente a maternidade sempre foi atribuída apenas a uma mulher, que era encarregada de diversas etapas, tais como a fecundação, a gestação e o parto. No entanto, através da procriação assistida, sobretudo da maternidade de substituição, mudanças ocorreram no processo natural de gestação, da forma que estas funções foram dissociadas, podendo ser distribuídas a mais de uma mulher. (IBIAS; SILVEIRA, 2015, p. 87/88).

A evolução no âmbito social e biológico trouxe grandes conquistas para a sociedade familiar principalmente no que diz respeito à filiação, a maternidade, a paternidade e ao surgimento de novas famílias e formas de filiação. Essa evolução ocasiona uma modificação da cultura e modo como as o ser humano vê as formas de constituição familiar.

A enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento das novas formas de filiação. Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação. (GAMA, 2001, p.215 apud DIAS, 2011, p.366)

Como a infertilidade é considerada um problema de saúde, é necessário que existam meios que possam resolver esse impasse frente à procriação humana. O Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2015), fazendo uso de suas atribuições, em sua Resolução acima supracitada, desenvolveu normas e requisitos de Reprodução Humana Assistida para cada uma de suas modalidades.

No que tange a Maternidade por Substituição, ficam estabelecidos diversos requisitos que devem ser observados. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, e a doadora deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até quarto grau. A Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina (2015), profetiza em seu item VII:

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015)

Fernandes (2005), diz que “as indicações médicas para a utilização desta técnica são as seguintes: infertilidade vinculada à ausência de útero, patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico, contra-indicações médicas a uma eventual gravidez decorrente de insuficiência renal severa ou diabetes grave insulino-dependente.”

Ibias e Silveira (2015) salientam que a Maternidade por Substituição pode envolver até três casais:

Aquele que deseja a criança, mas não tem condições de fornecer material fecundante, nem a mulher pode engravidar; aquele que doa o embrião excedente; e o casal que aceita que a mulher engravide, permitindo o nascimento da criança. O tema sucinta questões a respeito de quem será considerado pai e mãe da criança concebida (IBIAS; SILVEIRA, 2015, p. 86).

Existem muitos métodos e técnicas de RHA para que seja satisfeita a necessidade de reproduzir que todo ser humano tem. Esses métodos são decorrentes do problema de infertilidade, que acaba por gerar a infelicidade que é causada pelo sentimento da desigualdade. Contudo, mesmo que fosse criada uma Lei específica que norteasse a RHA, essa seria insuficiente para prever e sanar todos os conflitos que surgissem, visto que os comportamentos e pensamentos sociais se modificam mais rapidamente que o ordenamento jurídico.

Cabe ressaltar que válidas são todas as técnicas médicas disponíveis que possam satisfazer a necessidade que todo ser humano tem de se reproduzir e se perpetuar, visto que os problemas de infertilidade podem causar

infelicidade decorrente de um profundo sentimento de desigualdade; contudo, mesmo a edição de lei específica para regulamentar a matéria mostrar-se-á, após algum tempo, insuficiente, uma vez que seria impossível prever todos os eventuais conflitos, porque os comportamentos sociais se modificam e o ordenamento jurídico não os pode acompanhar com a mesma rapidez. (FERNANDES, 2005, p. 2)

Após exposição da falta de legislação, que gera dúvidas e incertezas a respeito da Reprodução Humana Assistida, será analisada a falta de legislação no que diz respeito à Maternidade por Substituição.

A prática da Maternidade por Substituição trouxe muitos problemas e dúvidas para o direito e também para a sociedade. A principal dúvida e questionamento são a respeito de como ficará estabelecido à figura da mãe. No que diz respeito à mãe de substituição, essa pode não ter ligação genética com o feto que está gestando, já a mãe biológica sempre terá ligação genética mesmo que a criança seja gestada por substituição.

A mãe de substituição era sempre a mãe biológica da criança; contudo, com o avanço das técnicas de reprodução assistida, atualmente, a mãe de substituição pode não ter nenhuma ligação genética com a criança que está gestando. Isso ocorre porque existe apenas uma impossibilidade feminina de gestar; tanto o marido ou companheiro quanto a mulher ou companheira são férteis, mas a ausência de útero ou problemas de trompas de Falópio impedem que a gestação seja evada a termo. (FERNANDES, 2005, p. 95)

Nesse mesmo sentido, acerca dos problemas éticos e jurídicos presentes na Gestação por substituição:

[...] se a mulher solicitante forneceu o óvulo, será a mãe genética; se foi a mãe de substituição quem forneceu o óvulo, será esta a mãe genética e geradora, ao mesmo tempo [...] Os avanços da biomedicina no campo da reprodução, contudo, não conseguiram, ainda, entender a relação de interdependência que se cria entre o embrião e a pessoa que o está gerando; daí os grandes problemas éticos e jurídicos que decorrem da aplicação deste procedimento. (FERNANDES, 2005, p. 96)

Outro ponto problemático existente devido à falta de legislação é em relação à entrega da criança gerada por substituição. Pois, no ordenamento jurídico brasileiro qualquer tipo de contrato que estiver em conformidade com o artigo 185 combinado com o art. 104, ambos do Código Civil de 2002, e o art. 82 do Código Civil de 1916, deve ter por objeto coisas móveis ou imóveis lícitas e possíveis, e, sendo a vida um direito indisponível, não pode esta ser objeto de contrato. Portanto, enquanto não houver uma legislação pertinente sobre o tema, o contrato de locação de útero, será tido como nulo.

Outro problema acerca do tema diz respeito à segurança dos encomendantes em relação a entrega da criança, uma vez que, no Brasil, qualquer tipo de contrato, em conformidade com o artigo 185 combinado com o artigo 104, ambos do novo Código Civil, bem como o artigo 82 do Código Civil de 1916, deve ter por objeto coisas móveis ou imóveis lícitas e possíveis; sendo a vida um direito indisponível, não pode ser objeto de contrato; sendo a substância humana um bem inercializável, também não pode ser objeto de contrato. Logo, o contrato de locação de útero, segundo nosso ordenamento jurídico vigente, é considerado nulo. (FERNANDES, 2005, p. 98-99)

Fernandes (2005, p. 99), dispõe que “é comum o arrependimento da mãe substituta durante a gravidez; por este existe norma ética estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina, de que a mãe de substituição deva pertencer à família da mãe genética/social num parentesco até segundo grau [...]”

Ocorre que, tais problemas vêm tornando-se cada vez mais constantes, e a falta de um ordenamento jurídico próprio faz falta não só para os que dependem da Maternidade por substituição, mas também para toda a sociedade, que precisa entender e acompanhar a evolução dos meios de Reprodução Humana Assistida.

O provimento nº 52 de 14 de Março de 2016, da Corregedoria Nacional de Justiça (2016), dispõe sobre regras para o registro de nascimento de filhos gerados por técnicas de Reprodução Humana Assistida. Dispondo em seu artigo 1º que, tal registro será realizado independentemente de prévia autorização judicial mediante o comparecimento de ambos os pais, sendo o casal homoafetivos ou heteroafetivo. Se for o casal casado ou conviverem em união estável bastará a presença de um só para a realização do registro. Em caso de filho de casais homoafetivos, o registro de nascimento deve ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes sem haver qualquer distinção quanto à ascendência materna ou paterna.

Art. 1º. O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no Livro "A", independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivos, munida de documentação exigida por este provimento.

§1º. Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato do registro, desde que apresentado o termo referido no art. 2º, §1º, inciso III, deste provimento.

§2º. Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento, deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Ficando também estabelecido, no art. 2º, § 2º, do provimento nº 52 de 14 de Março de 2016, da Corregedoria Nacional de Justiça (2016), que “na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo – DNV.”

O Provimento nº 21/2015, de 29.10.2015, da Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco (publicado no DPJ-PE, de 04.11.2015, pgs. 161-162) reconhece em seu parágrafo primeiro, o admite a multiparentalidade e a paternidade e a maternidade de pessoas do mesmo sexo, nos casos de Reprodução Humana Assistida.

Art. 1º. O assento de nascimento decorrente de filhos havidos por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, observada a legislação vigente, no que for pertinente, mediante comparecimento de um ou ambos os pais e/ou mães, munidos da documentação exigida neste provimento, independentemente de prévia autorização judicial; permitidas a duplicidade parental (multiparentalidade) e a paternidade ou maternidade por pessoas do mesmo sexo.

Diante de todo o exposto, salienta-se que os provimentos acima referidos são de suma importância para que haja uma maior eficiência e celeridade no que diz respeito à Reprodução Humana Assistida no âmbito da Gestaçã por Substituiçã. Porém, apesar das regras que foram produzidas, ainda não existe uma lei para sanar todas as lacunas, dúvidas e questionamentos sociais, que hoje são preenchidos por respostas éticas que acabam não sendo tão aceitas e compreendidas no meio social.

5 CONCLUSÃO

Não se pode negar que a maternidade é um sonho de muitas mulheres, porém não é um privilégio de todas que tem esse sonho, pois o problema da infertilidade, esterilidade ou em certos casos as contraindicações, acabam impossibilitando a realização tal desejo.

As técnicas de Reprodução Humana Assistida veem avançando e se tornando cada vez mais aceitas e procuradas pelo homem que tende ao desejo da reprodução de sua espécie.

De todos os métodos de Reprodução Humana Assistida, a Maternidade por Substituição, é o método que mais gera dúvidas e questionamentos pela sociedade e também por quem a utiliza, sendo tais receios sanados por questões e normas éticas.

A Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina, dispõe sobre as normas para a realização das técnicas de Reprodução Humana Assistida, estabelecendo critérios que devem ser observados. No que diz respeito à Maternidade por Substituição, fica estabelecido que, as doadoras temporárias de útero devem ter parentesco consanguíneo até o quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina, ademais essa doação temporária, não deve ter caráter lucrativo.

A falta de uma legislação específica, especialmente no que diz respeito à filiação materna na gestação por substituição é a principal dúvida existente. Contudo, recentemente, o Provimento nº 52/2016, de 14-03-2016, da Corregedoria Geral de Justiça, estabeleceu em seu §2º do art. 2º do Provimento supracitado, que quando ocorrer à gestação por substituição, não constará na certidão de nascimento da criança o nome da parturiente que é informado na declaração de nascido vivo – DNV. A Resolução supracitada reconheceu também a multiparentalidade na maternidade por substituição.

Frente a falta de uma legislação específica, a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina e o Provimento já referidos, apesar de estabelecerem regras e critérios que devem ser observados nas técnicas de Reprodução Humana

Assistida, são fracas e não bastam para sanar as dúvidas e receios que existem e que surgem constantemente, principalmente no que diz respeito a Maternidade por Substituição, não atingindo essa normas o ordenamento jurídico vigente no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Heloisa Helena. Técnicas de Reprodução Assistida – As Leis Ajudam? **Vivências em Tempo de Reprodução Assistida** – O dito e o não-dito. Rio de Janeiro, Revinter, 2008, p. 97 – 102.
- BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.121, de 2015**. Brasília, DF, 2015: Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2016.
- BRASIL, Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco. **Provimento nº 21 de 2015**. Recife, PE, 2015: Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162\(1\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Provimento%20n%2021-2015%20%20DJE%2004%2011%202015%20-%20pags%20%20161-162(1).pdf)>. Acesso em: 01 out. 2016.
- BRASIL, Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 54, de 14 de Março de 2016**. Brasília, DF, 2016: Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016
- CERUTTI, Eliza. Gestação por Substituição: o que o Brasil pode aprender com a experiência estrangeira. **Direito de família e sucessões**, Porto Alegre, Magister, v.12, maio/jun., 2016, p. 14 – 30.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FREITAS, Jacqueline Motta Ramos. Cessão Temporária de Útero – Implicações. **Vivências em tempo de Reprodução Assistida** – o dito e o não-dito. Rio de Janeiro, Revinter, 2008, p. 87 – 95.
- FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- IBIAS, Delma S.; SILVEIRA, Diego Oliveira da. Aspectos Jurídicos e Sociais da Gestação por Substituição. **Famílias e Sucessões: Novos Temas e Discussões**. Rio de Janeiro, RJR, 2015, p. 66 – 97
- KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípio Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2009.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

PUPERI, Morenise. O Direito fundamental da criança à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e a bioética. **Direito contemporâneo de família e das Sucessões**: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 189-196.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Direito e Bioética: O desafio da interdisciplinaridade**. Erechim: EdiFAPES, 2001.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução Humana Assistida: Um Direito Fundamental?** Curitiba: Appris, 2015.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.