



**Maternidade
de Substituição
e o Direito de
Filiação à Luz
do Ordenamento
Jurídico Pátrio**

Geraldo Zimar de Sá Júnior



AYA EDITORA

2023

Geraldo Zimar de Sá Júnior

**Maternidade de Substituição
e o Direito de Filiação à Luz do
Ordenamento Jurídico Pátrio**

Ponta Grossa

2023

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Geraldo Zimar de Sá Júnior

Capa

AYA Editora©

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Dr. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva do autor. O autor detém total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro, devem ser direcionados exclusivamente ao autor.

S1111 Sá Júnior, Geraldo Zimar de

Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio [recurso eletrônico]. / Geraldo Zimar de Sá Júnior. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 95 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-365-1

DOI: 10.47573/aya.5379.1.187

1. Reprodução humana - Legislação. 2. Tecnologia da reprodução humana – Brasil. 3. Gestação de substituição - Brasil. 4. Higiene do trabalho. I. Título

CDD: 346.81015

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA ANÁLISE CONCEITUAL E PRINCIPIOLÓGICA ACERCA DO DIREITO DE PROCRIAR	12
Conceito e evolução histórica do direito de filiação	12
Das técnicas de reprodução humana assistida	16
Procriação e esterilidade	19
Análise das principais técnicas de reprodução assistida	21
Bioética e biodireito: percepção principiológica das técnicas de reprodução assistida.....	27
Princípio da dignidade da pessoa humana como fator delimitador da reprodução assistida.....	33
Princípios fundamentais.....	35
REGULAMENTAÇÃO EXISTENTE ACERCA DO INSTITUTO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO	39
Regulamentação no Âmbito Nacional: Resoluções 2.013/2013 e 2.320/2022 – Conselho Federal de Medicina.....	41
Implicações decorrentes das lacunas normativas no que tange a maternidade de substituição ...	44
Comercialização do útero materno	44
Incerteza quanto aos vínculos de filiação	48
PRÁTICA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS ÉTICO-JURÍDICAS.....	51

Percepções da maternidade de substituição sob o enfoque da ética e da bioética	54
Desbiologização da maternidade.....	64
DEFINIÇÃO DA MATERNIDADE E A REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FILIAÇÃO DA CRIANÇA.....	69
A supremacia do melhor interesse da criança e dos seus direitos como critério primordial para definição da maternidade	72
Análise do direito de filiação à luz da prática da maternidade de substituição	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
REFERÊNCIAS.....	86
SOBRE O AUTOR	88
ÍNDICE REMISSIVO	89

Apresentação

A vida em sociedade é diariamente impactada pelos avanços científicos e biotecnológicos. No âmbito da reprodução humana, o progresso vem desafiando paradigmas consagrados, outrora intangíveis. A impossibilidade natural de procriação, até então incontornável e apresentada como uma penitência, não mais representa um obstáculo intransponível à reprodução. A introdução das técnicas de reprodução assistida no cotidiano médico vem proporcionando a procriação artificial de forma corrente, tornando-se realidade e impondo a análise de desafios éticos outrora impensáveis. No âmbito da reprodução assistida, o objetivo do presente estudo gravita em torno de uma de suas formas de expressão: a prática da maternidade de substituição. A cessão do útero como forma de viabilizar a gestação de embrião fecundado em laboratório tem se tornado uma medida possível, mas capaz de impor ao meio social diversas indagações de caráter ético, sobretudo no que concerne à filiação da criança. Nessa ordem ideias, objetiva-se com o presente estudo analisar conceitos, princípios e noções a respeito das técnicas de reprodução assistida, em especial as que possibilitam a maternidade de substituição, buscando-se compreender os critérios que devem envolver a definição da filiação e, por consectário lógico, da maternidade da criança.

Geraldo Zimar de Sá Júnior

INTRODUÇÃO

Não raro, os avanços científicos e biotecnológicos ocupam as páginas e manchetes dos meios de comunicação. Clonagem humana, inseminação artificial, reprodução em laboratório, dentre tantas outras técnicas; as opções são múltiplas e variadas, mas nem sempre bem digeridas socialmente. A comunidade política moderna, bombardeada pelo progresso científico, vê-se envolta em necessárias discussões bioéticas, buscando compreender até onde a concepção da vida pode ou não ser relativizada e os impactos daí advindos.

A utilização da reprodução assistida suscita problemáticas jamais experimentadas pela ciência jurídica.

A celeridade com que o desenvolvimento científico é ofertado atropela as noções do ético e de alguns institutos jurídicos, causando perplexidade e convidando a sociedade civil a tentar compreender e questionar os avanços, sobretudo no campo ético.

Em que pese a relevância social inerente às técnicas de reprodução assistida – que viabilizam a constituição de um núcleo familiar onde antes não se vislumbrava tal possibilidade –, é fato que a ciência jurídica vem derrapando na missão de acompanhar e regulamentar o progresso, de modo a viabilizar a pacificação social. Tal descompasso entre o avanço e a lacuna legislativa acaba redundando em insegurança jurídica, mormente por envolver valores caros e dignos da tutela estatal, como a família.

E é neste diapasão que as técnicas de reprodução assistida, e, em caráter especial, a maternidade de substituição, socialmente conhecida como “barriga de aluguel”, merecem um reforço em sua análise.

Os fundamentos que reclamam uma atenção especial da ciência jurídica à temática aqui exposta gravitam em torno de dois eixos: o primeiro deles se refere a ausência de qualquer contato sexual para que se conceba a reprodução; o segundo, por fim, se volta à participação de uma terceira pessoa para a concretização da empreitada reprodutiva. Para o presente estudo, a análise gravitará em torno da maternidade de substituição, quando uma mulher – terceira na relação entre os sujeitos reprodutivos – cede seu útero e gesta uma criança.

A participação da mãe substitutiva desafia a presunção absoluta da maternidade, segundo a qual a genitora seria aquela que vivenciasse os estágios da gravidez. A mera cessão do útero impõe uma análise aprofundada da afetividade como critério para definição dos vínculos filiais.

Como única forma de regulamentação referente à matéria discutida, a Resolução número 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, dispõe a respeito da maternidade de substituição, estabelecendo restrições a tal prática. Todavia, em que pese o aparente acerto do diploma normativo, a sua precariedade normativa é evidente, haja vista se tratar de ato infralegal, despedido, pois, da devida coercibilidade.

As evidentes lacunas legais se convertem em problemas indiscutíveis. No contexto da maternidade de substituição, o vácuo da lei abre margem para a imposição de problemáticas complexas, especialmente quando surgem divergências entre a mãe de substituição e o casal solicitante. Não bastasse, a regulamentação incompleta e imprecisa facilita a prática comercial da cessão do útero, redundando em um abismo bioético ocasionado pelo progresso científico.

É justamente nesse quadrante que as presentes problemáticas, analisadas neste trabalho, suscitam estudo e pesquisa em universo científico pouco desbravado pela Ciência do Direito.

Fulcrado na percepção do direito de filiação ante a prática da maternidade de substituição, o presente trabalho objetiva, além de analisar as implicações decorrentes no direito de filiação diante da prática da supracitada técnica reprodutiva, tomando por referência o princípio do melhor interesse da criança, compreender conceitos, princípios e a evolução histórica do direito de filiação e das práticas de reprodução assistida.

Além disso, busca-se conhecer todas as perspectivas regulamentares existentes a respeito da maternidade de substituição, fazendo a imediata correlação entre os parâmetros normativos existentes e as consequências da prática desenfreada e clandestina da cessão comercial do útero.

O presente estudo será desenvolvido, essencialmente, por meio de pesquisa exploratória, através da análise sistemática da Constituição Federal de 1988, Código Civil

de 2002, Resolução 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina (além das normativas outrora vigentes; hoje revogadas), além de artigos científicos direcionados, doutrinas específicas de Biodireito e Direito de Família.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA ANÁLISE CONCEITUAL E PRINCIPOLÓGICA ACERCA DO DIREITO DE PROCRICIAR

Conceito e evolução histórica do direito de filiação

Enquanto cerne que tangencia a noção de família, a filiação pode ser delineada em conceituação triangular que relaciona imediatamente os genitores aos seus descendentes, ou seja, singelamente, representa a vinculação existente entre pais, mães, e a sua respectiva prole. Por evidente, a noção de família, enquanto base da sociedade, nos termos da Constituição Federal de 1988, perpassa a idealização dos vínculos de filiação enquanto núcleo que viabiliza a concepção da entidade familiar; concepção esta que evoluiu sistematicamente em um processo histórico marcado por acepções e inferências que refletiam, com evidência, o momento histórico em que foram concebidas.

A noção de família, lastreada na filiação, nem sempre exarou contornos como os hodiernamente observados (ainda em processo de desenvolvimento). Com efeito, a percepção de entidade familiar sempre buscou refletir os parâmetros sócio-morais vigentes à época em que se intentou compreender a exata dicção da relação entre descendentes e ascendentes.

Marcadamente patriarcalista, a família do século XIX e precedentes evidenciava o caráter nitidamente patrimonial que se conferia a relação entre pais e filhos. Governada pelo patriarca, a entidade familiar de outrora supervalorizava a propriedade em detrimento dos seus componentes. Sob o argumento da imoralidade e necessidade de proteção dos bons costumes, da paz social e familiar, a odiosa distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, que perdurou por séculos, tendo por critério distintivo a origem da concepção, se do casamento ou de relação incestuosa ou concubinária, evidencia a proteção exacerbada do patrimônio, sem qualquer valoração à dignidade dos componentes do seio familiar.

Prevaleceu, portanto, durante um longo período histórico, a noção de filiação intimamente atrelada ao modelo clássico de reprodução humana, em que estaria vinculada necessariamente a procriação carnal, uma vez inexistindo, à época, maiores relatos a respeito

da utilização de métodos artificiais de concepção, de modo que estes foram completamente ignorados socialmente durante um percurso histórico em que o filho somente seria sujeito de deveres perante o chefe patriarca se fosse oriundo de relação sexual conjugal.

O advento da Constituição da República de 1988, mais que um marco de ruptura com concepções obsoletas do ente familiar, veio a deflagrar a necessidade de reconstrução da perspectiva de família e de filiação, de modo que as estruturas até então soberanas não mais atendiam a evolução social que, diuturnamente, deixava de se encaixar aos velhos brocardos superlativizados em dado momento histórico.

Com a promoção da igualdade e da liberdade, a concepção patriarcal, da existência de um “chefe de família” bem delineado deixou de satisfazer os anseios sociais, de modo que a atual Constituição Federal veio a suplantá-la, proclamando a igualdade entre homens e mulheres, ou seja, houve uma verdadeira repaginação da família, que passava de uma unidade chefiada por uma pessoa, para um conjunto baseado na convivência harmônica de seus componentes.

Tais mudanças surtiram efeitos imediatos na concepção de filiação e família no Código Civil de 2002, que superando os ideais patrimonialistas por essência de 1916, traduziu uma repersonalização dos institutos civilistas, devendo estes serem analisados à luz da Constituição Federal de 1988, modificando o eixo de análise do direito civilista, passando da preponderância exacerbada do patrimônio para a pessoa considerada como sujeito de direitos e deveres imprescindíveis, rompendo, em assim sendo, com percepções ultrapassadas e sem nexo de causalidade, como a diferenciação da filiação legítima e ilegítima, como salientado alhures, que veio a ser completamente dizimada pela nova ordem Constitucional e pela releitura do direito civil à luz das disposições magnas.

Segundo Gama (2003, p. 345):

Não há mais espaço para o Direito de Família aristocrático e excludente, em que a tutela da “família legítima” era o objetivo maior das instituições sociais e organismos estatais, a ponto de, sob o argumento de proteção da paz familiar e do patrimônio construído, haver a impossibilidade jurídica do estabelecimento da paternidade de criança fruto de reprodução carnal de homem casado com outra mulher que não sua esposa.

A revolução paradigmática que conferiu novo encarte a filiação e a definição de família sobreleva o elemento afetividade como forma de ligação entre os membros da

comunidade familiar, até mesmo para a definição daqueles que a compõem. É elemento intrínseco e fundamental ao reconhecimento da família contemporânea, devendo o afeto ser alçado a valor jurídico fundamental para a percepção da família, dando a essa entidade o caráter de promover, com base nos laços afetivos que unem os seus membros, o pleno desenvolvimento de todos os componentes que a integram.

Atenta a nova realidade social que rejeita pressupostos retrógrados, a Constituição Federal de 1988, além de reformar a percepção da filiação, alargou o conceito de entidade familiar, rompendo com a família-padrão do século XIX, composta, necessariamente, pelo binômio homem/mulher devidamente unidos pelo matrimônio, conferindo proteção estatal a entidades compostas por homens, mulheres, ou somente um deles e seus filhos, não condicionando a validação do conceito da família à existência imprescindível de casamento.

A sobrelevação da afetividade enquanto elemento que valida a existência da família e da filiação, não obstante a ausência de previsão expressa nos diplomas legais atuais, evidencia a sua existência, ainda que implicitamente, no tratamento dispensado pelo Código Civil¹ a didática da filiação, quando, ao tratar da presunção da concepção durante o casamento, relaciona os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. A presunção da filiação, neste específico caso, escancara a validação da afetividade na aferição do conceito de família, posto que, como será devidamente salientado posteriormente, a inseminação artificial heteróloga rompe com a concepção biológica de filho, uma vez que a conjugação de gametas para que se viabilize a gravidez ocorre com células sexuais de terceiro que não o marido da futura parturiente.

É solar a intenção do texto Constitucional de 1988, que, buscando adequar-se a realidade social vigente, posto não poder dissociar-se dela, concebeu a família contemporânea baseada no vínculo afetivo que une seus membros, com projetos, objetivos de vida comuns, não condicionando a existência de família, e a consequente proteção a ela dispensada, ao casamento, a existência de um “déspota” que chefia a entidade, e a procriação, passando a valorar os anseios dos componentes do seio familiar, seus objetivos primordiais de vida, dando assim uma conotação mais condizente a instrumentalizar a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da república, conforme atesta a

¹ Artigo Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Constituição Federal. “O casamento deixou de ser uma única forma de união afetiva, o contato sexual deixou de ser a única forma de procriar e, a procriação, por sua vez, não é a finalidade primordial da família” (FERRAZ, 2011, p. 80).

Sem embargo das inovações experimentadas pela definição da filiação com o advento da Constituição Federal de 1988, que, como visto, rompeu com pressupostos que limitavam o direito de filiação a procriação oriunda da relação sexual no matrimônio. O direito de filiação, hodiernamente, observa uma metamorfose considerável em suas perspectivas, com a introdução das técnicas de reprodução humanamente assistidas, que viabilizam o projeto parental sem a necessidade de qualquer contato sexual.

Esse novo viés do direito de filiação não se consagra como uma inovação, posto sempre existente em menor escala nos diversos períodos históricos; ocorre que, com o grande avanço biotecnológico, a medicina reprodutiva ganhou um suporte científico considerável, consagrando inúmeras possibilidades de procriação, independente de qualquer relação sexual.

O caráter revolucionário trazido pelas técnicas de procriação pela reprodução assistida, muito embora representem um avanço importante na viabilização do projeto e planejamento familiar, assegurado pela Constituição Federal, ainda carecem de regulamentação normativa, inexistindo, portanto, limites legais a tais práticas, acabando por conferir às mesmas um aspecto de “vanguarda obscura”.

Com efeito, a utilização desenfreada e sem maior responsabilidade de técnicas procriacionais pode resultar em problemáticas insondáveis pela ciência do direito, uma vez traduzindo-se em incertezas para os vínculos de filiação.

Embora viabilizem a concretização do ideal familiar a casais que estejam impossibilitados de conseguirem pela “via natural”, a reprodução assistida não pode se consubstanciar como método subsidiário de procriação, mas, sim, como método alternativo, que realizado de maneira prudente possa contornar problemáticas até então intransponíveis pela ciência, no que tange a reprodução humana.

A ausência de maiores perspectivas legais que regulamentem a matéria tornam o conhecimento e a utilização cadenciada da reprodução assistida mais burocrático,

margeando a clandestinidade e o desenfreamento na realização do projeto parental através de tais técnicas biotecnológicas, redundando em conflitos sem solução acerca da maternidade, paternidade e filiação para os que se utilizam da medicina reprodutiva.

Apesar do caráter grandioso e “status” de solução, as inovações consagradas na medicina reprodutiva, notadamente no campo do direito de família, ainda são observadas com reservas pela sociedade, uma vez que consagram perspectivas que levantam dúvidas no que pertine a filiação civil, evidenciando que o critério biológico, outrora absoluto na definição da parentalidade, agora se encontra equiparado à afetividade, como elementos de ligação que anunciam a existência de entidade familiar.

Das técnicas de reprodução humana assistida

A reprodução humana sempre representou a grande realização do homem enquanto ser racional. A capacidade de reproduzir-se e prostrar no tempo a linhagem familiar ostentou, e ainda reflete, o grande desejo do homem e da mulher. Gerar descendentes representa mais que dar origem a novas vidas, sendo forma de perpetuar a espécie humana e sendo o ser humano um animal essencialmente reprodutor, “programado” fisiologicamente para dar ensejo a reprodução através do ato sexual, a procriação passou a enxergada como uma obrigação intransponível, e não como mero ato de discricionariedade do homem.

De fato, por longos períodos históricos a procriação era a única forma eficaz de evitar a extinção completa da espécie humana, uma vez que inexistia qualquer relato de reprodução artificial que pudesse suprir a impossibilidade de reproduzir-se naturalmente.

Diante do relevo engendrado a capacidade de perpetuar a espécie, os indivíduos que apresentassem qualquer mácula no ato de procriar representavam seres desprezíveis, por vezes considerados amaldiçoados por não conseguirem dar ensejo ao desejo da mãe natureza. A fecundação passava a ser requisito obrigatório para a aceitação social.

Somente suportada pelo grupo feminino, o insucesso na empreitada reprodutória, até meados do século XV, era culpa exclusiva da mulher, que não conseguia dar operacionalidade ao plano para qual teria sido projetada, uma vez que a espécie feminina era visualizada como a forma mais objetiva de perpetuar a espécie, sendo exclusivamente

este o seu papel na sociedade. A mulher, tentando reverter o nefasto quadro da esterilidade, recorria a diversas modalidades terapêuticas, como rituais religiosos e fantasiosos, ervas, etc.

A partir do século XVI é que, com análise acerca da reprodução humana agora melhor aparelhada com a descoberta do microscópio, passou-se a considerar a esterilidade masculina como uma realidade factível, diante da ausência ou escassez das células reprodutoras no organismo. Tal descoberta veio a desconcertar o brocardo absoluto de virilidade masculina, tornando socialmente mais ofensiva a impossibilidade de procriar para homem do que mesmo para mulher, posto atingi-lo na sua função máxima de reprodutor por excelência.

A descoberta da esterilidade masculina não trouxe somente aspecto negativo, posto que permitiu avanços consideráveis na análise da reprodução humana, viabilizando o conhecimento da morfologia da procriação, que se daria essencialmente pela convergência das células reprodutoras masculinas e femininas (óvulos e espermatozóides), tais avanços no ramos da biotecnologia e da engenharia genética proporcionaram a fertilização, pela união do núcleo do espermatozóide com o núcleo do óvulo, *in vitro*, do primeiro embrião de proveta do mundo, que culminou com o nascimento da criança inglesa Louise Brown, em 1978.

A evolução do conhecimento científico, é possível inferir, voltou a proporcionar a casais antes atormentados pela completa impossibilidade de gerar descendência a viabilidade do projeto parental mediante a utilização das técnicas de reprodução humana medicamente assistidas. Uma revolução biotecnológica que representa um avanço descomunal na superação da esterilidade como obstáculo a reprodução humana. No mesmo passo, em que pese as benesses inegáveis, os avanços na medicina reprodutiva representam uma grande incógnita para a sociedade, que assiste atônita as descobertas e avanços diários. A ausência de maiores perspectivas jurídico-legais que regulamentem a matéria dão a esses avanços a tônica da insegurança jurídica, não inexistindo maiores impedimentos e limitações normativas a tais práticas.

No plano nacional, em uma digressão histórica, as noções de filiação, maternidade e paternidade chegaram, no Código Civil de 1916, em plena convergência com os ideais

propostos pelo Direito Romano. No artigo 338², o Código Civil de 1916 trabalhava com o sistema de presunções de paternidade somente para os filhos havidos exclusivamente na relação matrimonial, em franco apego aos ideais patrimonialistas que permeavam a noção de família, no início do século XX. Na legislação civilista retrógrada nada foi salientado a respeito das técnicas de reprodução assistida principalmente pelo fato de que estas ainda se encontravam em uma realidade bem distante dos truncados anos para a ciência reprodutiva, que vão desde o final do Século XIX e início do Século XX.

Em contrapartida, a legislação civilista de 2002, com uma grande dose de atraso, veio a ressaltar, ainda que superficialmente e de maneira insuficiente, a filiação decorrente das reproduções homólogas e heterólogas, no artigo 1.597, da Lei 10.406/2002 (Código Civil), onde ficou provisionado um sistema de presunções da paternidade da criança havida nas condições ilustradas no mencionado preceptivo legal.

Em termos legais, como será bem delineado posteriormente, a reprodução assistida nunca fora tema de debate de qualquer legislação no ordenamento jurídico pátrio, sendo que somente em 1995, através da Lei 8.974/95, denominada Lei de Biossegurança, a manipulação genética foi regulamentada de alguma forma, sendo revogada, posteriormente pela Lei 11.101/05. Tal evolução legislativa, todavia, em nada veio a contribuir no que pertine a regulamentar as consequências oriundas da prática da reprodução assistida e seus reflexos no âmbito da filiação, limitando-se a estabelecer parâmetros, prevê a criação de órgãos administrativos e fixar condutas típicas criminais em matéria da manipulação genética, não se posicionando, em momento algum, a respeito das celeumas oriundas da reprodução artificial e das consequências nas relações parentais.

Em que pese o caráter evolucionista fornecido a população mundial, o avanço científico não pode converter-se em causa primeira dos métodos reprodutivos, sendo imperativa a necessidade de imposição de limites a tais práticas, sob pena de subversão da ordem natural da procriação humana.

² Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).

II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Procriação e esterilidade

Conforme salientando alhures, a reprodução humana sempre foi considerada como forma de dar perpetuidade a espécie, consistindo em verdadeiro paradigma de aceitação pessoal e social. Indivíduos que apresentassem qualquer limitação em sua capacidade reprodutiva eram vistos como amaldiçoados, por não poderem sequer empreender um projeto parental. Nesse diapasão, os avanços da medicina reprodutiva representaram uma solução ao entrave da esterilidade, que obstacularizava o desejo de possuir uma prole.

Neste campo, as técnicas de reprodução humana assistida vêm como forma de estender a todos, indiscriminadamente, a possibilidade de ter filhos, de viver a experiência da reprodução, ainda que com todas as limitações fisiológicas impostas pelo corpo.

Indiscutível o aspecto psicológico que a reprodução humana assistida vem a resguardar. A esterilidade representa a ruptura do desejo de reprodução; a impossibilidade de reproduzir-se naturalmente constitui em um verdadeiro entrave de vida ao casal. Nas palavras de Leite (1995, p. 17-18):

[...] A esterilidade não coloca em xeque só a organização psíquica do indivíduo, mas atinge também o casal. Se a esterilidade é difícil de viver individualmente para o homem solteiro, ela é mais ofensiva para o homem casado que sofre em não conseguir proporcionar à sua mulher o sonho da gravidez e a alegria de ter um filho. Com efeito, a esterilidade priva-a de três sensações insubstituíveis: a gravidez, a criança e o estado de mãe.

Nesse mesmo sentido, ressalta Callioli (1998, p. 27):

Se for verdade que a fecundidade confere ao homem a capacidade de se multiplicar, de se imortalizar através dos filhos, a ausência destes, como decorrência da infertilidade, pode desestruturar o casamento, rompendo com a cadeia familiar, não permitindo a perpetuação da vida, pois durante toda a existência, o homem espera continuar vivendo através de seus filhos.

Em que pese o grande avanço que as técnicas de reprodução assistida conferiram ao desejo de reprodução, as mesmas, todavia, não servem de solução, de contorno ao problema de esterilidade, que é por essência irreversível.

Neste passo, importante salientar importante distinção entre infertilidade e esterilidade, termos usados equivocadamente como sinônimos. A infertilidade é a impossibilidade de gerar filhos, nos termos proclamados pela Organização Mundial de Saúde, os fatores que conduzem a essa impossibilidade podem ser de ordem relativa

ou absoluta. Os fatores de ordem relativa caracterizam-se como contornáveis, podendo-se atingir a concepção através de terapias reprodutivas, enquanto os fatores de ordem absoluta redundam na esterilidade, a completa impossibilidade de procriação, muitas vezes por causas morfológicas, como ocorre com o atrofiamento do útero materno, por exemplo.

Inexistem fórmulas precisas que sirvam de bússola informativa a respeito das causas de infertilidade. Via de regra, a idade e as interferências psicológicas apresentam-se como grandes empecilhos a empreitada reprodutiva; o decurso do tempo interfere diretamente na produção de óvulos, células reprodutoras feminina, que com o avanço da idade dificultam a possibilidade de fecundação, já a interferência psicológica liga-se a ansiedade pela concepção e a frustração pela não ocorrência, o que acaba contribuindo fundamentalmente para o insucesso em novas tentativas de concepção.

Assim, as técnicas de reprodução assistida representam a grande esperança daqueles que por vicissitudes diversas não podem conceber naturalmente. A procriação artificial busca satisfazer o desejo procriacional, sendo legítima a sua utilização como forma de restaurar as funções reprodutivas ou conferir novas oportunidades de geração dos filhos, através de subterfúgios biotecnológicos, com a consequente consecução do planejamento familiar. Conforme ensina Gama (2003, p. 234), é mais que legítimo o acesso as formas de procriação artificial, desde que observados a integridade física da criança gerada e a integridade psicológica do casal submetido a tais técnicas.

O direito a procriação assistida ganha respaldo quando considerado em face da Constituição da República, que em seu artigo 226, §7º, assim asseverou:

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§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 das instituições oficiais ou privadas.

Com efeito, a Carta Magna de 1988 salientou a possibilidade, por livre escolha do casal, em planejar a família que desejam constituir, não fazendo qualquer discernimento a respeito da família a ser formada, como quais seriam os seus componentes e a forma de concepção da prole. Para Ferraz (2011) a garantia conferida pela Constituição Federal à

constituição da Família através da concepção natural deve ser estendida àqueles, que por razões médicas, não podem reproduzir-se naturalmente, ou seja, o direito de constituir uma família é extensível a todos através da reprodução, ainda que artificialmente.

Krell (2007, p. 105) sintetiza alertando:

[...] Isto, entretanto, não significa que essa interpretação deve ser estendida a qualquer tipo de técnica de reprodução assistida. Assim, parece duvidoso permitir o uso da fecundação artificial homóloga ou heteróloga simplesmente pela recusa da pessoa à utilização dos meios naturais de reprodução. Nesse contexto, a posição extremada seria a aceitação de um direito de recusar a reprodução natural que se expressaria no direito à contracepção e até num direito a recorrer aleatoriamente à reprodução medicamente assistida.

Assim sendo, deve ser reconhecido a todos o direito de planejamento e constituição da entidade familiar da forma que for viável, inclusive através da reprodução artificial, mediante a utilização das técnicas de reprodução assistida, desde que isso não implique em riscos a saúde do paciente e do desceite gerado artificialmente.

Análise das principais técnicas de reprodução assistida

O incessante avanço biotecnológico permitiu que no final da década de 70, mais precisamente em 1978, fosse fecundado o primeiro bebê de proveta da história mundial, culminando em uma verdadeira revolução social e científica, traduzindo-se em um rompimento com a velha e ultrapassada perspectiva de que a procriação estaria vinculada a cópula sexual entre os genitores.

A partir do advento do bebê fertilizado artificialmente na Inglaterra, o crescimento na análise da reprodução medicamente assistida progrediu geometricamente, culminando na descoberta de inúmeras possibilidades de se empreender o projeto reprodutivo de maneira assistida, dissociando a reprodução da fecundação e do sexo.

As técnicas de reprodução medicamente assistida, encampando uma acepção biológica e jurídica, podem ser sintetizadas como formas e procedimentos que visam a reprodução humana, vencendo ou substituindo etapas deficientes nesse processo, sendo que tais técnicas devem ser analisadas de maneira direcionada ao problema apresentado por aqueles que buscam delas se utilizar.

Hodiernamente, as técnicas de reprodução assistida que ganharam maior respaldo,

seja por sua eficiência ou facilidade na realização, foram a inseminação artificial, a reprodução assistida através da fertilização “*in vitro*” e a reprodução assistida pela gestação de substituição.

Com uma finalidade jurídica bem delineada, o presente trabalho científico não pretende esgotar a análise biológica das técnicas de reprodução assistida a seguir analisadas, nem sequer revelar taxativo o rol das técnicas supracitado, vez que esta enumeração é infinitamente superior, cabendo a este estudo deter-se a análise das principais formas de procriação artificial, suas definições e finalidades, com maior enfoque para gestação de substituição.

A inseminação artificial é caracterizada pela substituição da relação sexual para que haja a fecundação. Com efeito, é consubstanciada na captação de espermatozoides do companheiro/marido/terceiro doador e a implantação dos gametas masculinos no interior do corpo da mulher, onde vem a ocorrer a fecundação.

Foi a primeira técnica de reprodução assistida amplamente conhecida pela população, tendo seu desenvolvimento em grande escala a partir de 1932, com a possibilidade de maior exatidão do período de ovulação feminino, requisito imprescindível para o sucesso da inseminação.

Dependendo do material genético que será utilizado, assevera Ferraz (2011, p. 44) que a inseminação artificial:

Pode ser homóloga, quando os espermatozoides introduzidos na mulher, no seu período fértil, pertencem ao seu marido ou companheiro; heteróloga, quando não pertence ao marido ou companheiro da mulher, mas a um doador, cujo material se encontra geralmente num banco de sêmen e cujo anonimato em regra se preserva, com o consentimento livre e informado do casal[...].

Portanto, no âmbito das técnicas de reprodução assistida homóloga, os vínculos parentais são definidos com base na consanguinidade, havendo uma verdadeira coincidência entre a percepção da filiação biológica e jurídica, posto que em se tratando de pessoas casadas a parentalidade é presumida, se concebida durante o matrimônio, ou durante os lapsos temporais provisionados pela codificação civil, na Lei 10.406/2002 (Código Civil), no artigo 1.597³. Tais presunções encontram razão de existir na forma como é concebida a

³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

reprodução artificial homóloga, onde as células reprodutoras utilizadas para a formação do embrião são oriundas do próprio casal, que cientes dos atos que pretendem desencadear fazem a coleta de tais células para a viabilização da fecundação, seja extracorpórea, como ocorre na fertilização *in vitro*, como será visto, ou intracorpórea, sendo o caso da inseminação artificial, por exemplo, havendo, por tal, a transmissão completa da carga genética do casal para a criança, demarcando todo o aparato do vínculo biológico existente entre os participantes da técnica.

Fixando bem os parâmetros da reprodução homóloga, Gama (2003, p. 726-727) acentua que:

Nos casos de reprodução homóloga, que pressupõe, portanto, o emprego dos gametas masculino e feminino do próprio casal, proporcionando a concepção, a gravidez e o nascimento da criança no interior da família constituída entre o homem e a mulher, não há dúvidas de que o fundamento mais importante a respeito dos vínculos jurídicos de paternidade, maternidade e filiação é a origem biológica, o que conduz a conclusão de que o parentesco se estabelece no âmbito da consanguinidade, ou seja, trata-se de parentesco natural, de acordo com o critério estabelecido no direito brasileiro e na maior parte dos sistemas jurídicos do ocidente.

Diferentemente do que ocorre com a inseminação artificial homóloga, onde o material genético utilizado é o do próprio casal que se utiliza da técnica de reprodução e a filiação acaba sendo delineada biologicamente, sem maiores querelas (ainda que sejam suscitadas algumas problemáticas de cunho ético, como por exemplo, a utilização da inseminação artificial homóloga após o divórcio ou *post mortem*, após a morte do marido), a inseminação artificial heteróloga que se reverbera, em regra, com a introdução das células reprodutoras masculinas, e até femininas, oriundas de doadores, que possuem suas identidades preservadas, evidencia maiores discussões acerca da definição da filiação, se legal, biológica ou até socioafetiva, de modo que tal modalidade somente deve ser utilizada em escala extrema e de inadequação de qualquer outra forma de procriação artificial, para que se evitem maiores discussões ético-jurídicas.

A reprodução heteróloga, que consubstancia tais problemáticas na definição dos vínculos filiais, é instrumentalizada pela consecução da fecundação com o auxílio de células reprodutoras de doador(es). Uma vez estando um, ou até mesmo os dois, membro da união, conjugal ou não, que buscam a reprodução artificial, impossibilitados de participar

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

ativamente da fecundação, com a doação dos seus respectivos gametas, inviabilizados por esterilidade, a formação do embrião será determinada pela doação dos gametas por terceiras pessoas, que devem ter sua identidade preservada.

Na didática conceitual, Fernandes (2000, p. 58) informa que:

Por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga '*a matre*', quando o gameta doado for o feminino, '*a patre*', quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

A reprodução humana assistida através de fertilização "*in vitro*", por sua vez, é caracterizada primordialmente pela fecundação extracorpórea, ou seja, ocorre o encontro das células reprodutoras masculinas e femininas em laboratório, para somente depois de ocorrida a fecundação, ser o embrião direcionado ao útero materno. O nascimento do primeiro bebê de proveta, na Inglaterra, em 1978, obteve sucesso a partir desta prática.

Assim como na inseminação artificial, segundo Ferraz (2011), os gametas masculinos e femininos podem ser oriundos pelo futuro pai e pela futura mãe, mas também poderão provir de outros envolvidos, poderão ainda ser fornecidos por determinado casal e o embrião ser fecundado por terceira pessoa, mulher, em gestação de substituição (técnica que adiante analisar-se-á). Deste modo, as incertezas e questionamentos já firmados quanto a filiação diante da inseminação artificial se aplicam com inteireza a fertilização "*in vitro*" heteróloga, com a utilização de gametas de terceiros doadores, ou a gestação por mulher diversa da doadora de óvulos.

Para Diniz (2001, p. 465), nestes casos:

A criança poderá ter duas mães, uma institucional e outra genética; dois pais, institucional, que será o marido de sua mãe, que anuiu na fertilização "*in vitro cum semine alieno*", e o genético, ou seja, o doador do elemento viril fertilizante, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou; três pais e três mães, ou melhor, mãe e pai genéticos (os doadores de óvulo e do sêmen), mãe e pai biológicos (a que o gestou em seu ventre e seu marido) e mãe e pai institucionais (os que encomendaram a clínica), sendo os responsáveis legalmente por ela, por terem feito o projeto de seu nascimento.

Ainda que não seja em essência uma forma de reprodução artificial, a análise da problemática dos embriões excedentários merece ser ressaltada.

Com efeito, a reprodução artificial é baseada em módulos de tentativas de fecundação a partir das células reprodutoras. Ocorrida a fecundação, há a formação dos embriões em larga escala como forma de dar maior possibilidade de sucesso na empreitada reprodutiva, sendo que um desses embriões será utilizado para fins de implantação no útero materno; a grande problemática surgida a partir da formação de embriões para dar operacionalidade a gravidez, a partir da fertilização *in vitro*, surgiu com o destino que seria dado aos embriões excedentários, não implantados no útero materno.

A discussão ganhou respaldo com a edição do artigo 5^o, da Lei 11.105/2005, que permitiu pesquisas com células-tronco advindas dos embriões excedentários da fertilização *in vitro*.

Aos que seriam contrários a tais pesquisas, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do preceptivo legal da lei de biossegurança, as pesquisas com células-tronco embrionárias representaria violação direta e imediata ao direito à vida; sendo tal argumento derrubado pela ausência de logicidade na comparação entre o ser humano, em sua plenitude corporal e espiritual, e um embrião, uma vez que para a legislação vigente no ordenamento jurídico pátrio a vida humana iniciaria com a formação do sistema nervoso, que somente ocorre a partir do 14^o dia após a fecundação, com a formação da placa neural. Ou seja, inexistente vida humana bem delineada nos embriões excedentários. Ratificando tal posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, em análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, julgou improcedente o pedido de declaração da inconstitucionalidade do artigo 5^o, da Lei 11.101/2005, reconhecendo que inexistente violação à vida ou a dignidade humana com as pesquisas envolvendo os embriões excedentários, sendo mais nobre e prudente utilizá-los para buscar benefícios em prol de toda a humanidade, do que simplesmente congelá-los para posteriormente serem descartados, sem maiores utilidades.

Por fim, a maternidade de substituição não representa primordialmente uma técnica diversa de reprodução humana medicamente assistida, consistindo em um método para a consecução da procriação artificial, onde uma terceira mulher – estranha a determinado

4 Art. 5^o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

casal- “empresta” o seu útero para que o embrião, obtido por inseminação artificial ou fertilização “*in vitro*”, seja gestado.

A utilização da maternidade de substituição, ou gestação de substituição como preferem alguns doutrinadores, desafia problemáticas de ordem cultural, ética, jurídica e social, somente devendo ser utilizada em casos extremos, onde a fecundação natural é impossível ou não recomendável. Com efeito, a técnica em análise desafia o brocardo até então absoluto na definição da maternidade, onde mãe deixa de ser necessariamente aquela que gestou a criança.

A diferenciação entre fecundação homóloga e heteróloga, doravante analisada, na maternidade de substituição ganha contornos deveras dramáticos, revelando a existência da possibilidade de maternidades diversas analisadas em três eixos principais: mãe genética, doadora das células reprodutoras; mãe substitutiva, sendo aquela que gesta o embrião a partir da fecundação de gametas de terceiros; e a mãe social/afetiva, que projeta a gestação e almeja a criança da futura criança.

Sintetizando, Gama (2003, p. 746) assevera que a maternidade, através do empréstimo do útero, pode ser referendada em três hipóteses ilustrativas:

A maternidade de substituição que envolve o embrião resultante do óvulo e espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu o seu óvulo; b) a maternidade de substituição que se relaciona ao óvulo e gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo, gratuitamente, para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo o sêmen utilizado na procriação o do marido que, juntamente com sua esposa, resolveu efetivar o projeto parental; c) a maternidade de substituição, que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que, por sua vez, não contribuiu com material fecundante.

Assiduamente criticada por transformar, na visão dos opositores, a mulher em objeto para a consecução da fecundação, a maternidade de substituição é uma realidade que por não devidamente valorada pela legislação nacional, que se mantendo inerte no que pertine as técnicas de reprodução humana assistida, redundando na gênese de um rede comercial clandestina que, como será analisado posteriormente, torna a prática da gestação por substituição em um problema ético-jurídico pela ausência de firmeza na definição dos vínculos de parentalidade-filiação da criança gerada.

Na tentativa de fornecer suporte existencial a prática em análise, a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 2.320/2022 afigura-se completamente inócua uma vez que seu caráter meramente deontológico, destituído de qualquer força normativa, não possui o condão de sequer abrandar as celeumas existentes na definição da maternidade quando do empréstimo do útero materno.

Bioética e biodireito: percepção principiológica das técnicas de reprodução assistida

O desenvolvimento da sociedade exige a preexistência de regramentos que disciplinem e limitem a conduta dos integrantes dos estratos sociais. O homem, enquanto ente político encontra-se condicionado a observância das normas jurídicas e morais, como forma de viabilização da convivência em grupos organizados. As normas jurídicas e morais possuem afluentes em comum e tomam por suporte basilar a ética individual, ou seja, como forma de organização da sociedade política, as normatizações, sejam morais ou jurídicas, impõem aos indivíduos certas obrigações de observância vinculada.

As normas jurídicas são caracterizadas basicamente pelo disciplinamento e regulação das condutas dos indivíduos que compõe o macrocosmo social, normas estas que são impostas à observância de todos pelo estado, como forma de manutenção da paz e organização social. Já as normas de cunho moral, muito embora também se convertam em regulação de condutas, não possuem um aparato de imposição, ou seja, não há coercitividade, regulando-se pela consciência individual de cada cidadão.

Como visto, o rápido desenvolvimento da biotecnologia com o avanço em progressão geométrica das técnicas de reprodução assistida representou o surgimento de celeumas ético-jurídicas jamais suscitadas. A procriação artificial veio a romper com valores absolutos e obsoletos, nunca modificados ou transgredidos, como por exemplo a concepção de que a mãe seria necessariamente aquela que gesta a criança e, através do trabalho de parto, dar vida ao ser. Os novos fenômenos biológicos proporcionados pelas técnicas de reprodução assistida escancaram a deficiência da legislação em suportar os avanços sociais, muito embora o Direito tenha como parâmetro delimitador os fatos sociais em que se desenvolve, a realidade hoje experimentada torna patente a inocuidade do sistema legislativo e jurídico

em acompanhar, na mesma disposição, os avanços científicos.

Diante dessa perspectiva, o meio científico, com a percepção de que a completa ausência de regulação representaria em problemáticas infinitas e sem qualquer meio de solução, atentou-se para a necessidade de criação de normas comportamentais, que impusessem limites éticos ao desenvolvimento e às práticas das técnicas de reprodução assistida pelos profissionais, como forma de garantir a integridade e a dignidade de quem necessitasse da intervenção reprodutiva artificial.

Nesse diapasão emerge a Bioética, representando uma vertente do ramo da ética, buscando compatibilizar os avanços biotecnológicos e as benesses advindas das práticas da reprodução assistida com a dignidade humana, com a integridade do ser vivo que deve prevalecer frente à disposição do próprio corpo. A Bioética traz como diretriz fundamental a previsão de parâmetros morais que impusessem limites a atuação do homem frente a diversa gama de dilemas experimentados pelos avanços biotecnológicos.

Com efeito, em que pese o imprescindível papel desempenhado pela Bioética, essa não foi providencialmente suficiente para, individualmente, suprir as lacunas legislativas diante do avanço científico. Nesse contexto, ganharam respaldo os princípios bioéticos, nascidos diante da necessidade de regulamentação comportamental dos que participam, sejam espectadores ou atuantes, da instrumentalização da biotecnologia.

A gênese dos princípios bioéticos se deu a partir do final da década de 70, quando eclodiram na sociedade global os avanços descomunais no campo da medicina reprodutiva. A partir da obra de Beauchamp e Childress, intitulada *Principles of Biomedical Ethics* (1979), e do relatório Belmont, nos Estados Unidos da América, elaborado por uma Comissão Nacional, inferiu-se que a solução das problemáticas suscitadas pelos avanços biotecnológicos, ante a ausência de uma regulamentação legislativa evidente, deveria ser percebida pela análise de quatro princípios fundamentais, quais sejam: o princípio da beneficência; princípio da justiça; princípio da autonomia; e o princípio da não-maleficência.

O princípio da beneficência, como a própria terminologia induz, importa na busca pelo bem do paciente, na utilização das técnicas que melhor respondam aos problemas apresentados pelo mesmo, maximizando benefícios e reduzindo riscos. Tal base

principiológica é utilizável não apenas para os profissionais da área médica; por representar uma das maiores virtudes éticas que deve animar a todos os profissionais, fazer o bem deve ser algo desejado e assumido por todos, como forma de melhor realização dos ideais profissionais.

Para Ferraz (2011, p. 23):

As pesquisas e técnicas devem ser realizadas no intuito de melhorar a saúde do homem e evitando o máximo possível causar-lhe qualquer dano, daí alguns também invocarem o princípio da não maleficência. As mesmas devem visar sempre o bem da pessoa, que é prioritário em relação aos interessados da sociedade e da ciência.

Reconhecendo a relevância do princípio da beneficência, Gama (2003, p. 63-64) alerta para sua inaptidão, para, sozinho, solucionar todos os dilemas éticos advindos da reprodução assistida anuncia que:

Entre os três princípios da bioética, o princípio da beneficência é aquele que tradicionalmente mereceu primazia no passado, mas a partir do momento em que se questionou a autoridade médica a respeito do que, concretamente, representa “fazer o bem”, constatou-se a sua insuficiência para resolver, sozinho, os dilemas morais. [...] a despeito da insuficiência do princípio da beneficência para resolver os dilemas morais, não se pode deixar de considerá-lo especialmente em virtude do sentimento de solidariedade que é ínsito à pessoa humana, num contexto de moralidade de assistência social.

Por sua vez, o princípio da justiça traduz a necessidade de fornecimento amplo e isonômico dos serviços de saúde a toda a população indiscriminadamente, de modo a viabilizar o amplo acesso aos meios de prevenção e tratamento das mais diversas patologias. Encontra-se respaldado no texto do artigo 196, da Constituição Federal:

Art. 196 A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sob esta óptica, os serviços de saúde devem ser instrumentalizados e eficientes, servidos a toda a população que deles necessitar, como forma de promover o progresso social e irradiar os benefícios advindos dos avanços médicos-terapêuticos a todas as camadas sociais, sem discriminar qualquer ser humano.

Dias (1999), em análise crítica a respeito de tal princípio, aduz que o mesmo pode ser analisado a partir do estabelecimento da perspectiva de que “até que ponto é legal, e não apenas legítimo, suspender os suportes da vida” diante da relevância que o princípio

da autonomia (abaixo analisado) deve ter na conduta do paciente e do médico?... O senso de justiça e autonomia, segundo a supracitada autora, deve ser perquirido em busca da melhor solução para os problemas eventualmente apresentados pelo paciente, de forma a devolver a esse a sua plenitude física, psíquica e espiritual.

O princípio da autonomia, lastreado na dignidade da pessoa humana, relaciona-se com a possibilidade de o ser humano, independente e dotado de raciocínio, escolher, optar, pelos tratamentos médicos que melhor lhe aprouverem, sem qualquer ingerência ou submissão forçada em seu consentimento, que deve ser deliberado a partir das informações médicas que lhes são fornecidas. Assim, cabe aos profissionais da saúde o respeito às opiniões e desejos expressados pelo paciente em salvaguarda aos valores éticos e morais da profissão.

Beauchamp e Childress ainda referendam um desdobramento do princípio da beneficência como merecedor de ressalva, qual seja: o princípio da maleficência, que estaria fulcrado no entendimento de que não devemos ocasionar danos aos outros, devemos agir sempre respeitando a integridade física e psíquica dos demais indivíduos. De fácil intelecção é a percepção de que tal princípio também não deve ser restringido em uma análise médica. Em verdade, não fazer o mal deve ser tomado como um parâmetro ético primordial para o exercício de qualquer atividade, profissional ou não. Na seara médica, tal princípio veda a proposição de receituários e tratamentos antes de ter sido emitido um diagnóstico completo a respeito da situação do paciente.

Em que pese o grande relevo que deve ser conferido a análise dos princípios bioéticos, os mesmos não podem, nem devem, ser valorados a um só tempo, posto serem baseados em postulados que excluem-se mutuamente. Ou seja, é evidente o verdadeiro conflito existente entre tais princípios quando analisados em uma mesmo contexto fático.

Assim evidencia Ferraz (2011, p. 27):

Enquanto o princípio da beneficência prega que o médico deve envidar todos os esforços para manter o paciente vivo, mesmo contra a sua vontade, o princípio da autonomia reconhece o direito do paciente de decidir, na relação médico/paciente. O princípio da justiça, por sua vez, visa garantir a todos, indistintamente, o direito à saúde.

Percebe-se que a aplicação literal dos três princípios da bioética de modo mecânico, sem que sejam discutidos os seus fundamentos éticos, pode tornar-se conflitan-

te, contraditória e autoexcludente, já que os citados princípios apresentam pontos centrais, por vezes, convergentes.

Consequentemente torna-se, então, necessário assegurar a integração entre os princípios, de forma que a autonomia seja preservada, a solidariedade garantida e a justiça promovida.

Muito embora os delineamentos da Bioética venham a representar um avanço diante da completa ausência de qualquer regulação moral ou normativa no que diz respeito as práticas de reprodução assistida, é improvável que proposições éticas, sem qualquer respaldo de obrigatoriedade, de coerção no meio social, venham a representar a solução para todas as problemáticas experimentadas pelos avanços científicos no meio social, das mais variadas ordens.

É nesse diapasão que surge a necessidade do direito, enquanto regulador dos fatos sociais, posto neles estar sustentado, apresentar-se enquanto ciência normativa, que impõe a observância de condutas a todos os indivíduos do meio social, como forma de dar sustentabilidade a vida em comunidade. O direito não pode manter-se inoperante diante de uma realidade já experimentada há tempos, sem fazer qualquer juízo de valor a respeito das práticas de reprodução assistida e as consequências operacionais delas advindas.

Neste íterim surge a imprescindibilidade da positivação das proposições éticas e morais, proporcionadas pela Bioética, como forma de conferir existência de um Biodireito, capaz de delimitar a atuação e o usufruto da biotecnologia através da imposição de condutas de observância vinculada e de princípios-vetores para resolução de eventuais conflitos oriundos das práticas relacionadas ao avanço científico.

Nesse mesmo sentido acentua Gama (2003, p. 105):

várias questões advindas dos avanços tecnológicos não são apenas objeto de preocupação no campo bioético, sendo fundamental a existência de determinadas regras de comportamento que devam ser dotadas dos atributos da obrigatoriedade, da generalidade, da coercibilidade e da imperatividade, gerando, assim, normas jurídicas, na construção do Biodireito.

O biodireito tem, portanto, sua gênese intimamente vinculada a necessidade de estabelecimento de parâmetros comportamentais diante da prática das técnicas de reprodução assistida, como forma de conferir sanções a eventuais descumprimentos de preceitos éticos e morais quando da atuação do profissional médico na procriação artificial, visando coibir ou minorar problemáticas àqueles que se valem da biotecnologia como método

alternativo de reprodução. Surge o biodireito mais com uma roupagem de microssistema jurídico do que um ramo jurídico propriamente dito, no contexto da necessidade de disciplinamento das condutas humanas frente aos avanços da medicina reprodutiva.

Dando suporte argumentativo, assim exemplifica Barreto⁵:

A experiência totalitária, em suas duas versões, durante o século XX, as duas guerras mundiais, as atrocidades cometidas no campo de batalha e os bárbaros experimentos genéticos, levados a efeito pelos médicos nazistas em campos de concentração, fizeram com que se acordasse para uma empiria que situava a questão moral de maneira contundente e em estado puro. A história mostrava, assim, como o direito e suas pretensões normativas não atenderam às necessidades mínimas de proteção da pessoa humana, o que obrigou a que se recorresse às fontes legitimadoras do direito. A recuperação do tema clássico das relações da moral com o direito renasceu, então, como meio de explicar e superar o impasse moral em que se encontrava mergulhada a consciência do homem ocidental. Nesse contexto de crise ética e da necessária restauração de parâmetros metalegais, as indagações suscitadas pelo passado recente e pelo avanço das pesquisas biológicas e suas aplicações tecnológicas do presente fizeram com que se procurasse estabelecer no campo da biologia, princípios destinados a garantir a humanização do progresso científico. Num primeiro momento, fixaram-se princípios de caráter moral abstrato, para logo em seguida, mesmo quando a questão ética não estava amadurecida, serem formuladas normas jurídicas, relativas às pesquisas e tecnologias biológicas. Restou, entretanto, um espaço vazio entre a formulação ética e a normatização jurídica, o que obrigou à retomada do debate clássico sobre a possibilidade da construção de normas jurídicas, que pudessem refletir valores éticos. Essa linha de investigação permite que se utilize a ideia do direito cosmopolita como estrutura racional dentro da qual possam racionalmente justificar-se os valores, discutidos em função dos avanços das ciências biológicas, e em que medida poderão constituir-se nos fundamentos da ordem normativa do biodireito.

Dessa forma, embora fique evidenciado o descompasso existente entre a ciência jurídica e as conquistas advindas do progresso científico, o biodireito, enquanto vertente da ciência jurídica, tem por função primordial tentar estabelecer uma relação simbiótica e mutualística entre o desenvolvimento da ética, os princípios constitucionais, que hoje balizam toda a sistemática jurídica, como ocorre com a dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos fundamentais, direito à vida, paternidade responsável, melhor interesse da criança e do adolescente, etc., e o desejo, tanto do ser humano, quanto do profissional médico, em instrumentalizar o projeto procriacional, sem que, para tanto, force-se uma subversão de valores e comportamentos, evitando-se o tratamento do homem, enquanto ser digno, como objeto, que pode vir a ser estudado indiscriminada e desmedidamente.

⁵ BARRETO. Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_8.html. Acesso em: 05 de julho de 2013.

Princípio da dignidade da pessoa humana como fator delineador da reprodução assistida

Elevada ao parâmetro de fundamento da república, nos exatos termos do Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana ganhou respaldo de diretriz principiológica basilar, norteadora de toda a ordem jurídica e seus institutos, que devem sempre obtemperar suas perspectivas com base no princípio ora em análise. O texto Constitucional reconheceu a prerrogativa que deve ser conferida a todo ser humano em sua individualidade, devendo, portanto, ser respeitado como pessoa, em sua integridade física e psíquica, em sua liberdade, etc., o fundamento Constitucional traduz a necessidade de sobrelevação do respeito ao ser humano enquanto causa primeira do ordenamento jurídico pátrio.

Historicamente, a ordem jurídica nunca havia patrocinado com tanto fervor a pessoa humana em suas perspectivas legais. A concepção de que o homem seria formatado e fomentado pelo direito, e não o inverso, era a ideologia predominante. Os ideais propugnados pelos regimes totalitários, no século XX, demonstram com veemência que a legalidade era visionada como a fonte legitimadora de toda a ordem Constitucional, sendo desnecessária uma maior valorização da figura humana, relegada ao papel de sujeito com deveres e obrigações perante o estado. Sendo justamente nesse momento pós-guerra, com os abalos sociais delas advindos, que a pessoa humana ganhou respaldo no movimento Constitucionalista que assombrava os retrógrados regimes fascistas e nazistas.

Hodiernamente a dignidade da pessoa humana é apresentada como uma base principiológica multifacetada, que embora admita uma infinidade de interpretações em prol do respeito aos indivíduos, margeia-se pela imperiosa necessidade de limitação aos poderes de ingerência, seja do Estado em face dos indivíduos componentes da sociedade, seja dos próprios indivíduos, uns para com os outros, enquanto integrantes da cadeia social.

Diante do espectro que admite, sendo maximizado em todas as vertentes que se refiram a pessoa humana considerada em sua existência digna e com respeito, o princípio da dignidade da pessoa humana não admite uma definição terminológica estanque, tratando-se de um conceito jurídico indeterminado. Todavia, esclareça-se que a dignidade

da pessoa humana, justamente por sua indeterminação, não possui uma percepção clássica e uniforme para todos os povos; os valores sócio-culturais e filosóficos são determinantes e influenciam diretamente na interpretação da dignidade humana de cada povo, embora queiram representar uma mesma realidade. Assim é que em dada sociedade a dignidade humana pode ser vislumbrada de determinada maneira diametralmente diversa de outra observada em outra sociedade lastreada em outros valores e filosofia cultural, sendo que até no mesmo espaço social a dignidade humana pode ser vislumbrada de maneira diversa por seus componentes.

Independente de toda a conotação conferida ao princípio da dignidade humana, este comporta a salvaguarda de direitos imprescindíveis ao ser humano, como forma de resguardar a sua integridade pessoal e psíquica. São direitos que aderem à pessoa, independentes de serem reconhecidos pela ordem jurídica nacional, portanto, são oponíveis tanto ao ente estatal como aos próprios particulares. Nesses termos, o princípio da dignidade da pessoa humana confere ao homem o suporte de causa primeira de toda a ordem normativa, devendo a sua vida, saúde, liberdade, etc., ser consideradas como aparato para toda análise da sistemática dos institutos jurídicos fomentados em prol da sociedade.

A análise axiológica promovida em face do princípio da dignidade da pessoa humana não dispensa uma interpretação diversa quando da sua consideração frente as técnicas de reprodução humana assistida. Com efeito, tal diretriz principiológica possui caráter fundamental quando da análise dos reflexos dos avanços científicos no meio social, servindo como um termômetro entre o ético e moral e o abusivo e repulsivo.

Na seara da medicina reprodutiva, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe aos profissionais a observância do respeito a pessoa, ao indivíduo que se submete a determinado tratamento, de modo que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida devem sempre visar o bem da pessoa humana, a melhora na sua qualidade de vida, ao passo que viabilizam a reprodução humana, a possibilidade de constituição e planejamento de uma família.

É neste sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana, face máxima da ordem Constitucional vigente, onde se privilegia o ser humano enquanto merecedor de

respeito torna-se o eixo central do desenvolvimento da Bioética e do Biodireito, como meio de formatação das normas comportamentais que devem instruir os profissionais que lidam com a medicina reprodutiva, sendo, por consectário, um limitador e fonte de inspiração para as futuras legislações que venham a disciplinar as técnicas de reprodução humana medicamente assistida.

Portanto, infere-se com certa facilidade que a dignidade humana não se traduz como obstativa a medicina reprodutiva, conferindo, de outro modo, suporte ético, moral e normativo para que os avanços científicos sejam revertidos em prol do bem comum, utilizável por todos e para todos, obstaculizando a utilização da pessoa humana como meio lucrativo ou como mero objeto em pesquisas científicas onde há uma verdadeira inexistência de respeito a integridade física e psíquica do paciente, sendo exatamente para sanar tais mazelas que o princípio da dignidade humana deve ser fomentado enquanto fonte normativa, informativa e delineadora do desenvolvimento das normatizações a respeito dos avanços biotecnológicos no âmbito da medicina reprodutiva.

Princípios fundamentais

Enquanto balizas norteadoras que devem servir de aporte substancial para a melhor compreensão da unidade familiar, os princípios fundamentais, estejam eles explícitos ou não no texto da Constituição da República de 1988, desempenham um papel fundamental junto ao legislador e ao aplicador do direito: auxiliar na melhor análise a respeito das relações familiares e fornecerem um suporte existencial a nova formatação da família, que desde a promulgação da Carta Política ganhou novos contornos e um novo critério basilar para se fundar: o afeto que reúne e enlaça os membros da comunidade familiar.

Todos os princípios que merecem análise guardam íntima correlação com a dignidade da pessoa humana, uma vez que servem exatamente para externá-la com a oferta das melhores condições existenciais aos componentes de uma família e àqueles que desejam formar uma.

No contexto da reprodução assistida, a análise de tais princípios ganha um relevo fundamental uma vez que com o incremento da procriação artificial a análise da família, outrora baseada unicamente na reprodução do casal, deve ser vista sob o prisma da

afetividade, uma vez que os critérios biológicos e consanguíneos não mais se adequam à família instituída pós Constituição Federal de 1988.

A sobrelevação do afeto como definidor do ambiente familiar deve ser festejada como uma das maiores conquistas da sociedade moderna. A transição que se faz em escala lenta e gradual ainda enfrenta prognósticos nocivos e destituídos de uma razão de existir, mas, paulatinamente, as diversas formas de “ser família” vêm ganhando espaço.

Seja com apenas um componente e seu descendente, com a união de pessoas do mesmo sexo, ou até mesmo entre pessoas de sexo diverso, o afeto que entrelaça todos esses grupos ganha força e permite a extensão de direitos, até então limitados aos consortes, a todos aqueles demonstram a intenção nítida de fixarem, através do amor que os une, uma família.

O princípio da igualdade absoluta de direito entre os filhos traz em sua análise mais perfunctória um aspecto vanguardista grandioso: o rompimento definitivo com a odiosa distinção entre os filhos legítimos ou ilegítimos, classificados de acordo com a sua origem, se do matrimônio ou não.

O parágrafo 6º, do artigo 227, da Constituição Federal veio a consagrar a filiação como um todo, privilegiando a descendência independentemente da sua origem, extinguindo de vez privilégios destinados aos filhos oriundos do casamento.

A carta política consagrou a dignidade da pessoa humana no âmbito da descendência, acabando com o estabelecimento legal de prioridades para filhos de acordo com a grandeza e pureza da relação sexual que teria lhes dado origem. Hodiernamente, consagra-se a figura do filho, não mais sendo prudente a sua classificação, se legitimado pelo casamento ou não.

Tal consagração principiológica possui reflexos tanto no âmbito patrimonial, quanto pessoal, uma vez que confere a todos os descendentes os mesmos direitos, inexistindo qualquer sorte de privilégios a qualquer deles, estando todos em igualdade de condições; no campo pessoal, viabiliza-se a conferência de uma melhor percepção social da filiação, pois os filhos havidos extramatrimonialmente perderiam o rótulo de ilegítimos, viabilizando, assim, o melhor desenvolvimento da criança e da sua relação afetiva com seus genitores,

embora os reflexos na esfera pessoal ainda enfrentem resistência de uma parcela conservadora da sociedade.

O princípio da igualdade entre os filhos retrata, em verdade, uma vertente primorosa da isonomia Constitucional.

O princípio da afetividade, por sua vez, reflete a grande tônica da nova visualização da entidade familiar. Atualmente, família não se limita a existência de um casamento e dos filhos oriundos desse; família seria a reunião de pessoas que, unidas pelo enlace afetivo que as anima, resolvem viver na confluência dos seus anseios, de forma a propiciar o melhor desenvolvimento para todos os componentes.

A afetividade vem anunciada implicitamente pela Constituição Federal quando, nos parágrafos dos artigos 226 e 227 enuncia a formação da família a partir dos pais e seus descendentes, a partir da união estável, da composição formada por um ascendente e um descendente, enfim, a Carta Política alargou consideravelmente o conceito de família, rompendo com paradigmas consagrados pelos resquícios do direito de família essencialmente patrimonialista do Código Civil de 1916.

No âmbito da reprodução medicamente assistida, o desenvolvimento da afetividade na percepção familiar ganha dimensões estratosféricas. O sentimento afetivo como definidor da relação de pais e filhos é essencial para aqueles que, inviabilizados de reproduzirem-se naturalmente, socorrem-se da reprodução artificial para buscar a execução do planejamento familiar.

A valorização do critério afetivo para a ambientação da família coloca em grau subsidiário a análise dos critérios genéticos e biológicos, que perdem força e respaldo no delineamento da relação de pais e filhos que verdadeiramente é solidificada em bases de carinho e afeto, não em proposições biológicas.

O princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente foi consagrado pelo artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1998, assim como pelo artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei 8.069/90. Suas bases evidenciam a necessidade de se conferir um especial e prioritário tratamento às crianças e aos adolescentes, diante da condição peculiar de sujeitos em desenvolvimento. Ademais, com a consagração da doutrina da proteção integral, em franco desapego a doutrina da situação irregular, outrora

vigente, a criança e o adolescente devem ser percebidos e tratados como sujeito de direitos e não como objetos de atuação estatal.

Amin (2011, p. 22/23) ensina que o princípio da prioridade absoluta:

Estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do Legislador Constituinte.

[...]

Leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo.

Embora não possua a melhor definição de apotegma, **o direito à origem genética** assume papel primordial no âmbito da reprodução assistida, principalmente quando essa se instrumentaliza pela doação dos gametas por terceiros, na reprodução heteróloga.

É cediço que diante das intensas transformações sofridas pela família com a sua releitura a partir da afetividade, o direito a origem genética pode ser calcado como direito inerente a personalidade do indivíduo, portanto indisponível e intransponível.

A busca pela identidade genética é intrínseca a qualidade de ser humano, e conceder esse direito é reconhecer o pleno exercício da sua personalidade, viabilizando na procura dos pais biológicos as respostas que muitas vezes estimulam tal busca, como, por exemplo, explicações a respeito de predisposição para o desenvolvimento de certas patologias, a análise fenotípica e do comportamento social externo, etc. O conhecimento da origem genética inviabiliza, ainda, o potencial desenvolvimento de relações incestuosas, ou até mesmo do doador com um de seus filhos biológicos.

O reconhecimento da possibilidade de busca da origem genética demonstra a plenitude do exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, viabilizando-se à crianças oriundas da procriação artificial o conhecimento, que não se confunde com a filiação, da sua identidade biológica e genética.

Ao **princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, imprescindível ao desenvolvimento do estudo que se pretende deduzir, foi destinada uma análise pormenorizada e completa da sua influência no âmbito da reprodução assistida, da maternidade de substituição, para a definição e estabelecimento dos vínculos parentais.

REGULAMENTAÇÃO EXISTENTE ACERCA DO INSTITUTO DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Umbilicalmente vinculada aos fatos sociais, a ciência jurídica não pode deixar de provisionar suas ponderações a respeito de temáticas já amplamente experimentadas pelo meio social, sob pena de subverter a sua própria finalidade, tornando-se retrograda e obsoleta. No campo da medicina reprodutiva, os avanços científicos ganham diariamente proporções jamais previstas pelo meio social, onde se viabiliza a manipulação genética, a procriação artificial, sem qualquer limitação ou sob o amparo de qualquer lei, uma vez inexistentes na ordem jurídica nacional legislações que trabalhem, normatizem essa temática.

O avanço biotecnológico e a viabilização das mais amplas formas de reprodução artificial suscitam problemáticas de cunho ético e jurídico, que por não salvaguardadas por qualquer disposição legal abalam a sociedade, demonstrando a completa inocuidade do sistema legislativo em fomentar uma legislação que venha a demonstrar eventuais soluções para a infinidade de celeumas advindas das práticas de reprodução medicamente assistida.

O desencorajamento para as práticas da medicina reprodutiva não merece consideração, uma vez que o avanço científico, embora assombroso, não deve ser considerado em desfavor da humanidade, mas em seu resguardo, como forma de proporcionar instrumentalidade ao projeto familiar de pessoas que se encontrem naturalmente impossibilitadas de dar operacionalidade ao projeto procriacional.

No âmbito da prática da maternidade de substituição, ou gestação de substituição, como muitos preferem, essa necessidade de regulamentação legal ganha um respaldo ainda mais urgente e relevante, uma vez que as incertezas quanto aos vínculos de filiação decorrentes de tal prática podem comprometer todo um sistema familiar, culminando na desestruturação da família e na violação de uma gama de direitos fundamentais da criança gerada.

Com efeito, hodiernamente, ainda que amplamente disseminado o empréstimo do útero, através da maternidade de substituição, a prática, assim como as demais técnicas de reprodução assistida, não encontra respaldo em qualquer diploma legal, sendo

somente objeto de análise deontológica na resolução 2.013/13 (atualmente substituída pela Resolução de n. 2.320/2022), do Conselho Federal de Medicina, agravando-se a problemática da ausência de previsão, uma vez que os Tribunais ainda não possuem uma jurisprudência firme e uníssona a respeito da temática; o completo desconhecimento da gestação de substituição, como é intentada e quais suas consequências, são a grande causa para ausência de um pronunciamento judicial firme a respeito da temática.

Embora com uma finalidade salutar, os termos da resolução não apresentam suficiência para dirimir todas as problemáticas oriundas da prática da maternidade de substituição e todas as implicações dela decorrentes, principalmente no âmbito da definição do direito de filiação. O caráter meramente regulador, despido de qualquer poder coercitivo, sem a imposição de observância obrigatória, relega a resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina o caráter de um documento de disciplina ético-moral.

Na esteira da resolução desenvolveram-se inúmeros projetos legislativos que traduziam o desejo do desenvolvimento de leis a respeito das técnicas de reprodução assistida, por via de consequência, da maternidade de substituição; os entraves burocráticos revelam que quase todos os projetos se encontram hoje em análise nas casas legislativas do Congresso Nacional por um período nunca inferior a dez anos.

Reverberados na finalidade de legislar a respeito das técnicas de reprodução assistida e todos os aspectos que envolvem tais práticas, alguns dos projetos hoje vislumbrados representam uma transcrição quase literal do texto da resolução do Conselho Federal de Medicina, ou seja, desenvolvem-se sem a necessária discussão interdisciplinar que tangencia a medicina reprodutiva.

O vácuo legislativo, para estes casos, quando solucionado, tende a converter-se em inocuidade.

Outrossim, tramita há quase vinte anos no Congresso Nacional o projeto 1.184/2003, do Senado Federal, que regulamenta a matéria de uma maneira amplificada pela visão sociológica, médica e ética. O projeto encontra-se no segundo substitutivo, não tendo saído do papel por obstáculos meramente burocráticos.

Nos esteios da discussão legislativa, tal projeto de lei (PL 1.184/03) proíbe a prática

da maternidade de substituição em seu artigo 3^osem, no entanto, tecer maiores divagações legais a respeito de tal prática, não apresentando qualquer definição a respeito, nem qualquer possibilidade ética, médica ou jurídica que viabilizasse a gestação de substituição, incluindo a conduta do empréstimo de útero como figura típica criminosa².

No que pertine a filiação decorrente da procriação artificial, o projeto de Lei 1.184/2003, em seu artigo 17³, ressaltou a afetividade como critério delineador na percepção das relações parentais.

A experiência legislativa no direito comparado também passa por reformulações na definição dos conceitos e da viabilização da prática da maternidade de substituição. Em Portugal tal prática, outrora proibida e considerada criminosa, ganha respaldo no Poder Legislativo Português. O conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida vem propondo uma reanálise acerca de tal prática à luz da sua imprescindibilidade para a viabilização do projeto parental diante de uma completa inviabilidade de reprodução natural por determinado casal; para tanto, o referido Conselho vem propondo revisões na Lei 32/2006 (de Portugal), que proíbe a gestação de substituição, como forma de tornar possível a maternidade de substituição em situações excepcionais, desde fique evidenciada a impossibilidade de reprodução natural.

As legislações de França, Suíça e Espanha, que hoje refutam a maternidade de substituição, trabalham a perspectiva de discutir hipóteses excepcionais em que a viabilização prática da doação temporária do útero atenderia mais eficazmente os anseios de constituição da família por casais estéreis, visando, assim, também, dar cabo ao “Turismo Reprodutivo”, onde casais buscam em outros centros a realização da prática que não encontra, nestes locais, óbices legais que inviabilizem a barriga de aluguel, através de transações comerciais.

Regulamentação no Âmbito Nacional: Resoluções 2.013/2013 e 2.320/2022 – Conselho Federal de Medicina

No âmbito nacional, a resolução 2.320/2022 continua sendo a única fonte que

1 Art. 3º. Projeto de Lei nº 1.184/03 - É proibida a gestação de substituição.

2 Art. 19, III, do Projeto de Lei 1.184/2003: Constituem crime: III- participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica. Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

3 Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida apartir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida [...]

fornece algum embasamento para a percepção da prática da maternidade de substituição.

Sobre a temática, a resolução aborda em seu item VII a gestação de substituição, ou “cessão temporária do útero”, de maneira que a sua prática esteja restrita a situações excepcionais, em que a reprodução natural é altamente desaconselhada ou completamente inviável. Ou seja, há uma permissibilidade no âmbito do Conselho Federal de Medicina, que advoga a favor da prática da maternidade de substituição, desde que realizada dentro de certos limites e parâmetros éticos impostos pelo próprio órgão editor da resolução.

No correr das disposições, a resolução impõe a observância de certos requisitos e limites a prática do gestação de substituição, reverberando e ratificando o entendimento de que a prática com finalidade lucrativa e comercial é completamente vedada, sendo passível de punição ética – advertência, suspensão ou até mesmo cassação – ao profissional médico que intermediar o procedimento que tem como substrato existencial um contrato negocial.

Como forma de conferir maior segurança e lisura ao procedimento e tornar inviáveis eventuais discussões a respeito dos aspectos que envolvem a filiação da criança gerada, a resolução 2.320/2022 toma algumas precauções, e impõe para a prática regulamentada da gestação de substituição a observância de alguns requisitos indispensáveis:

ITEM VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista uma condição que impeça ou contraindique a gestação. 1. A cedente temporária do útero deve: a) ter ao menos um filho vivo; b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos); c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM). 2. A cessão temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente. 3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações devem constar no prontuário da paciente: a) termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos; c) termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério; e) compromisso do registro civil da

criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; e f) aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Em que pese os diversos aspectos positivos que podem ser extraídos da regulamentação estampada na resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, o instituto da maternidade de substituição, assim como as demais técnicas de reprodução assistida, não podem, nem devem, continuar à margem da ordem jurídica. A evolução científica, a viabilização das mais variadas formas de procriação artificial que vem a dar possibilidade concreta de instrumentalização do planejamento familiar, assegurado Constitucionalmente, reclama a edição de Legislação competente e apta a dirimir e evitar o surgimento de celeumas no que tange a definição da família quando da utilização das técnicas de reprodução assistida.

Com efeito, no que pertine a gestação de substituição, em que pese os termos da resolução supracitada, a prática ainda é intentada à margem das disposições deontológicas requisitadas pelo Conselho Federal de Medicina. A completa ausência de um aparato legal que tangencie o empréstimo do útero materno abriu chancela para a criação de um verdadeiro mercado clandestino de barrigas de aluguel, em verdadeira afronta ao princípio da dignidade humana.

A comercialização do útero tornou-se um mercado vantajoso e lucrativo, atraindo diariamente novos investidores e vendedores, que por não encontrarem soluções legais viáveis recorrem à clandestinidade em busca da satisfação dos seus desejos, seja o da procriação ou da obtenção do lucro de maneira fácil.

A realidade analisada “a posteriori” retrata com fidelidade as mazelas factíveis decorrentes da ausência de uma legislação firme e de observância obrigatória no que concerne a prática da maternidade de substituição, que traz como problemáticas imediatas a fomentação de uma rede comercial de úteros maternos, bem como incertezas nos vínculos de filiação decorrentes de tal prática, realizada, na maioria das vezes, em desacordo com as determinações médicas, desobedecendo-se os requisitos éticos basilares, culminando em uma verdadeira indústria familiar, resultante de práticas clandestinas, que não possuem o condão de ofertar qualquer segurança àqueles que as procuram como forma de dar operacionalidade ao desejo mais elementar do ser humano, qual seja, reproduzir-se.

Sintetizando toda a explanação suprarreferendada, Diniz (2002, p. 523) afirma que:

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Entretanto, entendemos que ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁴, freando, assim, a atividade jurisdicional que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana.

Ratificando o posicionamento, Ferraz (2011, p. 36) informa que:

Os efeitos éticos-jurídicos da utilização indevida de tais técnicas são nefastos para a sociedade e para o próprio sistema jurídico que se vê violado em sua base, seu alicerce, que é a dignidade da pessoa humana. Deve-se, portanto, lutar para que seja editada uma legislação própria, para definir conceitos, regulamentar práticas e principalmente estabelecer limites a serem respeitados pelas ciências médicas, evidentemente após amplo debate com os vários segmentos da sociedade, pois, apenas assim, a dignidade humana prevalecerá.

A edição de uma legislação retratando todas as nuances que gravitam em torno da reprodução assistida é urgente, principalmente para a maternidade de substituição, que hoje é praticada à margem de qualquer norma coercitiva, decorrendo daí inúmeras problemáticas de intrincadas soluções, como será analisado a partir de agora.

Implicações decorrentes das lacunas normativas no que tange a maternidade de substituição

Comercialização do útero materno

A ausência de um texto legislativo forte, bem definido, que normatizasse condutas e práticas, no âmbito da reprodução humana assistida, redundou no florescimento de práticas comerciais envolvendo a procriação. Esse comércio reprodutivo é caracterizado basicamente pela venda de óvulos, escolha seletiva de óvulos, cessão onerosa do útero, ovodoação, enfim, práticas eticamente questionáveis que conferem ao corpo o estigma de objeto de transação comercial.

Em progressão geométrica, a rede comercial de “barrigas de aluguel” ganhou ampla notoriedade principalmente na rede mundial de computadores, ampliando o espectro

⁴ Com o advento da Lei 12.376/2010, o decreto - lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, passou a ser designado por Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

de adeptos e daqueles que buscam o aluguel de um útero materno. No Brasil, tal prática é inquestionável; sem muita dificuldade encontram-se diversas formas de publicidade das “incubadoras humanas”, que oferecem o aluguel do útero sem maiores ressalvas, desde que haja contraprestação ao serviço prestado. O comércio pode ser desenvolvido unilateralmente, existindo, todavia, a prática comercial no âmbito de clínicas especializadas na realização do projeto parental através da maternidade de substituição, onde existem mulheres que, remuneradas, alimentam o quadro de barrigas de aluguel em disponibilidade.

A ausência de um controle social mais efetivo revela a grande dimensionalidade que a rede comercial do empréstimo de úteros a título remunerado adquiriu nos últimos anos, a evolução sistemática da medicina reprodutiva contribuiu fortemente para o incremento nos quadros de tal prática comercial⁵, facilitada pelo completo vazio normativo, onde a inexistência de qualquer legislação a respeito, que vede preponderantemente a prática da maternidade de substituição a título oneroso, veio a facilitar, a simplificar o desenvolvimento do comércio, que tem o ápice de seu desenvolvimento às margens de qualquer limite normativo ou ético.

Todavia, em que pese a ausência de uma legislação uniforme e que regulamente a prática da maternidade de substituição, a prática ora desenvolvida, do empréstimo do útero materno a título oneroso, em completo desacordo com as disposições da Resolução 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, pode ser enquadrada na figura típica prevista na Lei 9.434/97, que em seu artigo 15⁶ prevê criminosa a compra ou venda de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano, sancionando tal conduta com pena que varia de três a oito anos de reclusão, sendo tal sanção estendida àqueles que intermediaram a prática ou auferiram qualquer vantagem com ela.

5 Em reportagem especialmente designada para avaliar o desenvolvimento do comércio das “barrigas de aluguel”, a revista Veja, em sua edição 2.059, ano 41, n. 18, de 07 de maio de 2008, p. 140- 143, elucida com o título “Gravidez a soldo” a realidade do comércio reprodutivo da maternidade de substituição no Brasil, relatando que, em que pese aqui somente se viabilizar o aluguel de uma barriga em caráter estritamente solidário, sem qualquer finalidade lucrativa, na prática, todavia, a realidade é diametralmente diversa; relata, ademais, a existência de centros brasileiros de medicina reprodutiva, que instrumentalizam um cadastro de mulheres dispostas a alugar seu útero mediante remuneração previamente acertada; evidencia ainda a facilidade com que o desenvolveu-se esse comércio com a ajuda da internet, onde em sites gratuitos de classificados, são encontradas facilmente mulheres dispostas a locar o seu útero mediante pagamento de certa quantia. Nove meses de aluguel, no Brasil, custam, em média de R\$ 40.000,00 a R\$ 100.000,00.

Nesse mesmo sentido, o Diário de Pernambuco, em reportagem encartada por Marcionilla Teixeira, na edição do dia 11 de maio de 2008, evidencia a oferta de Mãe de Aluguel na internet nos seguintes termos: “tenho 25 anos, boa aparência, saudável, solteira, universitária, já tenho um filho e teria outro por uma boa recompensa financeira. Embora a prática seja eticamente reprovável e reprimida pelo Conselho Federal de Medicina, que em sua resolução mais recente a respeito da temática, 2.013/2013, reafirmou a inviabilidade de cessão onerosa do útero materno, a prática comercial da barriga de aluguel tem ganhado mais adeptos diariamente, seja por parte daqueles que intentam operacionalizar o projeto familiar, seja pelas milhares de mulheres que, em busca de uma boa recompensa financeira, aceitam fazer empréstimo do seu útero como forma de viabilizar a gravidez.

6 Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

As motivações que levam mulheres a alugar o seu útero são as mais diversas, e ganham contornos sócio-culturais em cada país e em cada região. No Brasil, as dificuldades financeiras, as inconstâncias do mercado, a dificuldade do mercado empregatício absorver mão-de-obra de mulheres sem qualificação, em sua maioria “donas-de-casa”, são os argumentos preponderantes entre aquelas que gestam substitutivamente quando remuneradas.

Comercialmente bem delineada, a prática da barriga de aluguel é encarada como um contrato, e nesses termos deve ser devidamente cumprido por quem se submete a tal prática, independentemente de qualquer discussão ética que porventura venha a ser levantada, uma vez que o aluguel do útero representa para as partes envolvidas uma simbiose de interesses, onde uma das partes ganha financeiramente e a outra pode ver o desenvolvimento do seu projeto parental.

Embora devidamente salientada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina número 2.320/2022 como uma prática de caráter eminentemente solidário, a maternidade de substituição ganhou contornos deveras dramáticos diante da criação e desenvolvimento galopante do comércio desenfreado de barrigas de aluguel. Parametrizada pela resolução do Conselho Federal, o empréstimo do útero não poderia, em hipótese alguma, assumir finalidade comercial ou lucrativa para qualquer das partes; para tanto, o Conselho Federal deixou expresso nos termos da resolução que para que a gestação de substituição seja legitimada deve ser acompanhada de documentação idônea que atesta a inviabilidade da gravidez daquela mulher que busca no empréstimo de útero de uma segunda mulher a possibilidade de ser mãe. Como forma de tentar coibir o caráter comercial, a resolução exige a observância de requisitos para a instrumentalização da prática, como: o consentimento informado de todos os envolvidos, as informações claras e precisas fornecidas a todas as partes, a respeito da gravidez, do seu desenvolvimento, dos riscos, do ciclo gravídico-puerperal, etc. Ainda como forma de evitar, ou dificultar a prática comercial, a resolução limita o empréstimo do útero, devendo este ser viabilizado somente no âmbito familiar, em parentes consanguíneos até o 4º grau, de qualquer dos parceiros, observada a idade limite de 50 anos, em qualquer caso.

Em que pese todo o esforço dogmático empreendido pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2.320/2022, onde veio a estabelecer limites e padrões éticos para a prática da maternidade substitutiva, tem-se que a ausência de coercitividade, de obrigatoriedade na observância dos regramentos ali delineados, compromete a segurança jurídica no instituto da gestação de substituição, uma vez que é justamente à margem de tais disposições regulamentares que se desenvolve o comércio perigoso, abusivo e clandestino das barrigas de aluguel, onde as mulheres, através do seu corpo humano, do seu útero, são comercializadas, muitas vezes por opção própria, em leilões, inclusive em âmbito virtual, como forma de operacionalizar o empréstimo oneroso do útero materno.

O vácuo legislativo, a ausência de uma melhor definição legal acerca da temática, acaba por ser fato diretamente ligado a comercialização do útero materno; a procriação passou a ser encarada como fonte rentável de negócios justamente por não considerada legal e diretamente como atividade criminosa (inexistindo qualquer forma de investigação para enquadrar os participantes nas iras do artigo 15, da Lei 9.434/97; existindo, inclusive, uma intensa discussão a respeito do enquadramento da barriga de aluguel nesta figura típica), embora seja deontologicamente reprovável, conforme acentua as disposições do Conselho Federal de Medicina, que por não possuir força normativa e ser de conhecimento pouco difundido acaba por tornar-se inócua e sem maiores possibilidades de observância prática.

O próprio papel regulamentador desempenhado pelo Conselho Federal de Medicina, fomentado nos termos da resolução 2.320/2022, apresenta omissões que denotam a sua inviabilidade em servir como meio para solucionar as problemáticas advindas da maternidade de substituição.

Com efeito, a resolução pontua que a doação temporária do útero, além de não poder constituir-se em prática comercial em nenhuma hipótese, deve ser empreendida a partir de parentes até 4º grau do casal (inclusive Homoafetivo) que deseja empreender o projeto procriacional; ademais, obtempera ainda que a fecundação *in vitro* do embrião deverá contar com a doação das células reprodutoras, gametas responsáveis pela fecundação e formação do embrião a ser colocado no útero da mãe-hospedeira, sendo plenamente viabilizada o sigilo das informações referentes aos doadores.

Ocorre que na prática a realidade que permeia a gestação de substituição é completamente diversa da encampada pelos termos da Resolução (como ocorre em regra nas redes de comércio da barriga de aluguel, onde a candidata a útero substitutivo oferece, inclusive, a doação das células reprodutoras femininas, podendo a fecundação ocorrer até mesmo pelo ato sexual com a potencial mãe de substituição. Tal prática é absurda, completamente vedada pelo Conselho Federal de Medicina, ética e moralmente hostilizada, mas que, na prática, ocorre com certa facilidade); é nesse sentido que a atividade legislativa deve empreender esforços na edição de uma legislação completa, bem definida e fundamentada, apta a solucionar as mais diversas querelas advindas da prática da gestação de substituição e dos problemas relacionados a filiação que podem advir de tal prática.

Incerteza quanto aos vínculos de filiação

A prática da maternidade de substituição é consubstanciada pela gestação em um útero de uma mulher “estranha” (diversa) do casal que deseja instrumentalizar o projeto procriacional, seja a partir de uma fecundação *in vitro*, ou seja, viabilizada fora do útero com os gametas feminino e masculino oriundo de doadores, ou com os espermatozoides do representante masculino do casal solicitante, estando essas hipóteses albergadas pela ética traduzida nos termos da resolução do Conselho Federal de Medicina (obviamente desde que observados os demais requisitos ali elencados), podendo também a prática ser realizada à margem de qualquer parâmetro ético, não havendo doação de gametas, sendo utilizando as células reprodutoras da própria mãe substitutiva, podendo utilizar-se desta mãe de substituição sem que esta tenha qualquer vinculação com o casal; enfim, as possibilidades de desenvolvimento do empréstimo de útero à margem de qualquer noção de moral ou ética são inúmeras e são, na prática, as mais utilizadas, dada a maior facilidade com que são ofertadas, em sua maioria, em transações comerciais bem delineadas, fomentadas como contrato de empréstimo oneroso propriamente dito, onde o cumprimento das cláusulas é imponente entre as partes.

Ocorre que, em que pese a natureza contratual que é conferida a barriga de aluguel quando realizada em desrespeito a qualquer diretriz ética ou moral, os problemas oriundos

da gestação tornam-se verdadeiros abalos psicológicos para todas as partes envolvidas, seja pelo emocional envolvido na gestação de substituição, onde dá-se viabilidade a uma nova vida, seja pela problemática ética daí oriunda.

A prática da maternidade de substituição rompe com o brocardo absoluto de que a mãe é sempre certa e conhecida.

Com efeito, com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, neste passo, com o incremento da maternidade de substituição sem qualquer necessidade de contato sexual, podendo a fecundação ser extracorpórea com a implantação do embrião diretamente no útero da mãe de aluguel, as noções, até então absolutas, a respeito da maternidade, perderam respaldo, tornando-se insuficientes para que se chegasse a definição do direito de filiação da criança gerada a partir de uma barriga de aluguel.

Por mais que as partes deem à prática da maternidade de substituição a natureza jurídica de um contrato bem delineado, onde as cláusulas devem ser cumpridas a risca pelos pactuantes, na prática a realidade é completamente diversa e bem mais dolorosa do que eventualmente se possa imaginar. O desenvolvimento do embrião, culminando por óbvio no desenvolvimento da gestação, traz como problemática primeira o abalo psicológico que pode representar para a mãe de aluguel gestar uma criança que não terá qualquer contato consigo; essa mesma questão ganha contornos perigosos quando a mãe de aluguel, no desenvolvimento da gravidez e suas consequências (naturais) hormonais, desenvolve com o feto uma relação íntima de afeto rompendo com o desejo de “desfazer-se” da criança quando esta vier a nascer. É neste diapasão que os problemas éticos atingem o seu ápice, havendo uma verdadeira controvérsia que possui como pano de fundo a indefinição acerca do vínculo de filiação de uma criança gerada através de uma barriga de aluguel, tendo a prática sido levada a cabo sem observar qualquer preceito ético delineado pelos órgãos do Conselho Federal de Medicina. Essa é a realidade que margeia a esmagadora maioria das casuísticas que envolvem a discussão do direito de filiação quando da prática da maternidade de substituição.

Sem embargo da problemática supracitada, merece ressalva outra questão de tormentosa análise prática, qual seja, quando o casal solicitante, no curso da gravidez, vem a romper a sociedade conjugal, e por consequência não deseja mais a reprodução;

similarmente ao que ocorre quando a mãe substituta cria vínculos afetivos demasiadamente fortes com o feto em desenvolvimento, neste específico caso, quando o casal solicitante não deseja mais a criança, é de fácil intelecção a grande problemática de cunho ético e jurídico decorrente da ausência de desejo do casal. O instituto da filiação, diante da prática da gestação da substituição tal como posta hoje no meio social, em verdadeira prática comercial, fica amplamente prejudicado, principalmente pelo fato de em casos similares ao relatado alhures, inexistir interesse entre qualquer das partes em ter aquela criança, uma vez que nem a barriga de aluguel, neste caso, nem o casal solicitante, em processo de divórcio, têm mais interesse na vida daquela criança.

São problemáticas como essas supracitadas que desafiam o vácuo legislativo no que concerne a maternidade de substituição, que por não regulamentada, sua prática causa repulsa e divide opiniões no seio social, sendo, por muitos, superlativamente criticada, por desafiar brocardos intangíveis e intocáveis como a relacionamento entre a maternidade e a filiação da criança.

Todavia, em que pesem todos os argumentos contrários a prática, a gestação por substituição não pode ser considerada, absolutamente, como problemática sem solução, vez que devem ser ponderados os seus aspectos positivos, quando o tema é enfrentado com a devida responsabilidade, e diante de uma eventual e imprescindível legislação que deve dar suporte legal a prática; sendo que o empréstimo de útero materno mais que a finalidade de dificultar o estabelecimento dos vínculos de filiação, deve ter um caráter solidário bem definido, uma forma de associar o avanço científico e a solidariedade humana, uma vez sendo viabilizado a um casal infértil o planejamento familiar, a procriação, o direito a formar uma família (dicção do artigo 226, §7º, da Constituição da República Federativa do Brasil), cabendo a lei fomentar o surgimento de uma nova filiação: a artificial associada a afetiva, ao lado da filiação natural e civil.

PRÁTICA DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS ÉTICO-JURÍDICAS

Nas ramificações do Direito de Família o instituto que mais recebeu influência dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 foi a filiação, que se metamorfoseou no tempo, passando a refletir em suas ilações parentais os apogemas da dignidade humana e da igualdade como pressupostos fundamentais. A nova ordem Constitucional veio a romper com brocardos e paradigmas até então absolutos, onde a filiação era lastreada unicamente pela relação sexual conjugal, sendo desconhecido o estado de filho oriundo de relações concubinárias ou de procriações artificiais, metodologia completamente desconhecida ou pouco utilizada até a metade do século XX. Em medida diametralmente oposta, a Constituição Federal de 1988 consagrou novos encartes para os institutos do Direito Familiar, concedendo a família um “*status*” jamais observado, consagrando-a como base da sociedade, de modo que ela possuiria condições de fomentar a melhor vivencia para todos os seus membros, agora considerados de acordo com o padrão da filiação biológica, jurídica e afetiva.

O artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, enuncia com exatidão os parâmetros da nova ordem Constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (Grifos nossos)

A formatação de uma nova percepção a respeito da filiação representou a ruptura com a velha concepção de filho ser somente aquele consagrado pelo matrimônio, gerado através da reprodução direta entre os consortes. Os novos ideais representaram uma supressão do espaço para distinções entre os filhos, se legítimos ou não, conforme ocorria na legislação anterior, bem como de expressões que denotassem um caráter depreciativo a qualquer membro da família. Chegou-se a conclusão que a filiação representa bem mais

que uma relação patrimonial, sendo, em verdade, um fato da vida, merecedor de tutela independente da forma como foi promovido.

Os avanços científicos, nos campos da biologia, da biotecnologia, vieram a demonstrar com maior evidência que a fixação de critérios absolutos para determinação da filiação é falho e desprovido de sensatez jurídica¹.

A medicina reprodutiva proporcionou ao ser humano a possibilidade de procriar, de reproduzir-se, independente da ocorrência do ato sexual, quando este, por falhas morfológicas, não tivesse o condão de instrumentalizar o projeto parental. As técnicas de reprodução assistida rompem com a definição de família estigmatizada em critérios puramente biológicos. Sendo em face das transformações oriundas do novo contexto Constitucional da percepção da filiação, bem como pelo avanço científico e a impossibilidade de manutenção absoluta de critérios biológicos para a aferição da parentalidade, que eclodiu a necessidade de busca por um novo fundamento, tanto para a definição de família, quanto da filiação, que se adeque a nova ordem social.

É nesse contexto que o critério afetivo ganha respaldo, representando com maestria um ponto de equilíbrio entre o parentesco biológico e o parentesco social. Portanto, hodiernamente, as noções de parentalidade, ou seja, de maternidade e paternidade se sobrepõem a objetividade de uma conjuntura biológica, devendo ser devidamente valorada a noção da afetividade como elemento central na definição da filiação, a partir de um ato de vontade, do desejo propriamente de ter filhos. A filiação socioafetiva, portanto, está baseada primordialmente nos laços de afeto que devem unir os parentes, sem que necessariamente exista uma vinculação biológica entre eles.

Essa nova roupagem adquirida pela filiação ganha respaldo contundente quando analisada frente a prática da maternidade de substituição, onde há a gestação da criança por uma doadora de útero, terceira pessoa estranha ao casal. Nesses casos tem-se a análise do direito de filiação da criança gerada sob uma ótica tripartida (ou bipartida) no que tange a definição da maternidade e bipartida (ou não) quanto a análise da paternidade, é

1 Tentando dirimir as inúmeras celeumas decorrentes da utilização das técnicas de reprodução humana medicamente assistida no âmbito do direito de filiação, o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) previu em seu artigo 1.597 a presunção da filiação na constância do casamento para os filhos: I) Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II) Nascidos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III) Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que o falecido o marido; IV) Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V) Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

que além da mãe de aluguel, teremos aquela que doa a célula reprodutora e a que deseja, planeja o projeto procriacional; no mesmo passo, teremos o homem, que juntamente com sua esposa, deseja a reprodução e faz a doação dos espermatozóides, ou, ainda que desejando a reprodução, ver a fecundação ocorrer, com seu consentimento, com células reprodutoras de um doador diverso.

De todo modo, e em todas as situações acima descritas, existe um ponto de confluência: a definição da filiação da criança é questão deveras tormentosa; não existe um critério que atenda com precisão e suficiência aos melhores interesses da criança gestada, uma vez que a análise da parentalidade por um viés unicamente biológico coloca em risco a salvaguarda dos melhores interesses do embrião em desenvolvimento, posto que nem sempre aquela que gera a criança possui as melhores possibilidades pessoais, sociais e econômicas de fornecer uma vida digna a criança, assim como àquela que teve o óvulo fecundado, embora gestado no útero de outra mulher, possuirá necessariamente o condão afetivo mais fortemente percebido com a criança em desenvolvimento; o vínculo afetivo surgido entre a mãe substituta e a criança gerada, e é inegável que o surgimento desse vínculo é consequência natural do estado de gravidez, pode tornar-se perigoso e dar a questão da filiação uma maior indefinição e grande dramaticidade.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado na discussão a respeito da paternidade.

No âmbito do direito de filiação, importa salientar que o conceito de família não se encontra condicionado unicamente por critérios biológicos; os novos paradigmas consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que procedeu a uma releitura dos institutos civilistas, tendo por diretriz norteadora a dignidade da pessoa humana e a igualdade, tornaram a análise do critério da afetividade imprescindível na discussão da filiação, principalmente com o incremento e desenvolvimento da reprodução artificial, mediante as técnicas de reprodução assistida, que proporcionaram o até então impossível: a fecundação, a reprodução para casais estéreis por natureza.

Sintetizando o até aqui ventilado, Amorim (2006, p. 26) afirma:

[...] diante das profundas alterações do tradicional conceito de família que afetam consequentemente a determinação da filiação, torna-se cada vez mais frequente a valorização do vínculo afetivo, derivado da convivência familiar e não apenas do vínculo da consanguinidade. Frente aos questionamentos jurídicos, a doutrina

tem entendido, atualmente, que a filiação não pode estar fundada exclusivamente na verdade biológica, decorrente do vínculo de consanguinidade, os vínculos de filiação devem ser determinados pelo afeto, pois “não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas sim o cordão umbilical do amor”.

O vínculo afetivo passa a desempenhar importante papel na percepção das famílias do século XXI, que, para a sua percepção, perderam o caráter pragmático da família tradicional formada pela mulher, marido e prole. Hodiernamente, o sentimento que anima a relação entre conviventes, sejam homens e mulheres, ou pessoas do mesmo sexo, ou somente uma pessoa e sua prole, possui relevância fundamental para a caracterização da família baseada em vínculo, realmente, sagrado: o afeto que une as pessoas.

Percepções da maternidade de substituição sob o enfoque da ética e da bioética

O avanço científico, a incorporação das técnicas de reprodução assistida, a gestação por substituição, são realidades da medicina reprodutiva moderna que não possuem o respaldo existencial de grande parcela da sociedade. Seja pela ausência de uma regulamentação firme, seja pela complexidade envolvendo questões tão delicadas, a maternidade de substituição é uma prática que desafia o senso de moral de todo o meio social, uma vez que evidencia as maiores limitações do ser humano, onde este busca a consecução dos seus objetivos reprodutivos, na maioria das vezes, sem qualquer análise ética.

A prática da maternidade de substituição desafia diversos âmbitos científicos, desde de aspectos médicos a aspectos jurídicos; a prática, traduzida pela ruptura com o brocardo absoluto de presunção da maternidade, questiona os valores que levam a definição do conceito de família, denotando a urgente necessidade de um redimensionamento no estudo do núcleo familiar com a valorização do relacionamento existente entre os indivíduos, sem, no entanto, desvalorizar as características biológicas, morais e psicológicas que estão envolvidas em um cenário onde a maternidade pode ser tripartida entre mulheres que intentam um objetivo comum.

No campo médico, é indiscutível o grande avanço científico no sentido de viabilização da reprodução humana. Os desenvolvimentos da biotecnologia e da biologia da reprodução

levaram a perspectiva da reprodução humana a patamares jamais considerados pela comunidade científica. Com efeito, as técnicas de reprodução assistida representaram um salto na qualificação do projeto parental, onde através da procriação artificial os casais poderiam instrumentalizar da melhor maneira possível o seu planejamento familiar. É o fenômeno, consagrado por Gama (2003, p. 640), da medicalização da procriação, marcada pela grande ingerência que a medicina hodiernamente consegue empreender no âmbito da concepção.

Ao passo que o desenvolvimento e viabilização da medicina reprodutiva representaram a grande esperança para casais inférteis, trouxe à tona grandes discussões que envolviam aspectos éticos, morais e religiosos, uma vez que a procriação artificial seria baseada, também, na fecundação em laboratório, ocorrida sem a necessidade, outrora imprescindível, do contato sexual. Para uma sociedade marcadamente ignorante e preconceituosa, as técnicas de reprodução assistida seriam uma subversão dos valores superiores, consagrados pela religião e pela moral social. Neste diapasão, coube ao Conselho Federal de Medicina apresentar suas considerações a respeito das grandes problemáticas oriundas dos avanços médicos, vindo a se posicionar a partir das resoluções (hoje com vigência a de número 2.320/2022) onde ponderou os principais aspectos das discussões e apresentou as melhores perspectivas de utilização e realização da reprodução a partir das técnicas de reprodução assistida.

Muito embora possuam esse aspecto polêmico bem definido, as técnicas de reprodução artificial não podem ser consideradas em desfavor da sociedade e seus valores. Há, em verdade, uma verdadeira sobrelevação de valores fundamentais, onde se viabiliza a pessoas impossibilitadas por razões médicas de procriar atingir o seu intento e conseguir formar um núcleo familiar com sua carga e descendência genética.

Comentando a grande contribuição da medicina reprodutiva na constituição da família, Gama (2003, p. 639) acentua:

A pessoa, com base na biotecnologia, passou a ter condições de, com o auxílio de medicamentos e de técnicas, interferir no processo de reprodução humana, lembrando que atualmente o fato jurídico da concepção não é obrigatoriamente regido por fatores da natureza, diante dos recursos existentes em favor da pessoa humana, notadamente quanto à conveniência e oportunidade da procriação.

O progresso científico não pode ser considerado em desfavor da sociedade, mas em seu auxílio, como medida resolutiva para questões até então sem solução na consecução reprodutiva natural da vida.

Sem olvidar da grande contribuição trazida pelas resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina, como forma de dirimir ou evitar conflitos de ordem ética, moral ou jurídica, o poder regulamentar emanado de tais resoluções dissociado de uma legislação firme e prudente auxiliando os aspectos ressaltados pela norma regulamentadora não terá o condão de auxiliar e resolver as infindáveis problemáticas oriundas da utilização da reprodução assistida; embora a edição de uma legislação também não trouxesse consigo a resposta para todas as problemáticas e celeumas, representaria um grande avanço no sentido de pacificar os entendimentos e apresentar, coercitivamente, o painel de condutas permitidas e as consequentes proibições.

O problema bioético decorrente da utilização da procriação artificial vai muito além da ausência de uma legislação específica (embora esse fator seja um agravante considerável) e de ausência de força normativa das resoluções regulamentadoras existentes. Os valores impregnados na sociedade, a dimensão cultural existente devem ser considerados e devidamente ponderados na formatação de leis que *busquem* atender aos reclames sociais, embora a resposta nunca venha a ser satisfatória a todos os segmentos, posto que a diversidade cultural e de valores é infinita; além do que não é essa a intenção da norma legal.

No que tange a maternidade de substituição, a discussão bioética é acalorada, pois engloba perspectivas morais e religiosas, não sendo amplamente aceito a gestação de uma criança pertencente a um casal por outra mulher, terceira em relação aos futuros genitores. Os valores arraigados de outrora ainda insistem em influenciar na percepção da vida e da reprodução em tempos modernos, a consideração de que a barriga solidária representa uma afronta a dignidade da gestante e da criança gerada não convence, nem tampouco é suficiente para desestimular a prática que, quando realizada dentro dos parâmetros éticos provisionados pela resolução 2.013/2013, representa um ato de solidariedade sem precedentes para com o próximo, conferindo a possibilidade de um casal que não possui a condição de transmitir a sua carga genética para seus descendentes a viabilidade deste

projeto através de uma terceira pessoa, que com gesto altruísta, torna viável o projeto parental até então impossível.

Em uma perspectiva médica, os termos da resolução² do Conselho Federal são claros e incontroversos: a prática da maternidade de substituição deve ter como caráter basilar a solidariedade entre os participantes do ato; jamais o profissional da medicina poderá utilizar-se da gestação de substituição como fonte lucrativa, tornando o corpo da mulher como objeto de contrato oneroso. Infelizmente essa é a realidade que prepondera, não por ausência de percepção ética e moral, mas por ausência de normas de caráter coercitivo e sancionador que desestimulem tal prática odiosa (quando realizada sem qualquer respaldo de respeito para com os envolvidos, sendo tratada como mero negócio jurídico – esse inexistente, por sinal).

Sempre considerada como fonte inspiradora das normas jurídicas, posto que refletia as perspectivas da sociedade em que se desenvolvia, a percepção religiosa a respeito das técnicas de reprodução assistida, em especial da maternidade de substituição, passaram por posicionamentos diversos ao longo dos séculos, tendo, hodiernamente, doutrinas que pregam pela secundariedade da fórmula que resulta na filiação, bem como àquelas que ainda conservam a percepção medieval a respeito da quebra da lei divina, da origem natural, a partir da utilização de métodos artificiais de reprodução.

O posicionamento religioso sempre foi de relevância fundamental para a validação social de quaisquer técnicas ou avanços médicos, uma vez que o cristianismo, independente da doutrina pregada, conservou, através dos séculos, o seu papel social formador de opinião dos cidadãos. A educação cristã sempre possuiu características fortes nos diversos segmentos sociais e seus posicionamentos se protraíram no tempo, sendo de tal modo imprescindível a análise da percepção religiosa da prática da maternidade de substituição. Pondere-se, de antemão, que os posicionamentos religiosos, embora importantes porque bem firmados em uma moral religiosa, não devem servir de suporte existencial para nenhum aspecto da legislação brasileira, pois o Estado, segundo a Constituição Federal, é laico e assim deve se conservar: isento de predileções religiosas (muito embora sobrelevando o seu caráter moral) e atento a regulamentar a melhoria da qualidade de vida da população.

2 Resolução – CFM número 2.013, de Maio de 2013 – Item VII – Números 1 e 2: 1) As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos; 2) A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

A Igreja Católica, assim como a Muçulmana, sempre se mostrou contrária a qualquer forma que desviasse o homem do curso natural dos fatos da vida, discordando de qualquer forma de intervenção humana que viesse a substituir a vontade da natureza, repudiando com veemência experiências científicas e médicas que estivessem relacionadas à procriação artificial.

Tradicionalmente, a Igreja Católica sempre conferiu relevo fundamental a figura do casamento, dando a filiação o caráter de elemento central da união, que representaria o seu exaurimento.

Sintetizando, Gama (2003, p. 656) relata que para a doutrina Católica:

A geração de uma nova vida apenas pode ser fruto do casamento, segundo a moralidade cristã, motivo pelo qual, qualquer técnica que não observe tal regra deve ser considerada ilícita, o que justifica a consideração de que as técnicas que envolvem a contribuição de terceiro são proibidas, por constituírem violação ao compromisso de fidelidade recíproca e uma falta grave à unidade do casamento.

Portanto, para a Igreja Católica é completamente abusivo e imoral se falar em qualquer método de concepção de laboratório, principalmente nos que concerne a utilização de uma terceira pessoa para a fecundação, uma vez que tal prática representaria uma ruptura odiosa aos brocardos do casamento, que deve ser pautado, primordialmente na fidelidade dos consortes.

A esterilidade, para a Igreja Católica, religião muçulmana, e para o Judaísmo, hodiernamente, continua sendo interpretado com fatalismo, ou seja, como forma do casal se resignar com os destinos que lhe foram submetidos pela natureza, sendo imorais e ilícitas as tentativas de burlar a vontade natural.

Caminhando em sentido oposto, a Igreja Protestante conserva a doutrina de que deve surgir no âmbito familiar, em primeiro plano, o aspecto afetivo que envolve e enlaça os seus membros, não colocando a procriação como finalidade primordial do casamento.

Segundo Gama (2003, p. 658):

A posição da Igreja Protestante não é assemelhada à da Igreja Católica, já que ela dá maior relevância à dimensão relacional e afetiva entre os cônjuges do que à procriação como fim do casamento. Admite-se, sem restrições, o recurso à inseminação artificial homologa sempre que for verificada a indispensabilidade de tal recurso para a procriação. No que tange a inseminação artificial heteróloga, houve evolução na postura, pois tal técnica foi inicialmente rejeitada sob o fundamento

de que era violadora da monogamia, mas com o tempo passou a ser aceita pelos setores menos radicais da Igreja. Observa-se, no âmbito da Igreja Protestante, a prevalência pela representação simbólica da filiação, ou seja, os filhos são crianças adotadas pelo amor de seus pais, o que seculariza a origem natural ou artificial da procriação.

Além da relevância que os aspectos médicos e religiosos possuem no contexto da análise da reprodução humana assistida, mais precisamente na técnica da maternidade de substituição, também deve ser considerada toda a conjuntura psicológica que permeia a utilização de tal técnica, onde a fuga do convencional e a intermediação da procriação por uma terceira pessoa – mãe de aluguel – pode ter como consequência imediata a ruptura psicológica de todos envolvidos no projeto parental.

Gama (2003, p. 660) esclarece que:

As questões intrincadas se multiplicam comparativamente à procriação carnal, não apenas por todos os transtornos sofridos antes do recurso às técnicas de concepcionistas, como principalmente pelas consequências da geração do filho que, no futuro, poderá apresentar problemas de ordem psicológica, caso não haja adequada postura das pessoas envolvidas no contexto da reprodução assistida.

O contexto social e cultural em que a civilização humana vingou e se desenvolveu com plenitude traz como grande referencial da virilidade humana a capacidade de reproduzir-se, de imortalizar-se através de descendentes, e eventuais problemas na capacidade de procriação representaria um defeito congênito na capacidade mais elementar do ser humano; a infertilidade sempre foi considerada como um castigo grandioso. A utilização das técnicas de reprodução assistida, embora venham a contribuir para a minimização das consequências do quadro de incapacidade reprodutiva, sempre foi vislumbrada de maneira perigosa a saúde e higiene mental do casal que se socorre de tal meio reprodutivo. O fracasso no projeto parental desenrolado em linhagem natural, ou seja, a partir contato sexual entre os consortes, é encarado como desabonador para o casal, que se desviaram dos papéis de homem e mulher que lhes foram impostos pelo meio social.

Tanto no campo da modalidade de reprodução artificial homóloga, como na heteróloga, os problemas psicológicos são visíveis e denunciam a necessidade de um acompanhamento frequente daqueles que decidem pela utilização das técnicas de reprodução assistida.

No caso da reprodução homóloga, os conflitos existem e são inegáveis, todavia

são remediados, parcialmente, pelo fato de que a carga genética do embrião será do casal que se utiliza da reprodução artificial. Todavia, a mesma realidade não ocorre com a reprodução heteróloga, em que a carga genética será, na melhor das hipóteses, de apenas um dos componentes do casal, sendo a outra proveniente de um doador. Para o casal que se utiliza de uma técnica em que há a necessidade de complementação do material celular reprodutivo por terceira pessoa, a sensação de impotência é alçada em progressão geométrica, a perspectiva de transgressão dos parâmetros e regras sociais existentes e impostas pela sociedade em matéria de filiação servem de sombra ao casal, que, não lidando corretamente com suas dificuldades de aceitação da realidade, podem dificultar a aceitação da criança que está sendo gerada, inclusive no desenvolvimento afetivo desta criança, que pode ser encarada como estranha por ausência de semelhanças genéticas, ou somente pela certeza de que ela não é oriunda exclusivamente do casal.

No âmbito da maternidade de substituição tais problemáticas são acentuadas pelo fato de que a criança desejada pelo casal é desenvolvida e gestada por terceira pessoa.

Quando realizada dentro dos melhores parâmetros éticos, já alinhavados pelo Conselho Federal de Medicina, a carga emocional e psíquica que pode embaralhar os sentimentos e o afeto pela criança são observadas em uma escala inferior; todavia, infelizmente, a realidade que permeia a técnica da gestação de substituição, como já amplamente discutido, é a formação de uma rede comercial de “barrigas de aluguel”, onde a transação financeira é a marca característica. Nestes casos, a sensação de que a criança foi comprada, e é completamente estranha ao casal pode se tornar uma realidade incômoda, sem olvidar quando a fecundação é realizada com material genético da barriga de aluguel acoplada as células reprodutoras do representante masculino do casal, tornando a noção do adultério uma perspectiva perigosa, onde a mãe socioafetiva, que desejou a criança gestada pela “barriga de aluguel”, pode desenvolver, ao invés de afeto pela criança, um sentimento de repúdio, posto esta ser oriunda de uma mulher diversa, que fecundada por seu consorte, deu origem aquela criança.

Tais problemáticas ainda devem ser somadas aos problemas emocionais e psicológicos que podem ser desenvolvidos pela mãe de substituição; até mesmo pela peculiaridade do momento gestacional, a mãe gestacional pode desenvolver uma relação

intima de carinho e afeto com o embrião que se desenvolve em seu útero, tornando a entrega da criança ao final da gestação em uma situação de extrema penúria e de completa ruptura psicológica da mãe substitutiva, que encara aquele momento como se tivesse perdido um ente tão querido, subtraído do seu aconchego materno.

Todas as querelas de cunho psicológico acima designadas podem desembocar, naturalmente, no desenvolvimento afetivo da criança, que quando vivencia essa realidade de uma maneira tormentosa acaba se questionando sobre a sua própria existência, guardando um sentimento de que teria sido negociada financeiramente por seus pais, que seria filho de outras pessoas, enfim, o desenvolvimento mental do ser em formação através do útero de substituição passa a ser um reflexo direto e imediato da percepção dos pais a respeito da prática da maternidade de substituição.

De todo o exposto, fica evidente que a edição de uma legislação que engloba as técnicas de reprodução assistida, regulamentado-as e fixando os parâmetros para sua utilização deve ser devidamente discutida em uma análise multidisciplinar, sendo completamente inviável a apresentação de uma solução jurídica para tais problemas das mais diversas ordens dissociada de um estudo interdisciplinar, que analise aspectos psicológicos, sociais e antropológicos.

No âmbito jurídico os problemas oriundos da prática da maternidade de substituição ganham contornos dramáticos uma vez que inexistente qualquer regulamentação legal no que tange a tal prática, por mais relevante e presente que ela seja atualmente.

Os transtornos oriundos da reprodução assistida instrumentalizada pela prática da gestação de substituição refletem-se diretamente na perspectiva da definição da filiação da criança gerada, uma vez que o código civil de 2002 (Lei 10. 406/2002) já foi publicado deficiente na análise de algumas temáticas, tais como a inseminação artificial, clonagem, eugenia, uniões homoafetivas e a própria maternidade de substituição; por consequência imediata, as celeumas surgidas através da realização de qualquer das perspectivas não provisionadas pela legislação civilista continuam vivendo à margem dos ditames legais, com alguma ou outra melhoria em alguns casos, como na união homoafetiva, mas, em geral, a legislação continua inócua e deficiente no que concerne a tais inovações já tão presentes na realidade social.

A maternidade de substituição, em uma percepção jurídica, seria consubstanciada em um contrato de prestação de serviços, onde a mãe de aluguel garantiria o empréstimo do seu útero para a gestação do embrião, comprometendo-se a entregar a criança ao cabo da gravidez, garantindo o direito à filiação ao casal solicitante. Ocorre que, no ordenamento jurídico pátrio isso não é permitido, melhor dizendo, não encontra guarida legal. A Constituição Federal³, para alguns, por sua vez, veda, ainda que implicitamente, tal prática, onde prevê no artigo 199, parágrafo quarto, a impossibilidade de qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas.

O Conselho Federal de Medicina já firmou posicionamento a favor da prática desde que realizada atendidos os requisitos perquiridos pela norma regulamentadora, inexistindo qualquer caráter de transação comercial.

Reafirmando a ausência de qualquer comando legal na legislação civil que provise a prática da maternidade de substituição Meirelles (2000, p. 338) apresentou o enunciado nº 257, referente ao artigo 1.597, do Código Civil⁴, sendo aprovado na 3ª Jornada de Direito Civil, nos seguintes termos:

[...] As expressões “fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doadores e a gestação de substituição.

Ou seja, a interpretação conferida ao preceptivo legal supracitado deve ser restritiva, não abarcando, portanto, a doação de óvulos, nem a gestação de substituição, inexistindo, dessa forma, a impossibilidade de falar em presunção da paternidade, e da maternidade, por óbvio, no que concerne a filiação da criança oriunda do útero de aluguel.

A perspectiva de que o pacto que ensejaria a gestação de substituição poderia assumir caráter de negócio jurídico não é bem vista sob a ótica da melhor doutrina, que não admite a fixação do empréstimo de uma parte do corpo humano como objeto do acordo de vontades. Nesse sentido, Gomes (2001, p. 382) acentua que “o objeto do negócio jurídico

3 Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (grifos nossos)

4 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

deve ser idôneo. Não vale ser contrário a uma disposição de lei, à moral, ou aos bons costumes, numa palavra, aos preceitos fundamentais que, em determinada época e lugar, governam a vida social”.

Convergindo com o entendimento exarado por Orlando Gomes, Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 342) afirmam que, adentrando no plano de validade, o negócio jurídico deve ser permeado, ainda, pela licitude do objeto, sendo essa assim definida na dicção dos autores: “a licitude traduz a ideia de estar o objeto dentro do campo de permissibilidade normativa, o que significa dizer não ser proibido pelo direito e pela moral”. Tais argumentos são os mais utilizados e referendados por parte da doutrina para refutarem a ideia de um contrato de barriga de aluguel, uma vez que ausentes os requisitos consagrados para o plano de validade do negócio jurídico, não sendo este, portanto, apto a firmar a aquisição, modificação ou extinção de direitos, seria, por consectário lógico, nulo de pleno direito.

Criticando a perspectiva da negação da maternidade de substituição legitimada a partir de uma transação comercial, bem como da limitação imposta pelo Conselho Federal de Medicina, de somente admitir a gestação de substituição em âmbito familiar, Dias (2009) diverge dos argumentos contrários afirmando que inexistem justificativas plausíveis para que se inviabilize a doação temporária do útero por qualquer pessoa, sendo que por assumir um caráter de prestação de serviço, não há óbice para que seja devidamente remunerado. Fixa seu posicionamento nos seguintes termos:

O ranço decorrente de origem judaico-cristã de sociedade torna reprovável e faz adquirir caráter repulsivo tudo o que envolve valor econômico. Porém, não há justificativa moral, ética ou religiosa que impeça alguém de ceder o próprio corpo para que outrem consiga constituir vínculos parentais.

De um modo geral, todo e qualquer serviço prestado por alguém tem valor econômico e merece ser devidamente remunerado. E, quase todo o emprego, ofício ou profissão, envolve o uso do corpo, da inteligência ou do próprio talento. É o caso de contratar um médico para realizar uma cirurgia plástica ou um arquiteto para a reforma da casa. Em ambas as hipóteses a busca é de que alguém faça algo que realize o seu desejo de melhorar a imagem própria ou o aspecto de seu lar. Há a contratação de um profissional para realizar o sonho de ser mais feliz. Estas tarefas há que serem remuneradas, pois houve o uso do tempo e do esforço de uma pessoa. Ora, tanto o médico quanto o arquiteto despendem energia e têm desgaste intelectual e físico para cumprir o contratado. Tais exemplos, em nada se diferenciam de uma gravidez, que, inclusive, tem sequelas bem mais significativas. Estende-se pelo prazo de longos 9 meses, acarreta a deformação do corpo, incômodos de toda a ordem, além de submeter a gestante a um procedimento certamente doloroso: o parto, que a coloca em risco de vida. A gestadora se sujeita a todos os desconfortos

de uma gravidez para realizar o sonho de felicidade de outrem. Assim nada, absolutamente nada, justifica a restrição a que este processo não possa ser alvo de remuneração. O impedimento a que tal serviço tenha caráter lucrativo ou comercial está ligado somente à desmesurada sacralização da ideia da maternidade. Equiparada a uma missão quase divina por assegurar a perpetuação da espécie e a manutenção da vida, até parece que seria maculada por questões de ordem financeira.

No entanto, a possibilidade de alguém desempenhar a tarefa de gestar para outrem mediante o aluguel do próprio corpo não afronta qualquer princípio ético e nem subtrai da mãe a sublime tarefa de desdobrar fibra por fibra o coração e padecer no paraíso.

Como amplamente demonstrado, o aspecto jurídico decorrente da prática da maternidade de substituição encontra-se completamente em aberto e é palco de intensas discussões na esfera doutrinária, representando verdadeira tormenta para o Judiciário diante da completa ausência de normatização a respeito.

Envolvendo parâmetros delicados, posto lidar com o direito de filiação de uma criança gerada através de uma barriga solidária ou de aluguel, a discussão jurídica a respeito da prática que instrumentaliza a reprodução artificial deve amadurecer no sentido de ofertar sustentáculo jurídico a validação da prática, estabelecendo, para tanto, limites morais e éticos a sua realização; não devendo ser colocado em discussão, todavia, a legitimidade da maternidade de substituição em, a partir da solidariedade daquela que fornece o seu útero substitutivo, viabilizar a possibilidade da consecução do projeto parental e do planejamento familiar para aqueles que possuem plenas condições naturais de atingir esse objetivo.

Notório que o poder legislativo possui uma árdua tarefa em apresentar uma legislação firme, que abarque toda a questão multidisciplinar que margeia a prática da gestação de substituição, devendo fixar desde a viabilidade de tal prática, passando pelas formas como podem ser firmadas, através da reprodução homóloga e/ou heteróloga, estabelecendo, por fim, a fixação do direito de legitimidade à filiação da criança gerada, evitando assim a criação ou o aquecimento de qualquer discussão surgida a respeito da definição da parentalidade do embrião fecundado no útero de uma mulher estranha ao casal que deseja ter filhos.

Desbiologização da maternidade

O código civil de 2002 (Lei 10.406/2002) consagrou em suas predileções, mais precisamente no artigo 1.597 e seguintes, um sistema de presunções a respeito da

paternidade da criança eventualmente gerada em determinado lapso temporal, como forma de atribuir a filiação ao marido, eventualmente ex-cônjuge, da mulher grávida. Assim, por exemplo, os filhos nascidos em até trezentos e sessenta dias após a dissolução do vínculo conjugal pressupõem-se descendentes do ex-marido, consoante a dicção do inciso II do retromencionado preceptivo legal.

Neste mesmo sentido desenvolveu-se a presunção da maternidade. Radicada no Direito Romano, a presunção *mater semper certa est* (sempre há certeza sobre quem é a mãe) consagrou o entendimento que a maternidade estaria umbilicalmente vinculada pelo parto ou pela gestação; demonstrando-se, dessa forma, uma forte tendência, operacionalizada pela legislação civilista, de valorização da figura do casamento, enquanto elemento delineador da definição da filiação, independente da verdade biológica ou afetiva.

O desenvolvimento das técnicas de reprodução medicamente assistida e a nova percepção das famílias, segundo os ditames impregnados pela nova ordem Constitucional, colocaram o absolutismo das presunções da maternidade e paternidade em papel de utilização secundária, uma vez que se viabilizou a reprodução independente do ato sexual, a partir da utilização de técnicas que simulam a fecundação e dão suporte a existência de um embrião, independente da cópula sexual.

Nesse contexto, Chaves e Rosenvald (2010, p. 565-567) salientam que essa sistemática de presunções tem sua origem atrelada a um momento histórico em que havia a supervalorização do casamento, não sendo levado em consideração qualquer aspecto afetivo na percepção da família, portanto, quando a legislação civil manteve as disposições de presunção da parentalidade desconsiderou por completo o progresso científico e a influência das técnicas de reprodução assistida na definição da filiação.

O que se percebe, todavia, é o anacronismo das presunções exaradas na codificação civil, sendo que a nova sistemática da definição da família baseada, primordialmente, nos caracteres biológicos e no senso de afetividade que entrelaça os seus componentes destoa completamente dos ideais propugnadas pelo vigente código civil, já publicado com vícios de inocuidade oriundos do avanço social e científico. Na mesma perspectiva segue as técnicas de reprodução assistida, posto que a procriação artificial rompeu de vez com paradigmas que identificavam de maneira absoluta a maternidade e a paternidade, exigindo, para

que se chegue a uma definição precisa da filiação, a análise da afetividade, da simbiose de sentimentos que deve existir entre os integrantes de um núcleo familiar; passa-se a valorizar a filiação afetiva, a filiação desejada, querida, não somente aquela limitada pela carga genética ou por definições legais.

Tomando por parâmetro a prática da maternidade de substituição, instrumentalizada a partir das técnicas de reprodução assistida, evidencia-se, sobremaneira, o desapego a critérios e presunções absolutas no que concerne a definição da figura da mãe. Com efeito, quando efetivada a prática do útero de substituição pode-se verificar a presença de até três mães: a gestacional, aquela que empresta efetivamente o seu útero para que se desenvolva o embrião fecundado artificialmente; a biológica, quando, na reprodução heteróloga, há a doação de óvulos, células reprodutoras femininas que viabilizam a fecundação; e, por fim, a mãe socioafetiva, aquela que desejou a consecução do projeto parental, buscando na maternidade de substituição a operacionalização do projeto parental. Nesse quadrante, depreende-se com facilidade que qualquer presunção que tente limitar, em termos absolutos, a fixação da maternidade afigura-se absurda e despropositada, uma vez que a prática condensa inúmeras possibilidades no aspecto materno.

Quando praticada a maternidade de substituição, efetivado o empréstimo do útero materno, a resolução da questão atinente a maternidade, quando emergem celeumas nesse sentido, deve ser tratada com a necessária cautela. Deve ser observado, primeiramente e primordialmente, o desapego a qualquer critério absoluto ou qualquer presunção que venha a fixar a maternidade; a análise do critério afetivo é imprescindível, posto ser o elo de vinculação dos membros componentes de determinada família. Necessário também visionar a questão em longo prazo, a discussão em torno da maternidade deve ser vista como uma forma de fornecer a criança gerada uma melhor expectativa de vida; a discussão não deve ter por base, unicamente, o caráter de definição da maternidade, de atribuir a determinada mulher o “status” de mãe, mas sim ser orientada pelo melhor interesse da criança, buscando sempre as melhores perspectivas para o recém-nascido.

Efetivando o critério da afetividade como grande definidor das relações familiares, sem olvidar da imprescindível contribuição solidária de outra(s) mulheres para o sucesso da empreitada da procriação, a mãe afetiva, aquela que buscou ajuda junto as técnicas

de reprodução assistida, como forma de contornar uma limitação sua na viabilização da reprodução, na maioria das vezes, deve ser considerada a mais preparada para fornecer a criança uma vida digna e com melhores condições sócio-psicológicas, posto que, hodiernamente, deve ser ponderado o valor do elo afetivo, da vontade de ter filhos; a mãe afetiva já desenvolve uma afetividade com a criança, com o embrião, desde o momento em que manifesta-se no sentido de buscar ajuda, de socorrer-se, inclusive, a outra mulher, para conseguir conquistar o objetivo maior do seu momento de vida: de ser mãe.

Os parâmetros que devem ser utilizados para perquirição da maternidade e consequente definição da filiação, que mais do que um dever dos pais, é um direito da criança, enquanto sujeito de direitos, não podem ser fixados, também, em uma perspectiva absoluta, há que ser observado sempre a maior força do elo afetivo, a vontade, o desejo que anima o sentimento de ser mãe acoplada a imperativa análise do melhor interesse da criança.

Sempre apresentando posicionamentos que tem na vanguarda a sua melhor intuição, Dias (2010) assim destaca o seu entendimento:

A estas realidades precisa atentar a lei, pois está na hora de acabar com descabidas presunções e se privilegiar a realidade da vida. Em face da inércia do legislador, a responsabilidade, como sempre, precisa ser assumida pelo juiz que, ao arrostar com a situação que lhe é trazida, não pode escudar-se na omissão legal para negar direitos. É indispensável assegurar também à genitora que participou do projeto parental, com o fornecimento de material genético, o direito de registrar o filho quando do seu nascimento. Não pode ficar sujeita a que a parturiente efetue o registro apenas em seu nome, pois o filho não é somente dela.

Como a lei assegura o direito do nascituro, não há como lhe negar, mesmo antes do nascimento, o direito à filiação. Aliás, este não é um direito dos pais, mas um direito do próprio filho de, ao nascer, ser registrado em nome do par que, com mútua participação, o trouxeram ao mundo.

O nome sinaliza o atributo maior da personalidade, pois diz com o direito à identidade. Indispensável que, em respeito à dignidade da pessoa humana, seja assegurado ao filho o direito de orgulhosamente dizer que tem o privilégio de ser alvo do amor de mais de uma mãe. Afinal, quem disse que mãe é só uma?

O posicionamento da jurista, em que pese o grande relevo de vanguarda impregnado em suas considerações, revela a necessidade de se abandonar definições estanques e pré-concebidas a respeito da família. O núcleo familiar deve ser aquele em que a afetividade gravita como força motriz das relações.

No âmbito da maternidade de substituição, clarividente fica a necessidade palpitante de organização da filiação lastreada no elo de afeto surgido, que deve unir pais e filhos, independente da ausência de identificação genética da criança, ainda que, para que se chegue a uma melhor solução que atenda, primeiramente, os melhores interesses da criança, possa ser retratada a existência de mais de uma mãe, como bem assentou Maria Berenice Dias (supracitada).

DEFINIÇÃO DA MATERNIDADE E A REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Presença imprescindível no pleno desenvolvimento da vida, a figura da maternidade sempre foi considerada intangível, inexistindo celeuma a respeito de quem deveria desempenhar esse papel. Nesse contexto, a evolução decorrente das técnicas de reprodução assistida representou uma verdadeira ruptura com a concepção puramente biológica dos vínculos parentais – especialmente da maternidade.

Sobre as intercorrências existentes entre a percepção dos vínculos parentais e a evolução científica no âmbito da reprodução assistida, Sá Júnior pontuou (2013):

O avanço científico, sobretudo no que tange a medicina reprodutiva, representou um sobressalto em matéria de procriação, uma vez que legitimou a possibilidade de casais, até então impossibilitados de reproduzirem-se, sonharem com a operacionalização do projeto parental; para isso, a biotecnologia apresentou a uma comunidade científica atônita as técnicas de reprodução assistida, estas firmadas como terapias reprodutivas que possibilitariam a apresentação de um caminho diverso para a reprodução, não representando, portanto, uma cura para a esterilidade, mas sim um contorno biológico que viabilizasse a procriação.

Como uma das muitas possibilidades de instrumentalizar a reprodução assistida, a maternidade de substituição – ou gestação de substituição ou gestação por outrem – aparece como possibilidade de viabilização do projeto familiar não só de mães ou pais impossibilitadas de procriar (por questões crônicas e/ou patológicas), como também de casais homoafetivos (já devidamente reconhecidos como entidade familiar digna da tutela estatal).

Não obstante, o grau de solidariedade e empatia que envolve a prática sob discussão, a inexistência de uma regulamentação normativa firme e que estabeleça parâmetros existenciais para a instrumentalização, a maternidade de substituição vem sendo desmedidamente utilizada em uma rentável rede mercantil, onde pessoas promovem a disposição do seu próprio corpo em uma negociação realizada à margem de qualquer embasamento legal ou ético (SÁ JÚNIOR, 2013).

Sobre a prática mercantil clandestina, Sá Júnior (2013) expõe que:

Sem embargo de toda a discussão ética, filosófica, religiosa e moral desenvolvida em torno do absurdo decorrente da fomentação de uma rede comercial onde o principal objeto de contratação é o corpo humano, as problemáticas no âmbito jurídico,

as quais são destinadas maior esforço neste trabalho monográfico, são palpitantes e demonstram o completo despreparo do ordenamento jurídico pátrio para lidar com situações relativamente recentes, ficando evidente o descompasso existente entre a ciência do direito e os avanços sócio-científicos, quando, em verdade, deveria existir uma compatibilidade entre os aspectos normativos e os fatos sociais.

Em um contexto tradicional, o direito de filiação é apresentado pela melhor doutrina como uma relação direta existente entre ascendentes e descendentes, tudo dentro de um mesmo contexto familiar. Esse conceito tradicional, contudo, foi sensivelmente modificado e ampliado com a nova ordem Constitucional inaugurada pela Carta Política de 1988, a qual imprimiu novos direcionamentos aos institutos civilistas – e aos de família, por consequência –, ponderando, para tanto, a necessidade de existência e aferição de um novo critério para a definição da família: a afetividade; a filiação, segundo as novas compreensões legais e constitucionais, teria como base o sentimento, o desejo de ser pai/mãe, a verdadeira “posse do estado de filho”, afastando, com isso, a ideia sistemática e absoluta de que a filiação estaria vinculada primeiramente ao casamento, e em segundo plano às percepções biológicas (SÁ JÚNIOR, 2013).

Para Sá Júnior (2013):

O elo da afetividade que reúne pais e filhos na nova concepção da família ganha um respaldo surpreendente no Direito de Família uma vez que valoriza as relações existentes entre os membros de determinado grupo, independente da ligação genética existente entre eles. Valoriza, de fato, a verdade existente nas relações entre os parentes, no elo sentimental desenvolvido entre eles.

Ratificando as premissas aqui apresentadas, SILVA (2011, p. 63) assim entende a filiação face às técnicas de reprodução assistida:

Não se pode mais levar em conta apenas os aspectos genéticos, biológicos, gestacionais e afetivos, ou até mesmos legais, para a averiguação da parentalidade. Somos parte de algo muito maior, em que a doença da infertilidade fez com que a ciência viabilizasse a formação de vida fora do corpo, e mais, a gestação fora do útero materno, colaborando ainda a cessão de útero para que hipóteses de esterilidade do casal sejam suprimidas por meio de embrião doado por outrem e utilizando o útero emprestado de mulher estranha à relação, realizando-se então o sonho da maternidade e da paternidade. Nesse mesmo sentido, devemos mencionar a possibilidade de utilização da técnica por pessoa que não detenha propriamente patologia que impossibilite a procriação. Ao aplicá-la em casos em que o desejo de ser mãe ou pai é exercido por casais homossexuais, enfrenta-se a inexistência de infertilidade ou de esterilidade, mas ela é utilizada em quem, no exercício de sua sexualidade, copula apenas com pessoas do mesmo sexo; não se pode exigir-lhe que, para a obtenção de descendência, pratique sexo com quem o repulsa, em respeito à sua dignidade humana.

Na reprodução assistida, as problemáticas envolvendo o direito de filiação tendem a ganhar contornos dramáticos, haja vista que as incertezas parentais – sobretudo no que toca à maternidade – podem comprometer não só a própria compreensão do arranjo familiar, como também o desenvolvimento psicoemocional da criança/adolescente, enquanto sujeitos nitidamente em condição peculiar de processo de desenvolvimento. As lacunas legislativas, nesse contexto, afiguram-se com acentuado grau de nocividade, visto refletirem efeitos deletérios no elemento-base da sociedade: a família.

Sobre as incertezas parentais e as falhas legislativas, Sá Júnior (2013) pontuou que:

No âmbito da reprodução assistida, mais precisamente da maternidade de substituição, as problemáticas envolvendo o direito de filiação ganham contornos deveras dramáticos, uma vez que a incerteza quanto a essencial figura da maternidade pode comprometer o desenvolvimento da criança, sem falar no desequilíbrio psicológico causado em todos os envolvidos, por não possuírem a exata noção dos vínculos de parentalidade. É nesse diapasão que a inocuidade do legislador pátrio apresenta as maiores e nebulosas falhas, comprometendo todo o sistema de percepção de família a quem se socorre do empréstimo do útero para a consecução do projeto parental.

Nessa ordem de ideais, considerando a existência de problemas que podem permear a definição da criança gerada por meio da maternidade de substituição, bem assim a inexistência de um parâmetro legal expresso que regulamente as eventuais celeumas, mostra-se imperativa a necessidade de se firmar critérios de ordem subjetiva e objetiva para a aferição da maternidade (SÁ JÚNIOR, 2013).

Sobre os critérios basilares que devem compor toda e qualquer análise existencial que envolva a criança e o adolescente, Sá Júnior (2013) pontua que:

Nada mais prudente, no âmbito da criança e do adolescente, em sobrevalorizar o princípio do melhor interesse como diretriz reitora na busca pela maternidade que melhor responda às expectativas de uma mãe que forneça suporte psicológico, social, existencial a criança. Não obstante o posicionamento firmado, como será desenvolvido posteriormente, de que o casal que buscou a instrumentalização do seu projeto familiar mediante a maternidade de substituição, ou seja, o casal solicitante, possua, em tese, melhores condições afetivas e sociais de fornecer o pleno desenvolvimento da criança, o princípio do melhor interesse não deve ser desprezado, merecendo toda a ressalva e análise, uma vez podendo apontar percepções diferentes a respeito da maternidade que melhor atenda aos reclames da criança.

A supremacia do melhor interesse da criança e dos seus direitos como critério primordial para definição da maternidade

Segundo Reale (2002, p. 303), princípios são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento”.

A análise dos princípios enquanto diretrizes aptas a legitimar um sistema de normas, servindo de base para a validação das regras, permite inferir que, mais que um apoio, eles também servem de norte e orientação tanto para o legislador, quanto para o aplicador da regra jurídica.

Enquanto fruto de uma intensa evolução no que concerne à percepção da criança e do adolescente no meio social, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente demonstra a necessidade de valorização do público infantojuvenil como sujeito apto à titularização de direitos fundamentais. Essa titularização, inclusive, reclama a devida análise dos anseios da criança e do adolescente como base para a resolução à parentalidade.

A respeito da evolução no senso de percepção da criança e do adolescente na ordem jurídica, Sá Júnior (2013) assevera que:

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio, posteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou por uma repaginação no que tange ao papel que deve ser desempenhado pelas normas, pelo Estado, pela Sociedade e até mesmo pela família, em função da criança e do adolescente, que passaram a figurar como sujeito de direitos e obrigações, não figurando mais como meros espectadores de normas, antes considerados unicamente como objetos de proteção e ingerência do Estado.

Essa mudança paradigmática anunciada alhures traduziu o rompimento com a doutrina da situação irregular, de tradição secular, onde a criança e o adolescente, vistos apenas como menores eram objetos de proteção do Estado quando se amoldavam ao modelo pré-definido de situação irregular anunciado pelo artigo 2º¹, do Código de Menores, de 1979. A atuação do Estado-Juiz era lastreada no binômio carência/delinquência, onde todas as demais questões atinentes aos menores deveriam ser tratadas por um Juízo Comum.

1 Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Essa realidade imposta pela percepção do menor pela doutrina da situação irregular criou uma espécie de pré-concepção da ideia de criança que necessitava da intervenção do Estado, que geralmente seriam negras ou pardas, advindas do interior ou das favelas. A intervenção estatal, não menos burocrática quanto a definição imposta pela doutrina da situação irregular, era caracterizada pelo afastamento da menor do ambiente que o colocava em situação irregular, ainda que esse ambiente fosse o familiar. Prestigia-se a ação do estado, que tentava dirimir os problemas do menor, em detrimento, inclusive, da família, da convivência familiar e dos decorrentes laços de afeto com a criança.

Analisando sinteticamente, a doutrina da situação irregular atuava diretamente nas consequências advindas de determinados problemas que colocava os menores em “situação de risco”, desprestigiando, todavia, as causas que resultaram na gênese da problemática. Demonstrava, dessa forma, um completo despreparo em, verdadeiramente, solucionar as grandes questões envolvendo a criança e o adolescente.

Com a promulgação da Constituição de 1988, mais precisamente em seu artigo 227², a ordem jurídica buscou, rompendo com os ditames da doutrina da situação irregular, consagrar a doutrina da proteção integral, que veio a destituir os valores e pré-concepções fincadas pela situação irregular, absorvendo os valores estatuidos pela Convenção dos Direitos da Criança. Confere-se, agora, a criança e ao adolescente, indiscriminadamente, o “status” de sujeitos de direitos fundamentais, como qualquer outra pessoa; ou seja, rompe-se com a percepção limitada do menor e abre-se vistas a todas as crianças e adolescentes como titulares de direitos que devem ser observados por todos, respeitando-se a sua condição de peculiar pessoa em desenvolvimento.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que a rede principiológica composta pelos princípios do melhor interesse, da prioridade absoluta e da municipalização, servem de norte geral para a correta interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), com indicação – sistemática, expressa ou não – no artigo 227, da Carta Política de 1988, bem como nos artigos 4^o, 5^o e 6^o, implicitamente, da Lei 8.069/90.

Tal princípio, inclusive, não se afigura como uma inovação trazida pela doutrina da proteção integral, já dispendo de previsão no artigo 5^o, do Código de Menores, devido a influência reconhecida do *best interest* na Declaração Internacional dos Direitos da Criança, em 1959.

No âmbito da doutrina da situação irregular, o referido princípio tinha sua aplicação

2 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

3 Art. 4^o É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5^o Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6^o Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

4 Art. 5^o Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

voltada aos menores imergidos em dinâmica reputada irregular, de modo que somente a eles era direcionada uma análise lastreada no “melhor interesse”. Com a deflagração da doutrina da proteção integral, por meio da Constituição Federal de 1988 e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio ganhou novos contornos e funções. Partindo da premissa de que o público infantojuvenil não é mero objeto da tutela estatal, mas sim sujeito digno de direitos e deveres, passou-se a perceber o melhor interesse de forma indistinta. Diante dessa repaginação do princípio do melhor interesse à luz da doutrina da proteção integral, percebeu-se a função de tal princípio em três principais eixos: interpretativo, aplicativo e elaborador.

Em suas considerações acerca do princípio do melhor interesse, Amim (2011, p. 34) destaca:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos ou mesmo para elaboração de futuras regras. [...] atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o julgador entende que é melhor para a criança, mas sim, o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.

Dessa forma, o melhor interesse, enquanto indexador da busca pela melhor forma de atender aos direitos das crianças e dos adolescentes, deverá ser percebido tanto em sua função de orientação ao legislador, bem assim ao aplicador do direito, sempre estabelecendo como parâmetro fundamental a percepção da situação que melhor atenda aos interesses do infante.

O progresso inaugurado pelas técnicas de reprodução assistida, especialmente no que diz respeito ao aspecto filial dos embriões concebidos mediante tais práticas, associado às já citadas lacunas legais, permitiu o surgimento de diversas problemáticas de cunho jurídico, social e ético. A indefinição quanto aos vínculos de parentalidade pode causar transtornos crônicos na vida pessoal das partes que se socorrem dos avanços científicos em busca de contornar o drama da ausência de capacidade reprodutiva natural.

Objeto do presente estudo, a maternidade de substituição não foge aos diversos imbróglios existentes quando da realização de técnica de reprodução assistida. Na verdade, nesse caso, os problemas se somam à existência de uma terceira pessoa, que cede seu

útero para a viabilização da gravidez.

Com a efetivação da gestação por substituição, a mulher que cede seu útero – dita mãe hospedeira – pode desenvolver, por estágio hormonal inerente ao período, pode desenvolver relação afetiva com o feto em desenvolvimento, negando-se a entregar a criança recém-nascida. Em outro planisfério, o casal que se submete à medicina reprodutiva através da maternidade de substituição, pode, eventualmente, desistir do projeto parental; problemática similar pode ser desenvolvida a partir da morte do casal solicitante, que tendo buscado a gestação por outrem, vem, posteriormente, a falecer, sem que a gestante disponha de condição psicossocial de guarda e criação da vida fecundada.

É nesse contexto de adversidades que a ausência de regulamentação legal, somada a uma jurisprudência inapta e pouco coesa na análise da matéria, que o princípio do melhor interesse surge como resposta aos anseios sociais, seja em seu caráter interpretativo, aplicativo ou elaborador, uma vez que dispõe de capacidade para inspirar a edição de legislação que se mostre suficiente à percepção da dinâmica fática, bem como de fornecer ao Estado-Juiz as condições de perceber as melhores soluções diante de problemas relacionados à filiação, sempre em valorização expressa à vida digna da pessoa em processo de desenvolvimento.

Convergindo no entendimento acima destacado, Sobral (2010) firma seu posicionamento nos seguintes termos:

[...] Nos dias de hoje, os operadores do direito, ao tratar da filiação, têm que dar valor ao interesse do menor, devem observar o que realmente é o melhor para a criança e/ou adolescente, de modo a favorecer sua realização pessoal, independentemente da relação biológica que tenha com seus pais, pois muitas vezes eles encontram-se ligados apenas pelo parentesco sanguíneo, não existindo entre os mesmos qualquer tipo de ligação afetiva capaz de uni-los verdadeiramente como pais e filhos.

A reprodução assistida, por meio da prática da maternidade de substituição, tal como hodiernamente observada (geralmente instrumentalizada por uma rede comercial, onde uma das partes sempre visiona o interesse lucrativo, a rentabilidade do negócio, ou até mesmo quando realizada nos melhores ditames éticos), sempre evidencia o desejo de constituir um núcleo familiar.

Sobre essa percepção, Sá Júnior (2013) informa:

Casais estéreis, pessoas do mesmo sexo... A busca pela reprodução através da maternidade de substituição sempre demonstra uma grande aptidão para o projeto parental, para o desenvolvimento do afeto (que hoje deve considerado como pedra angular na definição da família) por aqueles que se valem da medicina reprodutiva como forma de contornar os impedimentos da natureza na operacionalização da procriação. Por tendência lógica, esses que enfrentam o próprio preconceito, superam barreiras de ordem familiar e até mesmo psicológica para se valerem desse subterfúgio científico em busca da formação da desejada família, demonstram com mais veemência as melhores aptidões para a criação e desenvolvimento de uma criança. O desejo demonstrado na busca pela formação do ente familiar é uma demonstração nítida de possibilidade de desenvolvimento de afeto pela criança futuramente concebida. Por imperativo lógico, em regra, àqueles que buscam a consecução da família através da maternidade de substituição dão mostras da capacidade de envolver-se no projeto parental e no fornecimento de melhores condições de vida à criança.

É essa realidade que o princípio do melhor interesse vem a evidenciar no âmbito da prática da gestação de substituição: àqueles que tencionam o planejamento familiar, seja pela maternidade de substituição, ou por qualquer outra metodologia da medicina reprodutiva, por regra, são aqueles mais capacitados para desenvolverem a plenitude da relação afetiva que se espera entre pais e filhos.

O critério que ora defende-se, que possui no melhor interesse da criança, na afetividade, e no elo sentimental que melhor define a formação da família, apresentado, em regra, pelo casal que busca, mediante o empréstimo do útero, a formação do seu núcleo familiar, não deve ser parametrizado em acepção absoluta.

O posicionamento firmado em hipótese alguma deve ser galgado em uma percepção equacional, onde o preenchimento das variáveis produzirá, sempre, o mesmo resultado.

O direito não pode fechar os olhos à realidade que o tangencia, de modo que, tanto o aplicador quanto o legislador, quando diante de situações cuja gênese remete à prática da maternidade de substituição, devem submeter à análise todos os envolvidos, como forma de responder, de maneira prudente, qual seria a relação parental que melhor responderia aos anseios da criança, tudo à luz do já multicitado melhor interesse, sem também perder de vista a afetividade desenvolvida ou que pode se desenvolver com o feto em desenvolvimento; e, por fim, uma análise mais pormenorizada do projeto de vida do casal que, mediante técnica de reprodução assistida, busca concretizar o desejo de um empreendimento familiar.

Análise do direito de filiação à luz da prática da maternidade de substituição

Enquanto um ato de empatia e solidariedade, a prática da cessão do útero para gestação em prol de terceiros não deve ser encarada como um problema apto a atrair a

negativa da tutela estatal.

O ímpeto de formar uma família não deve ser marginalizado pelo Estado, que, na qualidade de comunidade politicamente organizada, deve simplificar o acesso a medidas que instrumentalizem o projeto familiar, não as negar. O ato de dificultar o desenvolvimento da família àqueles impossibilitados por formatação natural, afigura-se como forma de negar a própria dignidade humana, além dos direitos reprodutivos.

Não cabe, pois, à sociedade o papel de julgar a mulher que se vale de técnica de reprodução assistida, como a maternidade de substituição, como forma de concretizar seu projeto familiar. O apoio na empreitada da reprodução artificial é imprescindível, cabendo a sociedade e ao Estado darem o suporte necessário àqueles que buscarem técnicas de reprodução assistida, como forma de ampliar o seu poderio de decisão diante de uma realidade dura e complexa.

Brauner *apud* Silva (2011, p. 57) ensina que:

[...] embora seja a adoção uma experiência enriquecedora, devendo ser incentivada dia a dia, ela não representa o caminho escolhido por todos que não podem gerar naturalmente, pelo que deve ser dado reconhecimento aos métodos ofertados pela ciência moderna para tratar da infertilidade e da esterilidade¹⁸, dado que a esterilidade não é aceita facilmente, razão pela qual mulheres estéreis se socorrem dos métodos de reprodução medicamente assistida, dentre as quais ganha relevância a gestação de substituição.

Sobre a percepção da maternidade no contexto da cessão de útero e da análise indispensável da afetividade como critério filial e os efeitos deletérios decorrentes da proibição da prática, Sá Júnior (2013) informa que:

Embora haja uma inversão de valores na definição da maternidade diante da confusão existente entre a mãe gestacional, mãe genética e mãe socioafetiva, a prática da maternidade de substituição é válida e legítima na medida em que, se bem provisionada legalmente, como já assentada pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2.320/2022, pode transformar-se em importante instrumento de contorno as causas de esterilidade, viabilizando a empreitada do projeto familiar desejado por inúmeros casais que esbarram em más-formações morfológicas ou em dificuldades fisiológicas, que impedem a geração de filhos de maneira natural, sendo que somente esta dura realidade já representa transtorno demais para àqueles que desejam, naturalmente, procriar.

A proibição da prática, através de uma predisposição legislativa, além de não trazer nenhuma sorte de benefício para casais estéreis, atravancando sobremaneira as possibilidades de reprodução artificial destes, ainda serviria de aquecimento e incentivo velado (implícito) ao comércio da barriga de aluguel, que agora se desenvolveria plenamente às margens da lei, que perdeu a oportunidade de reduzir

drasticamente a comercialização do útero materno.

Muito embora possua, independentemente de previsão legal, problemas éticos bem definidos, a regulamentação da maternidade de substituição como uma prática legítima, viável, desde que atendido certos requisitos de ordem social e psicológica, não representaria a validação de uma atividade nociva a sociedade, pelo contrário, serviria de suporte a consecução do planejamento familiar (conforme consagração no artigo 226, da Constituição Federal, já salientado em capítulos anteriores) por casais que não possuíssem qualquer outra oportunidade reprodutiva.

Fomentar leis que proíbam a gestação de substituição representa um retrocesso social e científico, é não observar uma realidade evidente e já sedimentada nos campos da medicina reprodutiva, é desestimular o progresso científico, é propiciar e aquecer o surgimento e desenvolvimento de um comércio clandestino e ilícito de barrigas-de-aluguel, sem falar no incremento do “turismo reprodutivo”, estimulando casais estéreis a buscar centros estrangeiros que não proíbam a prática da maternidade de substituição. Enfim, negar a possibilidade de instrumentalização do projeto parental é mais que uma prática abusiva, é inconstitucional, por ferir mortalmente a dignidade humana daqueles que desejam ter filhos e não visualizam esta possibilidade de forma natural, além de desconsiderar o papel do Estado no que tange a formação da família, considerada, Constitucionalmente, como base da sociedade, conforme aponta a dicção do parágrafo 7º, do artigo 226⁵, da Carta Magna de 1988.

Diante do papel dado à família pela Carta Política de 1988, pode-se observar uma releitura dos critérios utilizados para perceber a existência do núcleo familiar. Muito mais que um agrupamento consanguíneo, a família moderna tem por principal fator agregador o afeto. Independente da formatação, vínculo afetivo ganha respaldo determinante na percepção da família, demonstrando, assim, a ruptura com paradigmas anacrônicos e engessadores do direito à felicidade.

No âmbito da filiação, observada diante da prática da maternidade de substituição, esse elo afetivo ganha um respaldo infinitamente superior, onde o ato de vontade, de buscar formar uma família, representa um indicio firme da formação de um vínculo materno-paterno-filial com a criança, embora esta venha a ser gestada por outrem.

Exemplificando essa realidade do elo afetivo na gestação de substituição, Silva (2011, p. 58) assevera que

A atribuição de maternidade, estendendo-se também à de paternidade, deverá ser feita àquela mulher, ou ao casal, encomendante da técnica médica e participante do processo procriativo, tenham eles identidade genética ou não com a criança. O que importa aqui é o ato de vontade manifestado para o exercício do método, levando-se em conta o consentimento realizado pelas partes. Assim, na hipótese de uma mulher que, para realizar projeto procriacional, precisar de gametas de outra mulher que possa lhe doar o óvulo, precisar da doação de esperma em virtude de esterilidade de seu marido, contar com a doação de embrião, ou até mesmo ter seu

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

embrião (com material genético seu e de seu marido ou companheiro) implantado em terceira, é de se atribuir à maternidade à mãe encomendante.

Ou seja, o elemento volitivo observado quando da busca pela maternidade de substituição induz, previamente, uma ligação entre os pretendentes e a criança, de forma a simplificar o processo de percepção do afeto entre pais e filhos.

A esse respeito, Sá Júnior (2013) pondera que:

Na exata concepção do instituto, a maternidade é delineada pelos sinais exteriores da gravidez e pelo parto, todavia os métodos científicos viabilizaram outras formas de concepção, desvalorizando o absolutismo dessa presunção que a mãe é sempre quem dar à luz a criança, sendo imperativa a análise de todo o acervo circunstancial que redundou no nascimento do recém-nascido.

A gênese da imperativa análise do elo afetivo que vincula a criança gerada e a mãe em potencial surgiu exatamente da ausência de qualquer vinculação biológica ou genética, na reprodução heteróloga, entre a encomendante e a o feto em desenvolvimento, uma vez que existem casos médicos, mais comuns e rotineiros do que se imagina, que além da impossibilidade morfológica de gestar a criança, a mãe social/encomendante também não possui células reprodutoras aptas –óvulos- a dar viabilidade a fecundação.

Atenta as perspectivas supracitadas, Silva (2004, p. 252) alerta que: “a maternidade jurídica deve amoldar-se à maternidade de intenção, de modo que, para todos os efeitos legais, mãe é a receptora do material genético e não a doadora”.

Nesse mesmo sentido, Diniz (2002, p. 580) afirma que: “independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade procriacional, recorrendo a estranho para que ela se concretizasse”.

Os problemas inerentes à maternidade de substituição podem não se esgotar na definição da filiação. Em face das já discutidas lacunas legislativas, o reconhecimento do estado de filho oriundo de um útero de substituição pode demandar um intenso e desgastante processo judicial⁶, sendo que a realização extrajudicial pode culminar na prática de figura

⁶ Em reportagem veiculada no Site JusBrasil resta patente a necessidade de socorrer-se ao Judiciário para fazer valer o reconhecimento da criança gerada mediante gestação de substituição. Embora inexista percepção legal sobre a matéria, o Magistrado não pode olvidar em firmar posicionamento e solucionar a celeuma que lhe fora apresentada, consoante disposição do artigo 126, do Código de Processo Civil. “um casal de Cuiabá garantiu na Justiça o direito de registrar um filho biológico gerado em uma barriga de aluguel. A decisão foi proferida pelo juiz de Direito Auxiliar da Quarta Vara Especializada da Família e Sucessões da Comarca da Capital, Francisco Alexandre Ferreira Mendes Neto, que determinou à maternidade (Clínica Femina ou outra unidade hospitalar) a expedição da Declaração de Nascido Vivo da criança que está sendo gerada por E.C.D.A.R. em nome dos pais biológicos R.D.A. e T.R.S.D.A.

A Ação Reivindicatória de Paternidade e Maternidade com Pedido de Antecipação de Tutela recebeu parecer favorável do Ministério Público do Estado. Conforme justificativa do casal, o requerimento da antecipação da tutela é uma forma de os pais garantirem o registro da criança de forma correta.

No processo, os autores da ação destacam que são casados há aproximadamente oito anos e mulher tentou engravidar por longa data, tendo frustrada qualquer expectativa de gerar um filho ao ser diagnosticado carcinoma epidermóide de colo e suspeita de adenocarcinoma, conhecidos popularmente como câncer de útero.

Diante do problema de saúde, o casal foi orientado pela própria médica que emitiu os laudos a realizar o procedimento Fertilização In Vitro (FIV). O procedimento foi realizado com gametas do próprio casal, gerando um embrião que foi transferido para o útero da irmã de um dos requerentes. Tanto a hospedeira quanto o marido emitiram declaração, com firma reconhecida, bem como termo de consentimento assinado por ambos antes da realização do procedimento médico, atestando que não existe qualquer vontade em possuir a guarda ou a posse da criança que vem sendo gerada no útero da mulher.

típica prevista no artigo 242⁷ do Código Penal.

Buscando uma melhor análise da maternidade de substituição, mais precisamente no tocante a definição da filiação e parentalidade, a I Jornada de Direito Civil propôs importantes alterações no texto da codificação civil (tal proposta ainda encontra-se em fase de discussão), em especial a inclusão do artigo 1.597-A, ao final do Título I, do Livro IV, do Código Civil; o enunciado de número 129 propôs a inclusão do preceptivo legal nos seguintes termos:

Artigo 1.597-A – A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único – Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Segundo Sá Júnior (2013):

A justificativa para a modificação é plena e completamente válida uma vez que buscou através da edição de tal artigo dar suporte a maternidade da mãe encomendante, seja através da reprodução homóloga, onde há a efetiva utilização dos gametas do casal, estando bem definida a filiação biológica, além da afetiva, como na reprodução heteróloga, sem a utilização de qualquer célula reprodutora do casal encomendante, sendo que, neste caso, somente a gestação caberá a mãe sub-rogada. A Jornada ainda reforça a completa impossibilidade da mãe sub-rogada, que efetivamente gerou a criança, exigir qualquer parcela lucrativa para que venha a emprestar o seu útero.

Posicionando-se a respeito da parentalidade no contexto da maternidade de substituição, Fernandes (2000, p. 114) defendeu que: “Ante a possibilidade de um conflito de maternidade, é fundamental estabelecer juridicamente que a maternidade deverá cair sempre naquela que será a mãe socioafetiva, até porque o projeto de maternidade partiu

Na decisão, o magistrado lembra que o assunto é um tema inquietante, difícil de opinar, uma vez que envolve questões éticas, morais e jurídicas. A situação é agravada ainda pela falta de legislação específica a respeito, além dos sentimentos e expectativas das partes e de seus problemas psicológicos. Porém, cita ainda que de acordo com o disposto pelo artigo 126, do Código de Processo Civil, mesmo nas hipóteses de lacuna ou obscuridade da lei, não pode o magistrado deixar de despachar ou sentenciar, devendo se socorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Diante do cenário, o juiz mencionou que o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.597, incisos III e V, já tratou da presunção da paternidade do marido em relação aos filhos havidos por inseminação artificial homóloga e por inseminação artificial heteróloga previamente consentida. Sempre destacando que a legislação em vigência não contém ressalva para a presunção de maternidade decorrente do parto (Artigo 1.603 e 1.608, do Código Civil e inciso IV, da Lei nº 8.069/1990), seja a criança gerada por fertilização natural ou artificial.

Antes de proferir a decisão, o magistrado recorreu ainda ao Conselho Federal de Medicina, que por meio da Resolução CFM 1358/92 instituiu as primeiras normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, em 1992 e em 2010, em que tais diretrizes foram atualizadas pela Resolução CFM 1957/2010.

Assim, entendeu que, em princípio, a fecundação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, uma vez que o filho terá os componentes genéticos do marido e da mulher. A Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina do Brasil exige que a coleta do material, sua utilização e o destino da mesma tenham a concordância prévia e expressa dos interessados, o que foi devidamente cumprido pelos autores.

Para o magistrado, ficou comprovado nos autos que a autora possui patologias que a impedem de ter uma gravidez natural. Ademais, a parturiente e seu marido assinaram termo de consentimento quanto ao procedimento. Não vislumbro nenhum prejuízo em atender a demanda inicial, até porque inexistente vedação legal para o procedimento adotado de fertilização in vitro e, ainda, por prevalecer o melhor interesse da criança, eis que corresponderá à lavratura do assento de nascimento com base na verdade biológica da filiação.” (Matéria na íntegra. Disponível em: < <http://coad.jusbrasil.com.br/noticias/3184643/pais-podem-registrar-filho-gerado-em-barriga-de-aluguel>>. Acesso em 23 de julho de 2013.

7 Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

dela, ao escrever o seu direito constitucional do planejamento familiar”.

O que se pode afirmar, primariamente, é que todas as hipóteses de eventuais celeumas decorrentes da prática da maternidade de substituição tendem e devem ser solucionadas pela regulamentação legal, que se afigura urgente e imprescindível. A prática ainda não é proibida no Brasil, sendo regulamentada eticamente pelo Conselho Federal de Medicina. Porém, como já ponderado, a lacuna legal deflagra problemas de complexa solução, tais como próprio registro da criança e os direitos dele decorrentes.

Para a definição do caráter filial decorrente da maternidade de substituição, Sá Júnior (2013) analisa que:

A definição da filiação da criança gerada mediante a maternidade de substituição através de uma fecundação homóloga, ou seja, quando o embrião é gerado com a utilização das células reprodutoras do casal encomendante, passa pela relativização do *brocardo mater semper est*. Em uma perspectiva mais palpável, ou menos tormentosa, a filiação decorrente da fecundação homóloga passa pela associação da mãe biológica com a mãe afetiva que se consubstanciam na mesma pessoa. A relativização da percepção absoluta de que a “mãe é sempre certa” diante da gravidez e do parto ganha respaldo justamente porque esta pré-definição não mais atende ao melhor interesse da criança, uma vez que a mãe gestacional, que cedeu/emprestou seu útero, ao aceitar realizar todo o procedimento não possuía a menor intenção em firmar-se na maternidade, ainda que esteja umbilicalmente ligada a gestação. A filiação, para estes casos, encontra-se fulcrada centralmente na relevância do critério biológico (sempre associado ao afetivo), posto que a criança oriunda da gestação de substituição possui o mesmo material genético do casal encomendante.

No âmbito da reprodução heteróloga, os problemas se acentuam com veemência. O procedimento é sobremaneira mais complexo, envolve a utilização de doadores das células reprodutoras, total ou parcialmente, dificultando ou maximizando a problemática referente a filiação.

A criança oriunda de uma reprodução heteróloga não conserva as informações genéticas do casal, ou pelo menos, dos dois representantes do casal. Deste modo, o critério biológico não possui o condão de solucionar a questão da filiação.

A primeira inferência que deve ser tomada quando da definição da maternidade diante da prática da maternidade de substituição operacionalizada por uma fecundação heteróloga é que a presunção, até então, absoluta de que a “mãe é sempre certa” também não possui qualquer respaldo fundante.

Com efeito, é, principalmente, na reprodução heteróloga que o critério afetivo ganha a dimensão de imprescindibilidade. Os ânimos de constituir uma família, de instrumentalizar o projeto parental, nem que para isso o casal tenha que se valer de métodos científicos, devem ser sobrelevados e alçados a resposta para a problemática da filiação. A filiação desejada é a que melhor atende os interesses da criança; o casal encomendante, quando busca contornar os problemas que lhes impede de reproduzir-se por metodologias naturais, através do “simples” contato sexual, demonstra com clarividência a intenção de estabelecer uma família baseada,

sobretudo, no afeto que os unirá, até mesmo como forma de superarem juntos os traumas consequentes da esterilidade. A filiação será construída em um momento pré-fecundação. Quando o casal resolve buscar a medicina reprodutiva, em regra a afetividade já pode ser vislumbrada, a vontade de ter filhos estampa o sentimento que esses indivíduos poderão repassar a uma criança, sendo justamente tal elo, laço de amor, que a maternidade de substituição deve buscar dar a criança gerada; mais que parentes, busca-se dar pais afetivos, que possam lhe mostrar o real sentido do amor familiar.

Rosenvald e Farias (2010), acertadamente, pontuam que o princípio do *venire contra factum proprium*⁸ é perfeitamente aplicável às relações familiares, e por consequência à própria análise da filiação. Nesse contexto, veda-se o comportamento contraditório na definição da filiação, principalmente quando realizada através das técnicas de reprodução assistida, na qual o consentimento informado dos participantes é elemento indispensável para a validação do procedimento.

No caso da gestação de substituição, a técnica é efetivada à base da confiança depositada por todos os partícipes no processo e na fixação da filiação, existindo um verdadeiro dever jurídico de comportamento diante do consentimento para a realização da prática.

Para Sá Júnior (2013), é, inicialmente, sobre um dever de responsabilidade emocional na constituição de uma família, sendo:

inviável a busca pela desconstituição do estado de filiação que foi afirmado anteriormente ao nascimento, pois esse só foi possível em razão da anuência do casal, que veio a buscar no procedimento uma alternativa para formação de uma família.

O que se espera, portanto, daqueles que buscam a gestação de substituição é o pleno senso de responsabilidade para com suas escolhas, que devem ser firmadas na mais completa maturidade emocional, uma vez que mais que vínculos de filiação, o que se encontra “em jogo” e em discussão é o desenvolvimento de uma vida.

Diante de todo o exposto, resta evidenciado que o instituto da maternidade de substituição é uma realidade intransponível na vida social pátria. Tal procedimento precisa de uma legislação que lhe ofereça soluções concretas e palatáveis, como forma de viabilizar o ideal maior da prática: a formação do núcleo familiar.

⁸ O princípio do *Venire contra factum proprium* é um desdobramento natural da boa-fé objetiva, que deve ser preservada no aperfeiçoamento dos contratos, conforme bem acentua o artigo 422, do Código Civil. Baseando-se no princípio da confiança, o *Venire contra factum proprium* veda comportamentos contraditórios no âmbito dos contratos, vale dizer, determinada pessoa não pode exercer determinado direito em franca discrepância com comportamento anterior, devendo ser preservada, acima de qualquer preceito contratual, a lealdade e boa-fé que animou os contratantes a firmarem determinado ajuste.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estruturas sociais não são marcadas por estagnação, mas, sim, por dinamismo no tempo e espaço. Valores, aspectos culturais e morais estão sempre em processo de aperfeiçoamento, amoldando-se ao pensamento preponderante na época. Esse é, inclusive, o maior desafio da ciência jurídica: buscar uma adequação concomitante à evolução social, objetivando não ser atropelada pelo fato social, sob pena de perder seu caráter básico de regulamentação da vida em um sentido coletivo, tornando-se inócua e sem respaldo concreto.

Infelizmente, os avanços da ciência jurídica não se dão em progressão geométrica, tais como os avanços sociais, circunstância que acaba por redundar em um perigoso estado de lacuna legislativa.

Exemplificativamente, o avanço científico e biotecnológico traduz fielmente a incapacidade da ciência normativa em avançar paralelamente ao progresso.

O descompasso existente entre os avanços na área da medicina reprodutiva e a normatização referente a tal realidade é preocupante na medida em que inexitem normas cogentes, de oponibilidade *erga omnes*, que regulamentem devidamente as conquistas decorrentes do progresso científico.

Nesse espaço do desenvolvimento científico e das lacunas legais surge a maternidade de substituição como uma forma de operacionalizar a reprodução assistida, onde a fecundação, homóloga (gametas do próprio casal) ou heteróloga (gametas de, ao menos, um doador), ocorreria em laboratório, mas a gestação seria viabilizada pela cessão de um útero materno de terceira pessoa.

A prática condensa uma das maiores problemáticas no que diz respeito às técnicas de reprodução assistida, uma vez que rompe com a presunção outrora absoluta da maternidade. Na maternidade de substituição, pode-se afirmar a coexistência de diversas figuras maternas, numa análise que não se limita ao aspecto biológico.

No âmbito nacional, a questão é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 2.320/2022, onde o órgão federal deixa assente que se permite

a prática da maternidade de substituição desde que preenchidos certos requisitos, como por exemplo o grau de parentesco que deve envolver a mãe gestacional, devendo esta ser parente até o 4º grau de qualquer dos componentes do casal, além da necessidade do consentimento informado de todos os participantes, deixando-se previamente acertado que, ao cabo da gestação, a criança seria entregue ao casal encomendante, não havendo qualquer vinculação filial com a mãe de substituição.

Todavia, em que pese a boa vontade apresentada pela normativa do Conselho Federal, tais observações, ponderadas pelo dito órgão, não se mostram suficientes para respaldarem a prática por completo, servindo apenas como código de conduta aos profissionais da própria área médica. Despida de respaldo coercitivo e cogente, a sobredita resolução não dispõe de poder suficiente para regulamentar a realidade e todas as problemáticas dela advindas.

Como decorrência lógica, a lacuna legal legitima a prática da maternidade de substituição de forma indiscriminada e criminosa, por meio do comércio uterino, o qual, aquecido pela praticidade, atrai adeptos que não dispõem das melhores condições de atenderem aos requisitos exigidos pelo Conselho Federal de Medicina.

Sem embargo da grande problemática referente a formação de uma rede comercial, a potencial indefinição dos vínculos parentais do neonato ainda deve ser considerada como o maior imbróglio decorrente da prática irresponsável da reprodução assistida. Realizada a prática da cessão do útero materno, é fato que existem inúmeras possibilidades que podem se apresentar no que concerne à definição da filiação

É neste ponto que ganham respaldo os critérios que devem ser ponderados pelo Juiz, em curto prazo, e pelo Legislador, em longo prazo, como forma de apresentação da melhor solução para todos os envolvidos nessa grande teia de sentimentos e desejos.

Diante da omissão do poder legiferante, deve-se buscar no princípio do melhor interesse da criança o comando necessário para as definições filiais, como forma de encontrar o melhor ambiente para o desenvolvimento pleno da criança, preservando-se todos os seus direitos.

Além do melhor interesse, deve-se observar o surgimento de um novo critério, por que não dizer, de uma nova filiação, que condensa mais que critérios puramente biológicos ou genéticos, mas busca se fundar nos sentimentos que unem os indivíduos como pais e filhos: a filiação socioafetiva.

No âmbito da prática da maternidade de substituição, o que deve preponderar, a rigor, é aquilo que definido antes mesmo à própria cessão do útero. Nesse contexto, a filiação deve tomar por parâmetro a vontade que animou o desejo de ser, de constituir família, do casal que buscou através da medicina reprodutiva a operacionalização do planejamento familiar.

As técnicas de reprodução assistida, inclusive a maternidade de substituição, não representam a disseminação de um problema social, tampouco de saúde pública. Proibir ou dificultar o avanço científico nessa seara apenas colocaria o mercado clandestino em evidência, estimulando a prática à margem da tutela estatal. Deve-se, na contramão, buscar legislar plenamente a respeito, tornando a prática legítima, com requisitos, pressupostos e vedações bem delineados, de forma a viabilizar a formatação de uma instituição essencial à noção de Estado: a família.

Negar o direito de formação de uma família não é só revestido de abusividade, mas, também, de inconstitucionalidade; é negar, inicialmente, os valores primordiais consagrados pela Carta Política de 1988, cujo texto assegura a possibilidade de planejamento familiar sem qualquer ingerência abusiva do Estado. Proibir a prática da maternidade de substituição representaria, pois, um ataque à própria dignidade da pessoa humana, consagrada como fundamento da República, consoante artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos.-5.ed.- Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011.

AMORIM, Caroline Sebastiany. Aspectos Jurídicos da Maternidade de Substituição no Direito Brasileiro. Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2013.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988.

_____. Lei n. 10.406/2002, institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002.

_____. Lei n. 6.697, instituiu o Código de Menores. Publicada no Diário Oficial da União de 10 de outubro de 1979.

_____. Projeto de lei nº 1.184 03 de junho de 2003. Senado Federal. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filena-me=PL+1184/2003>. Acesso em: 25 de julho de 2013.

_____. Resolução 2.013/2013, de 09 de maio de 2013. Conselho Federal de Medicina, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de abril de 2013, Seção I, página 119.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CALLIOLI. Aspectos da fecundação artificial “in vitro”. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: v.44: 71-95, ano 12, abr/jul., 1998, p. 27 apud FERNANDES, Sílvia da Cunha. As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 25.

DIAS, Maria Berenice. Barriga de Aluguel: Admissibilidade – “Sublime missão mediante pagamento”. Jornal Carta Forense. São Paulo, capa dezembro – 02/12/2009. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel-admissibilidade/4992>>. Acesso em 18 de julho de 2013.

_____. Bioética: uma nova visão interdisciplinar. Jornal Medicina, órgão oficial do Conselho Federal de Medicina, nº 104, abril de 1999, p. 28. Disponível em:< http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_bio%20tica_-_uma_nova_vis%20_interdisciplinar.pdf>. Acesso em 13 de julho de 2013.

_____. Mãe só tem uma?. Maria Berenice Dias – Artigos. Disponível em:< http://www.mariaberenice.com.br/uploads/13_-_m%20e_s%20tem_uma.pdf>. Acesso em 18 de julho de 2013.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Tycho Brahe. A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral.-11.ed.- São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. -18.ed-. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KRELL, Olga Jubert. Reprodução humana assistida e filiação civil. Curitiba: Juruá, 2007

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biomédicas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.252.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito.-27.ed-. Editora Saraiva: São Paulo, 2002.

SÁ JÚNIOR, Geraldo Zimar de. Maternidade de substituição e o direito de filiação à luz do ordenamento jurídico pátrio. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, nov. de 2013 Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/maternidade-de-substituicao-e-o-direito-de-filiacao-a-luz-do-ordenamento-juridico-patrio/>>. Acesso em 17 de outubro de 2023.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição: Direito a ter um filho. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, v.1, n.1, São Paulo: 2011.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em 21 de julho de 2013.

Sobre o Autor

Geraldo Zimar de Sá Júnior

Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (2013). É servidor público do Poder Judiciário da União.

Índice Remissivo

A

adversidades 75
afetividade 10, 13, 14, 16, 36, 37, 38
análise 8, 9, 10, 13, 17, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 49, 52, 53, 54, 57, 59, 61, 66, 67, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82
argumentos 46, 50
artificial 8, 9

B

bioéticas 9
biologia 32, 52, 54
biotecnologia 17, 27, 28, 31, 52, 54, 55
biotecnológica 17
biotecnológico 15, 21, 39, 83
biotecnológicos 8, 9, 20, 28, 35
burocrático 15
burocráticos 40

C

caráter 8, 9, 12, 14, 15, 16, 18, 27, 32, 34
ciência 9, 15, 18, 29, 31, 32, 39, 77, 83
coercitividade 27, 47
comercialização 43, 47, 62, 78
comunicação 9
comunidade 9
consanguíneos 36, 46
contemporânea 14
criminosa 41, 45, 47, 84

D

desenvolvimento 9, 12, 14, 22, 27, 28, 32, 35, 36, 37, 38, 40, 45, 46, 48, 49, 50, 53, 55, 60, 61, 65, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 83, 84
desenvolvimentos 54
diagnóstico 30
didática 14, 24
dignidade 12, 14, 20, 25, 28, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 43, 44, 51, 53, 56, 67
direito 2, 10, 12, 13, 15, 16, 20, 21, 23, 25, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 44, 49, 50, 51, 52, 53, 62, 63, 64, 67, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82
direitos 13, 32, 34, 36, 38, 39, 51, 63, 67, 72, 73, 74, 77, 81, 84
diversidade 56
doadores 23, 24

E

embriões 23, 24, 25
enriquecedora 77
estágios 10
esterilidade 17, 19, 20, 24, 58, 77, 78, 82
evolução 10, 12, 13, 17, 18
extrajudicial 38, 79

F

família 9, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 23, 34, 35, 36, 37, 38
fecundação 16, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 47, 48, 49, 52, 53, 55, 58, 60, 62, 65, 66
fertilização 17, 22, 23, 24, 25, 26
filiação 2, 8, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 22, 23, 24, 26, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 75, 78, 79, 80, 81, 82
fisiológicas 19, 77
fundamentais 28, 32, 35, 39, 51, 55, 63, 72, 73, 74
fundamental 14, 28, 31, 34, 35

G

genética 17, 18, 23, 24, 26, 38, 39, 44, 55, 56, 60, 66, 68, 77, 78, 79
genético 22, 23, 24, 60, 67, 79, 80, 81
genéticos 24, 32, 37, 80
geometricamente 21
gestação 8, 22, 24, 26, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82
gestacional 60, 66

H

heteróloga 14, 21, 23, 24, 26, 38
homóloga 21, 22, 23, 26

I

igualdade 13, 36, 37
inclusão 80
inconstitucionalidade 25, 85
indiscriminada 32, 84
infertilidade 19, 20, 59, 77
inovações 15, 16
inseminação 9, 14, 22, 23, 24, 26
institutos 9

instrumentalidade 39
instrumentalização 28, 43, 46, 78
instrumentalizar 14, 32, 48
instrumento 77

J

judicial 22, 38, 40, 52, 62, 79
jurídica 9, 13, 17, 21, 22, 24, 26, 32, 33, 34, 39, 41, 43, 47, 49, 51, 52, 56, 61, 62, 64, 72, 73, 79, 83
jurídico 14, 17, 18, 25, 26, 27, 32, 33, 39, 44, 50, 55, 57, 61, 62, 63, 64
jurídicos 9, 23, 34, 44, 53, 54
jurisprudência 40
jurista 67
justiça 28, 29, 30, 31

L

laboratório 8, 9
legislação 18, 25, 26, 27, 39, 43, 44, 45, 48, 50, 51, 56, 57, 61, 62, 64, 65, 75, 80, 82
legislações 35, 39, 41
legislador 35, 67, 72, 74, 76
legislar 40
legislativa 9, 18, 28, 40, 41, 48, 77, 83
legislativo 27, 39, 40, 44, 47, 50, 64
legislativos 40
legitimidade 64
lei 10, 25, 39, 40, 44, 50, 57, 62, 63, 67, 73, 74, 77, 80
leis 40, 56
liberdade 13, 33, 34
linhagem 16
lucrativa 42, 45, 46

M

maternidade 8, 9, 10, 16, 17, 23, 25, 26, 27, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82
matrimonial 18
matrimônio 14, 15, 22, 36
medicina 15, 16, 17, 19, 28, 32, 34, 35
medicina reprodutiva 15, 16, 17, 19, 28, 32, 34, 35, 39, 40, 45, 52, 54, 55, 75, 76, 78, 82
médicos 29, 30, 32, 54, 55, 57, 59
meio social 8, 31, 34, 39, 50
metamorfose 15
método 15, 25, 31

metodologia 51, 76
métodos 13, 18
microsistema 32
morfologia 17
morfológicas 20

N

normas 27, 28, 31, 32, 35, 44, 57, 72, 80
normativa 10, 15, 27, 31, 32, 34, 35, 47, 56, 63, 83, 84
normatização 32, 64
normatizações 27, 35
normatizem 39

O

operacionalidade 16, 25, 39, 43
ordenamento 2, 18, 25, 33

P

paradigmas 8, 37, 51, 53, 65
paradigmática 13
paternidade 13, 16, 17, 18, 20, 23, 32, 41, 52, 53, 62, 65
patriarca 12, 13
patriarcal 13
patriarcalista 12
patrimonial 12, 36
patrimonialistas 13, 18
patrimônio 12, 13
política 9
politicamente 77
prática 8, 10, 18, 24, 26, 27, 31, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 56, 57, 58, 61, 62, 64, 66, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85
práticas 10, 15, 17, 18, 28, 31, 39, 40, 43, 44
princípios 8, 10, 20, 28, 29, 30, 31, 32, 35
processo 12, 21, 24
procriação 8, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 31, 35, 38
propriedade 12
psicológica 20

R

relação sexual 13, 15, 22, 36
reprodução 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 49

reprodução artificial 16, 18, 21, 23, 24, 25, 37, 39, 53, 55, 59, 60, 64
reprodução humana 8, 12, 15, 16, 17, 19, 21, 24, 25, 26, 34, 35, 44, 52, 54, 55, 59
reprodutiva 9, 10, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 25, 28, 32, 34, 35
reprodutivas 20
reprodutoras 17, 20, 23, 24, 25, 26, 47, 48

S

serviços 29
sexual 9
sistema 5, 18, 25, 27, 39, 44, 64, 72
sociais 13, 27, 29, 31, 33, 39
social 8, 9, 12, 13, 14, 16, 19, 21, 26, 27, 29, 31, 33, 34, 36, 38
sociedade 8, 9, 12, 16, 17, 18, 20, 22, 27, 28, 29, 33, 34, 36, 37, 39, 44, 49, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 60, 62, 63, 73, 77, 78
socioafetiva 23, 52, 60, 66, 77, 80, 85
solidariedade 29, 31, 50, 56, 57, 64, 76
sustentabilidade 31

T

técnicas 8, 9, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 34, 35
terapêuticas 17
terapias 20
tratamento 14, 29, 32, 34, 37
tratamentos 30
tutela 9, 13, 52, 74, 77, 79



AYA EDITORA
2023