XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

MARIA APARECIDA ALKIMIN

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direitos dos animais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho, Maria Aparecida Alkimin – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-286-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS II

Apresentação

Este volume se inicia com o artigo denominado EVOLUÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS E A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA BIOÉTICA COMO GARANTIA DE RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA, de Daniele Weber da Silva (E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br), mestranda da UNISINOS/RS, que face à incerteza científica sobre os efeitos da nanotecnologia sobre a saúde humana o meio ambiente, propõe, a partir dos princípios da precaução e da responsabilidade de Hans Jonas, a proteção do bem-estar humano e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A professora Doutora Maria Aparecida Alkmin (E-mail: maalkmin@terra.com.br) coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, em coautoria com o professor Doutor Lino Rampazzo (E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br), em DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (TESTAMENTO VITAL): IMPLICAÇÕES ÉTICAS E JURÍDICAS DIANTE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, analisa as diretivas antecipadas de vontade (testamento vital) à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios da bioética, invocando os aspectos éticos disciplinados pelo Código de Ética Médica, envolvendo a Constituição Federal, o Código Civil, o Código de Ética Médica e a Resolução1995/2012 (CFM).

O artigo O DIREITO À MORTE DE PACIENTES ONCOLÓGICOS TERMINAIS, de Isadora Orbage de Brito Taquary, mestranda da UNICEUB/DF, analisa a processos de resiliência e o stress enfrentado pelos familiares dos pacientes terminais para ressaltar a autonomia de vontade do paciente em seu direito à uma morte digna.

Alexandra Clara Ferreira Faria, professora Doutora da PUC/MG, no artigo A DISPOSIÇÃO DO CORPO PARA PESQUISA CLÍNICA NO BRASIL – ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 200/2015 QUANTO AO MATERIAL BIOLÓGICO HUMANO, analisa a impossibilidade de patenteamento das amostras biológicas utilizadas em pesquisas clínicas, uma vez que o material genético é um direito personalíssimo e indisponível.

Em seguida, o professor Doutor Tagore Trajano de Almeida Silva, do programa de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes/SE, juntamente com o mestrando Renato Carlos Cruz Meneses, apresenta o artigo O ESPECISMO COMO ARGUMENTO FILOSÓFICO DA NÃO ACEITAÇÃO DO ANIMAL COMO SUJEITO DE DIREITOS, que propõe a

desconstrução do paradigma utilitarista - que concebe os animais e a natureza como simples objeto destituído de dignidade - para considerá-los como sujeitos de direito.

Caroline Silva Leandrini, mestranda do Programa de Pós-Graduação da UNIMAR/ Maringá /PR, que no artigo DO BEM-ESTAR DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS: RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA PLURIESPÉCIE E A GUARDA, analisa as possibilidade de garantir direitos aos animais domésticos em famílias pluriespécies onde ocorrem rupturas conjugais.

Em seguida, Luciana Ventura e Rubismark Saraiva Martins, mestrandos da UNICEUB/DF, em O NÃO ACOLHIMENTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE E PROTEÇÃO ANIMAL, examinam os limites da aplicação da reserva do possível para negar a implementação de políticas públicas ambientais e de proteção animal.

O professor Doutor Heron José de Santana Gordilho, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, juntamente com o professor Francisco José Garcia Figueiredo, da Universidade Federal da Paraíba, apresentam o artigo A VAQUEJADA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL, que analisa a prática da vaquejada a partir da ponderação do conflito entre os direitos fundamentais do meio ambiente e da livre manifestação cultural.

Fernanda Luiza Fontoura Medeiros professora Doutora da UNILASALLE/RS, juntamente com o mestrando Cássio Cibelli Rosa, apresentam o artigo A DIGNIDADE DA VIDA E A VEDAÇÃO DE CRUELDADE, que analisa o princípio da dignidade humana a partir da vedação constitucional de práticas cruéis contra os animais.

Em seguida, professoras doutoras Ana Stela Vieira Mendes Câmara e Gabrielle Bezerra Sales, da Faculdade de Direito do Centro Universitário Christus/CE, em OS LIMITES DA AUTONOMIA EXISTENCIAL E OS DEVERES JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DE PRESERVAÇÃO DA VIDA DE PESSOAS INCONSCIENTES, analisa a razoabilidade dos parâmetros que estabelecem limitações à autonomia individual tendo em vista a preservação da vida de pessoas em estado vegetativo persistente e a necessidade de heteronomia para a proteção de seus direitos.

A professora Doutora Janaína Reckziegel do PPGD da UNOESC, juntamente com a mestranda Fernanda Tofolo, em A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PESQUISAS

GENÉTICAS EM SERES HUMANOS E SUA CONSTANTE LUTA COM A DIGNIDADE HUMANA, analisa a dignidade humana como elemento fundamental no estabelecimento de limites éticos para a realização de pesquisas genéticas com seres humanos.

Vivian Martins Sgarbi, mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR, apresenta o artigo O USO DA FOSFOETALAMINA SINTÉTICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO BIODIREITO, que investiga, à luz dos princípios do biodireito, a legitimidade da Lei n. 13269/2016, que autoriza o uso da fosfoetalamina sintética por pacientes portadores de neoplasia maligna

Vivian do Carmo Bellezzia, mestranda da Faculdade de Direito da Universidade Dom Helder, em ORIGENS DA BIOÉTICA, investiga a origem histórica e científica da Bioética, ressaltando o seu marco histórico.

Beatriz de Lima Fernandes Gottardo, mestranda pela UNIPE, em seu artigo A EUTANÁSIA COMO LIBERDADE INDIVIDUAL, faz um estudo comparado da eutanásia nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã, mestranda em Direito pela UNIVEM, no artigo A PROTEÇAO JURÍDICA DO EMBRIÃO IN VITRO E O DIREITO À SAÚDE DOS PORTADORES DE ANOMALIAS, analisa a proteção jurídica dos embriões in vitro e o papel do Estado na regulação da utilização de embriões excedentes para a efetivação do direito à saúde através de meios políticos fraternos.

Tatiane Albuquerque de Oliveira Ferreira, mestranda em Direito pela FUMEC, em A POLÊMICA ANÁLISE SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS DAS MULHERES NO ESTADO BRASILEIRO, faz um estudo sistemático sobre a legalização do aborto à luz da doutrina nacional e internacional.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Maria Aparecida Alkmin - UNISAL

OS NOVOS PARADIGMAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA: A PROBLEMÁTICA DA FILIAÇÃO NA CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

THE NEW PARADIGM OF ASSISTED REPRODUCTION: THE ROLE OF THE SURROGATED MOTHERHOOD

Jose Geraldo Romanello Bueno [1]
Michely Vargas Delpupo [2]

Resumo

As técnicas de reprodução humana assistida ganharam grande destaque a nível mundial, possibilitando o surgimento de famílias por métodos artificiais e fornecendo aos casais com distúrbios na fertilidade a possibilidade de terem filhos que não os adotivos. Uma das técnicas de reprodução assistida é a maternidade de substituição, ou seja, um acordo no qual uma mulher gesta para um outro casal. O objetivo deste trabalho é esclarecer os principais conceitos decorrentes desta prática de reprodução assistida e analisar as normas pertinentes que tratam das questões de maternidade substitutiva em nosso ordenamento jurídico e na legislação estrangeira.

Palavras-chave: Maternidade substituta, Reprodução assistida heteróloga, Reprodução in vitro

Abstract/Resumen/Résumé

The assisted human reproduction techniques have gained great prominence worldwide, enabling the upcoming of families by artificial methods and providing couples with fertility disorders the ability to have children other than by adoption. One of the assisted reproductive techniques is through the surrogated motherhood. That is an agreement in which a woman conceives for another couple. The objective of this study is to clarify the key concepts that arises from this assisted reproductive practice and analyze the relevant rules that deals with the surrogate motherhood considering our legal system and also other countries' legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Surrogated motherhood, Heterologous assisted reproduction, In vitro reproduction

---

[1] Professor de Direito Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie Campus de Campinas e doutorando em Direito Civil na Universidade de São Paulo - USP.

[2] Professora de Direito Civil no Centro Universitário Adventista de São Paulo e doutoranda em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

INTRODUÇÃO

Várias formas de reprodução humana, diversa da sexuada, têm convergido para várias discussões, não só no âmbito médico e sociológico, mas também no que se refere a ética. Consequentemente essas questões vão ter conotação jurídica uma vez que haverá necessidade de regulação de condutas que dela decorrem.

A sociedade mundial vive as transformações sociais, técnicas e científicas que desenham novas conformações familiares e a construção internacional de estandartes éticos e morais de respeito aos direitos humanos. Deve-se adaptar a visão jurídica conferida pela Constituição Federal brasileira, para permitir que cada indivíduo tenha a liberdade e o direito de planejar, planificar e colocar em prática seu projeto pessoal de família.

Dentro desta necessidade de regulação de condutas, aquele que mais desperta interesse entre os doutrinadores de direito no âmbito do civil é o da filiação. Se antigamente o problema era apenas a quebra das presunções legais da paternidade, hoje decorre por exemplo de problemas gerados pela possibilidade de uma mesma criança ser disputada por três diferentes mães, como ocorre na maternidade de substituição – quando aquela que encomenda o bebê não entrega seu óvulo para fecundação, mas é utilizado gameta feminino de uma doadora, diversa da mulher que fornecerá seu útero para a gravidez.

Esta recente situação não encontra no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que a regule. Como estas técnicas reprodutivas têm sido realizadas em consultórios particulares, a intervenção estatal tem sido retardada, sob o equivocado pensamento que é suficiente a regulamentação ética realizada pelo Conselho Federal de Medicina.

De qualquer forma, não há mais como se postergar a interferência normativa desses atos, com o fito de se decidir a quem deva ser atribuída a maternidade no caso do gravidez de substituição.

Diante das técnicas de procriação assistida, pai e mãe serão aqueles que expressaram sua vontade de procriar e que tomaram as medidas necessárias para que sua vontade parental fosse projetada e realizada com a ajuda altruísta e desinteressada de uma *mãe gestacional*, podendo ocorrer ou não, a doação anônima de óvulo.

O presente trabalho divide-se em 7 capítulos, trazendo uma discussão inicial sobre a evolução da reprodução assistida no mundo até os dias atuais. A partir dessa discussão, em um segundo momento, exporemos dos tipos de inseminação artificial: homóloga, heteróloga e bisseminal. Em uma terceira etapa, trataremos sobre a fecundação *in vitro*. Destaque é dado no capítulo 4, quando abordaremos especificamente a "barriga de aluguel" ou seja as mães de

substituição ou gestação sub-rogada. Concluída essa abordagem, o capítulo 5 trata dos limites necessários à reprodução assistida. Em seguida, no capítulo 6 serão elencados os projetos de lei que um dia poderá tornar-se lei. Por fim, completando o trabalho, no capítulo 7 será exposta a legislação estrangeira sobre o tema proposto.

A metodologia deste trabalho foi estritamente a consulta bibliográfica de livros e revistas mais atuais disponíveis sobre o tema, tanto na legislação pátria quanto na estrangeira. Além da citada foi utilizado também a pesquisa de artigos publicados na internet.

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise crítica da legislação atual sobre o tema da reprodução assistida e gestação sub-rogada no Brasil e em alguns países europeus e na América do Norte.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As novas conquistas científicas, especialmente na área da medicina e da genética trouxeram profundas alterações no direito de família. Inicialmente, os mais antigos estudantes do direito foram acostumados a recitar brocardos jurídicos que indicavam, como se lei imutável fosse, que a mãe era sempre certa. Ao contrário, pai era aquele que as núpcias demonstravam (ALMEIDA, 2004, p. 118). Tudo foi alterado.

Um dos avanços biotecnológicos de nossa era possibilitou a procriação artificial, que se desenvolveu lentamente no passado, porém agora caminha a passos largos, ultrapassando em curto período de tempo um método que logo é substituído por outro.

As técnicas de inseminação artificial, foram aplicadas no século XIV em animais, pelos árabes para a reprodução de cavalos de raça e a melhoria de seus plantéis (SCARPARO, 1991, p. 89).

Até o século XV a esterilidade era considerada apenas um problema feminino, não se admitindo o homem ser estéril. Isto só ocorreu no século XVII. No século XVIII houve a primeira experiência com a inseminação artificial humana, com o inglês John Hunter, que usou a esposa de um comerciante de linho em Londres como cobaia. Vários foram os conflitos em relação a esta técnica, como por exemplo, que a inseminação retiraria o prazer sexual na procriação e para a realizar a inseminação, necessário seria a masturbação, prática considerada ilícita pela igreja católica no século XIX.

Foi somente no século XIX que os cientistas concluíram que a fecundação se dava pela união do espermatozóide com o óvulo após a relação sexual, e que o gameta fecundado dava a origem ao ser humano.

Apenas em 1953, Smith conseguiu o congelamento de embriões na fase de pré-implantação, não se importando com os limites morais, religiosos e científicos da época.

No ano de 1945 foram registrados mais de 25.000 nascimentos por inseminação artificial e ainda neste ano de 1945, descobriu-se a criopreservação de espermatozoides em nitrogênio líquido a menos 196° C.

Após esta fase experimental em 1984 a Sociedade Americana de Fertilidade, apresentou relatórios válidos sobre a fertilização “in vitro” considerado ético e utilizado em casos de esterilidade. A partir de então a reprodução humana assistida vem sendo realizada, no mundo, cobrando-se o valor tabelado de US$ 20.000,00 (US$ 10.000,00 para a mãe que cedeu seu útero, US$ 6.000,00 para o advogado cuidar do respectivo processo e US$ 4.000,00 para o trabalho médico) (AZEVEDO, 2009, p. 1).

No Brasil o primeiro bebê de proveta chamou Ana Paula e nasceu em 07.10.1984. Os pioneiros da fertilização *in vitro* aqui no Brasil foram o Prof. Dr. Nilson Donadio da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo em 1984, onde seus resultados foram discutidos em um Simpósio de Reprodução Humana em São Paulo e também o Dr. Milton Nakamura, também de São Paulo; ambos falecidos (DONADIO; DONADIO; CAVAGNA, 2010, p. 257).

Nos anos 90 foi a década da reprodução assistida no Brasil. A maioria das 130 clínicas existentes no país surgiram nesta década. Em 1993 foram tentadas 300 tentativas de fertilização artificial.

2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A palavra *Inseminare* é derivada do latim, que significa semente, origem e fonte. Artificial também é palavra derivada do latim e que significa feito com arte. Inseminação artificial é a fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula. É a introdução de sêmen diretamente no útero da mulher. Através desta técnica nem sempre ocorre a fecundação. Também é denominada concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida. Foi a primeira técnica que existiu como forma de inseminação artificial.

A inseminação artificial pode ser:

A) Homóloga – Consiste na utilização dos espermatozoides do marido ou companheiro, colhido através de masturbação, e introduzidos no útero da mulher. É utilizada quando há hostilidade do muco cervical, oligospermia, retroejaculação, hipofertilidade, perturbações nas relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante.

B) Heteróloga – Consiste na introdução do sêmen doados fértil; contudo, não do marido ou companheiro, no útero da mulher, e para essa técnica é necessário o consentimento do casal. É indicada em casos graves de esterilidade masculina irreversível por ausência completa de espermatozoides ou nos casos de insuficiência espermática. O anonimato da identidade do doador é sempre preservada, havendo identificação de seu porte físico, bem como características morfológicas como grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos.

Jorge Fujita considera que o filho originário de reprodução assistida heteróloga tem o direito de conhecer o doador anônimos do sêmen ou a doadora anônima do óvulo, sem que isso prejudique a relação com seus pais socioafetivos, porquanto talhada essa convivência

diuturnamente no respeito, no amor e no afeto não haveria, portanto, temor por parte dos pais socioafetivos em revelar que se submeteram à reprodução heteróloga, tampouco em pensar que o acesso à identidade civil do doador comprometeria o papel de pai ou mãe desenvolvido desde a gestação (FUGITA, 2009, p. 69).

C) Bisseminal – Consiste no emprego de sêmen de duas pessoas distintas, devido a oligospermia (diminuição do número de espermatozoides do marido ou do companheiro). Nesta situação mistura-se o sêmen do doador anônimo ao do marido.

Na inseminação artificial primeiramente é obtido o espermatozoide do marido, companheiro ou doador o qual é observado ao microscópio para a contagem do número de espermatozoides, além de ser verificada a mobilidade, motilidade e a porcentagem de normais. Após são criocongelados a -196°C e estes poderão ser estocados até 20 anos.

Realiza-se a inseminação através do depósito do esperma dentro da vagina (intravaginal), em volta ou dentro do colo (intracervical) ou dentro do útero (intrauterina – hoje é o mais prevalente) ou dentro do abdômen.

3. A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* (FIV)

A fertilização *in vitro* consiste na retirada do óvulo do ovário hiperestimulado através de uma agulha guiada por ultrassonografia através do fundo de saco de Douglas (fundo da vagina), estando a mulher em posição ginecológica. Retirado o óvulo este será fecundado por apenas um espermatozoide que é escolhido entre aqueles com boa aparência e boa motilidade.

Após a fecundação quando o embrião atinge cerca de 128 células este é transferido ao útero da mulher ou de outra, através de uma sonda via vaginal.

No ano 1947, Chang conseguiu transferir um ovo fertilizado e congelado entre 5 e 10 graus. No ano de 1953, Smith fez congelamento de embriões na fase de pré-implantação, quando comprovou que o congelamento é possível, com o desenvolvimento do ovo de mamíferos.

A partir de 1971 surge a ideia de um tratamento hormonal para a obtenção de mais de um óvulo, o que representou um progresso na fertilização *in vitro*, pois havia agora uma maior possibilidade de óvulos fertilizados.

3.1 A técnica da fertilização *in vitro*

A reprodução *in vivo* é reproduzida artificialmente numa placa de Petri. O ambiente das trompas de Falópio foi conseguido ser reproduzido em laboratório. As indicações de utilização da fertilização *in vitro* são fator masculino (oligospermia, astenospermia,

oligoastenospermia e azoospermia) e fator feminino (obstrução tubárica bilateral das trompas, endometriose graus III e IV, esterilidade sem causa aparente, ausência de útero, muco endocervical hostil, anomalia uterina, idade avançada, pobre resposta ao estímulo ovariano, sucessivas falhas em ciclo prévios de fertilização *in vitro*, abortos de repetição de causa desconhecida, etc.).

Para se realizar a referida FIV é necessário verificar as condições da cavidade uterina e a possiblidade da recepção e implante do embrião (necessário portanto também fazer uma histeroscopia – óptica que visualiza a cavidade uterina), bem como verificar os hormônios sérico da paciente para saber que está apta a ovular.

A mulher é hiperestimulada com medicação apropriada e em seguida os óvulos são captados por sonda vaginal guiada por ultrassom através do fundo de Saco de Douglas (fundo vaginal). Uma vez captados e fertilizados serão então transferidos para o útero da mulher em número máximo de três embriões como determina o Conselho Federal de Medicina. Isto para se evitar gestações com mais de três fetos o que poderia expor a qualidade de vida da mulher receptora.

A hiperestimulação não está isenta de complicações. Pode trazer complicações para a mulher que produz os óvulos hiperestimulados (como risco de superovulação, ascite, anemia e insuficiência cardíaca), bem como para quem recebe estes embriões.

Devido a hiperestimulação e transferência de até três embriões é possível a gravidez múltipla. Isto em geral ocasiona nascimento de múltiplas crianças, de baixo peso e risco de imaturidade pulmonar.

3.2 Congelamento de embriões

Não existe limite biológico e tempo para o congelamento de embriões. Uma vez congelados apenas metade deles sobrevivem ao processo de congelamento e descongelamento. Há estudos para a melhoria desta técnica. Quanto ao descarte de embriões, a resolução No. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM) proíbe o descarte ou destruição de pré-embriões criopreservados; contudo, dispõe a mesma resolução que será necessário aprofundar estudos sobre a necessidade de atualização das referida norma.

A referida resolução do CFM 1.358/92 Conselho Federal de Medicina ainda dispõe: a) as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões; b) o número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos querem transferir, devendo o excedente ser

criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído; c) no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou ambos, e quando desejam doá-los.

4. MÃES DE SUBSTITUIÇÃO OU *BARRIGA DE ALUGUEL*

É a cessão temporária de um útero devido a mulher ou o casal não conseguir levar a termo uma gravidez. Neste diapasão esta mulher ou casal procura a solução na mãe substituta.

As principais causas da busca desta solução é devido a ausência do útero (congênita – Ex: Síndrome de Roktanski) ou adquirida (histerectomia – Ex: Câncer de ovário em idade jovem – onde se faz a pan-histerectomia com criopreservação do ovário contralateral sadio), insuficiência renal grave ou diabetes insulino-dependente grave e mioma uterino de grandes proporções em mulher de idade jovem onde é necessário realizar a histerectomia total.

Outro motivo são os casais que beiram os 50 anos e não mais podem ter filhos naturalmente, então procuram a inseminação artificial para obter um filho e de preferência utilizando-se da mulher substituta e da mãe portadora.

A mãe portadora é a que irá gerar a criança que foi concebida *in vitro*. A mãe substituta é aquela que ao mesmo tempo é genitora e gestante, em virtude de ter cedido seus óvulos. A mãe portadora é a que apenas empresta o útero para que o embrião que foi fecundado *in vitro* possa ser gerado em seu corpo.

A mãe substituta além de estar gerando o filho encomendado, por outro casal é biologicamente a mãe da criança que está gerando, além de gestante, cedeu seu óvulo, tornando-se mãe biológica. Quando do nascimento da criança, deverá a mãe de substituição, entregar a criança ao casal.

Contudo, é comum o arrependimento da mãe substituta, quando do nascimento da criança por esse motivo existe norma ética estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina de que a mãe de substituição seja uma mulher que pertença a família da mãe genética/social, em parentesco até segundo grau. Não havendo parentesco a utilização do útero só se faz mediante autorização do próprio Conselho.

Outro caso que pode ocorrer é quando o embrião é implantado em terceira mulher. Ou seja, passa a figurar nesta inseminação a doadora do óvulo, a mulher que busca a inseminação, mas não tendo óvulo, e nem possibilidade de gestar o feto, é chamada de mãe portadora.

Pode ocorrer caso em que o embrião seja implantado em terceira mulher, ou seja, a doadora do óvulo, a mulher que busca a inseminação, mas não tendo óvulo, em também não tem possibilidade de gestar o feto e a mãe portadora. Além deste caso, pode ocorrer também a impossibilidade da gravidez da mulher e o homem não ter possibilidade de doar o espermatozoide, tendo que buscar um espermatozoide doador, ocorrendo assim a utilização de uma mulher para ser a portadora ou substituta, a doação de espermatozoides por um outro homem.

Nosso ordenamento jurídico não acompanha o ritmo dos progressos decorrentes da ciência e por ser a técnica de reprodução assistida relativamente recente, a maternidade de substituição não tem lei específica no Brasil, seja para proibir ou para regrar seu uso, o que é um desafio para o operador do direito.

4.1 O contrato de gestação

Alguns autores defendem que o objeto do contrato é pessoa, portanto, nulo. Outros autores entendem que o pacto da gestação é completamente legal, expondo quais requisitos o contrato deve seguir para que possa ser considerado válido juridicamente.

Grande parte da doutrina entende que o pacto firmado objetivando o contrato do útero é ilícito e, assim, não possui qualquer validade jurídica. O objeto perseguido na maternidade de substituição é a concepção e futura entrega de um ser humano. A vida humana de acordo como artigo quinto da Constituição Federal é um bem indisponível e inviolável. A vida humana é um pressuposto absoluto da dignidade humana e não pode, portanto, ser comercializada (AGUIAR, 2005, p. 112).

Importante que a maternidade de substituição seja regulada considerando o caráter altruísta, para se evitar uma possível exploração econômica de mulheres carentes para que não se tornem meros objetos ao “alugarem” seus úteros, mas que sejam auxiliares na criação da vida humana, conduta esta que não pode ser quantificada em valor pecuniário.

Este é o motivo da ilicitude do contrato gestacional, uma vez que o objeto deste contrato seria o nascituro gerado pela mãe substituta, não obedecendo uma das condições para a validade do contrato que é o objeto lícito.

A resolução No. 1.957 do Conselho Federal de Medicina (CFM) proíbe o caráter lucrativo ou comercial da gestação por mãe substituta, embora a modalidade seja mais conhecida como *barriga de aluguel*. Estipulou também o CFM devam as doadoras do útero pertencer à doadora do material genético, em vínculo parental até o segundo grau, e que a

doação temporária do útero se faça de forma gratuita (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2011, p. 1).

Os conflitos de maternidade desaparecem na sub-rogação de úteros que, como no Brasil, não respondem por fins lucrativos, baseando-se no princípio da solidariedade familiar e afetiva. A procriação se encontra integrada por três diferentes aspectos (FAMÁ, 2009, p. 58): a) vontade da união sexual; b) a vontade procriacional e, fundamentalmente, c) a responsabilidade procracional.

Segundo o Prof. Dr. Álvaro Villaça de Azevedo, além da permissão do Conselho Federal de Medicina da utilização da gravidez de substituição, da não remuneração para gestar filho alheio, deve existir autorização de ambos os cônjuges ou coniventes, nessa cessão temporária do útero.

5. OS LIMITES NECESSÁRIOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Muitas são as questões suscitadas no que diz respeito à ética da ciência, quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução assistida possibilita a procriação e não o problema da esterilidade. Portanto, resta saber se existe possibilidade de se ter um filho, sem que outros valores sejam comprometidos como direitos fundamentais do ser humano, como a vida e a liberdade.

São questões que envolvem o direito da personalidade, estado civil, direito de família e outros aspectos do direito, sobre os quais ainda não se tem resposta legal para resolver.

O que se estabelecer quando do nascimento da criança no que diz respeito ao seu registro? A lei civil entende o parto, o momento em que se estabelece a maternidade, e no que diz respeito a presunção de paternidade, se no caso, a mãe de aluguel for casada e o marido não tiver participado em nada desta gravidez?

O que na verdade de concreto sobre essa forma de concepção e gestação, poderá trazer de positivo à criança? O que psicologicamente receberá a pessoa que foi concebida através de tantas técnicas envolvidas?

O direito aliado à bioética e ao biodireito poderá encontrar esse caminho concomitantemente aos avanços da biologia? Ao mundo jurídico existe um dilema, conter a ciência ou aumentar o número de leis para abarcar os casos concretos que surgem a cada dia.

Devemos respeito aos princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º., III), da responsabilidade (art. 226, § 7º.), da intimidade (art.5º, X) e do direito à saúde (art. 196). O direito ao planejamento familiar, conforme assegurado pela Constituição (226, § 7º.) e pela lei

no. 9.263/96, impõe ao Estado a disponibilização de recurso para utilização de técnicas de reprodução humana assistida.

Na filiação materna derivada do uso de fecundação extracorpórea deve ser considerada para a sua determinação, quem teve a vontade de ter a criança e de assumir a função materna e se surgir algum litígio entre a mãe gestante e aqueles que contrataram com ela, o caso deverá ser resolvido considerando suas particularidades e do superior interesse da criança e, portanto, não importa tanto a verdade biológica, mas muito mais o conjunto de verdades que construíram e irão construir a personalidade estática e dinâmica da criança no transcurso de sua vida, buscando o julgador a harmonia dos interesses do infante vinculada aos interesses familiar (MADALENO, 2011, p. 516).

Com a utilização da técnica de útero de substituição a verdade jurídica da presunção *mater semper certa est* deixou de ser absoluta, para admitir a dúvida entre a parturiente e a mãe intencional, independente de ter contribuído com seu óvulo (FREIRE DE SÁ, 2005, p. 42).

A formação de uma família ingressa no campo do direito fundamental da pessoa humana e de seu projeto parental, tanto que o planejamento familiar está inserido no parágrafo sétimo do artigo 226 da Constituição Federal.

6. PROJETOS DE LEI

A resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM n. 1.358/92) assegura o sigilo dos procedimentos e a não comercialização do corpo humano e de gametas. Prevê também o consentimento informado nos casos de fertilização *in vitro*, a limitação do número de receptores por doação, delimita um prazo máximo para o desenvolvimento do embrião fora do corpo, proíbe a redução e o descarte de embriões, a geração dos embriões pela própria doadora ou mediante cessão, autoriza a doação temporária do útero entre mulheres, ou gestação substituta (desde que possuam grau de parentesco até o segundo grau), e concede a fertilização *in vitro* em mulheres solteiras.

O Projeto de Lei n. 54/02, de autoria do Deputado Luiz Moreira, tem a intenção de transformar a Resolução do CFM em lei.

Já o Projeto de Lei n. 2.855/97, de autoria do Deputado Confúcio Moura não prevê a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro para a utilização da técnica. Prevê a criopreservação dos embriões por 5 anos. Quanto a gestação substituta estabelece a necessidade de aprovação da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida quando a

mãe possuir parentesco até o quarto grau com a doadora. Prevê também a inseminação *post morten*, sendo vedado o reconhecimento da paternidade.

Além disso, o Projeto de Lei n. 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, prevê que os procedimentos podem ser utilizados por mulheres casadas, união estável, bem como pelas solteiras. Permite a maternidade de substituição.

No que se refere à gestação substituta, estabelece a necessidade da aprovação da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida quando a mãe possuir parentesco até o quarto grau com a doadora.

7. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Na Argentina é inadmissível o instituto da maternidade de substituição, em face do artigo 953 do C.C, onde são objeto de negócios jurídicos apenas bens disponíveis ou possíveis de comércio (ALMEIDA, 2010, p. 118).

A Austrália foi o primeiro país do mundo a regulamentar os procedimentos relativos a reprodução assistida em 1984. Os contratos de locação de úteros são proibidos como também qualquer oferta de serviços de mães substitutas (ALMEIDA, 2010, p. 119)

Já na Alemanha é proibida a mediação de mães de aluguel ou substitutivas (§§ 13c, 13d, *Adverm G*) e a transferência de óvulos estranhos não fecundados ou de um embrião. A maternidade da mãe substituta está aqui definida, porque ela é tanto mãe genética como mãe parturiente. Na legislação atual, a criança não pode tornar-se objeto de litígio entre diferentes mulheres (ALMEIDA, 2010, p. 119).

E, no Canadá, somente os Estados de Yukon (1984) e Quebec é que dispõem de legislação específica com relação a inseminação artificial. Com relação a locação do útero, foi sugerido que deva ser regulamentada em lei, criando comitês específicos para supervisionar os acordos daí decorrentes. O Código Civil de Quebec nos artigos 586 e 588 dispõe ser terminantemente proibida a impugnação de paternidade por parte do marido que consente na inseminação artificial da sua mulher. É proibido qualquer pagamento a mãe substituta (ALMEIDA, 2010, p. 120).

Ademais, na Espanha a lei contempla os casais unidos formal e informalmente, permitindo a utilização de qualquer uma das técnicas por mulher não vinculada, formal ou informalmente, a outra pessoa. Contudo, é proibida a gravidez de substituição. Esta conduta é considerada crime, e enseja pena pecuniária e detenção (SOARES, 2009, p. 150).

Entretanto, nos países como Grécia e Índia, não regulamentam a prática, portanto facilita o uso indiscriminado do método. A diferença principal é que na Grécia é proibido o pagamento a mãe que se envolve em gravidez de substituição, enquanto na Índia, é permitido pagar a mãe substituta (CASTRO, 2014, p. 1).

Em Portugal é proibida a gravidez de substituição. Esta conduta é considerada crime, e enseja pena pecuniária e detenção (ALMEIDA, 2010, p. 129). Entretanto, caso ocorra a gestação por substituição, a mulher que gestou a criança será considerada mãe para todos os efeitos legais (SCALQUETE, 2015, p. 84).

O acordo gestacional homologado judicialmente é utilizado nos EUA, conforme instituiu o *Uniform Parantage Act*, datado do ano de 2000. Nesse ato uniforme todos os procedimentos são determinados a fim de proteger os interesses da criança que nascer do acordo celebrado, bem como os interesses da mãe gestacional e futuros pais da criança (SCALQUETE, 2015, p. 84).

A previsão de um acordo celebrado judicialmente, nos parece a melhor solução para garantir a segurança que se espera de um procedimento médico que contará com um ato de generosidade de uma mulher que auxiliará um casal e sua intenção de ter filhos, afastando, de plano, qualquer dificuldade para o registro da criança após o nascimento e eventual problema quanto a determinação legal da paternidade/maternidade (SCALQUETE, 2015, p. 84).

Embora nos Estados Unidos, seja permitida a fixação de um valor a ser pago à mulher que se dispõe a gestar o bebê (Seção 801, alínea *e*), a maternidade de substituição provoca consequências ao vinculo de filiação, ou seja, se o marido consentir com a inseminação heteróloga, não poderá negar essa paternidade. Na maternidade de substituição a mulher que dá à luz é a mãe da criança e o casal solicitante deverá adotar a criança nascida, regularizando assim a filiação. Considera a maternidade de substituição um negócio jurídico de natureza contratual (ALMEIDA, 2010, p. 126.)

O Reino Unido não regulamenta a prática, portanto facilita o uso indiscriminado do método. É proibido o pagamento a mãe que se envolve em gravidez de substituição (CASTRO, 2014, p. 1).

Os primeiros casos de inseminação assistida heteróloga nos países nórdicos da Europa se deram na Suécia. As leis suecas de 1984 (inseminação artificial) e a de 1988 sobre fertilização *in vitro* exigem a união estável, sendo vedada a inseminação de mulher que viva só ou com pessoa do mesmo sexo (ALMEIDA, 2010, p. 121).

Este a Tailândia não regulamenta a prática, portanto facilita o uso indiscriminado do método. É proibido o pagamento a mãe que envolva a gravidez de substituição (CASTRO, 2014, p. 1).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção na reprodução humana através da ciência e da tecnologia é ética e moralmente admissível em nosso país, uma vez que se respeite os valores fundamentais do ser humano, a unidade familiar e a licitude dos meios e fins.

A reprodução assistida ainda tem muito que ser analisada e ponderada. Apesar dos Projetos de Lei apresentados pelo Senado Federal não abranger todas as hipóteses é preferível este do que não termos nenhuma legislação sobre a matéria.

Diante da omissão legislativa o Poder Judiciário tem que decidir as questões que são lhe são submetidas e infelizmente nem sempre o que temos de parâmetro é suficiente para se dar uma decisão que seja segura e justa.

Enquanto no Brasil o poder legislativo se mantiver lacunoso quanto ao debate sobre o tema, é de se reconhecer a força deontológica da Resolução nº 2013 do Conselho Federal de Medicina, pois é um guia da boa prática médica, porém é insuficiente para limitar o egoísmo humano.

No âmbito internacional nota-se que não está pacificado o melhor caminho quando se trata de reprodução assistida. Alguns países mais liberais aceitam até a gravidez de substituição, enquanto outros até criminalizam a reprodução assistida.

Devemos nos posicionar com relação aos direitos que a pessoa tem com relação a reprodução assistida. Se formos favoráveis à inseminação artificial, necessário se faz permitir que todas as pessoas tenham acesso a esta técnica, inclusive casais de baixa renda, colocando o Sistema Único de Saúde nessa discussão a qual ele deverá participar.

Quanto a gravidez de substituição não há ainda em nosso ordenamento jurídico uma regulamentação normativa, o que vale dizer que os casais deverão constituir advogados para solucionar os conflitos, que serão julgados por juízes de direito, norteados pelos princípios do direito, ética e boa-fé para determinar a lavratura do assento de nascimento, tomando por base os fatores biológicos ou sócio-afetivos.

O Conselho Federal de Medicina em sua Resolução 1957/2010, com edição em janeiro do ano de 2011, permite a utilização da gravidez de substituição mas não aceita seu uso comercial e só permite que ela seja feita quando a mulher que gera o filho tenha algum parentesco com o pai ou com a mãe da criança. A permissão foi ampliada para os parentes de até o quarto grau – tias e primas (antes somente para parentes até o segundo grau) que poderão “emprestar” o útero para este fim.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Fernando; SANCHEZ-CARO, Javier. **Bioética y ley en reproducción humana asistida: manual de casos clínicos.** Granada: Comares, 2009.

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Novas questões do direito de família.** Piracicaba: Cadernos de direito.

ALMEIDA, Odete Neubauer. **Limitações à reprodução assistida:** a mercantilização da espécie humana. Regras do biodireito e da bioética. A necessidade de legislação específica. 2010. 201 fls. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós-Graduação em Direito (Direito do Estado), São Paulo, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Barriga de aluguel:** inadmissibilidade. 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/barriga-de-aluguel-inadmissibilidade/4993>. Acessado em: 10 abr. 2016.

CASTRO, Carolina Corlleto. **Maternidade de substituição no direito comparado e no direito brasileiro.** 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28977>. Acessado em: 10 abr. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.957/2010**. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

DONADIO, Nilka Fernandes; DONADIO, Nilson; CAVAGNA, Mário. Ovodoação. In: **Tratado de reprodução assistida.** DIZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mário e AMARAL, Waldemar Naves (Org.). São Paulo: Segmento Farma, 2010.

FAMÁ, Maria Victoria. **La filiación, regimen constitucional, civil y procesal**. Buenos Aires: Abeledo Pierrot, 2009.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia.** Belo Horizonte: Mandamento, 2005.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação.** São Paulo: 2009.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Reprodução humana – reprodução assistida, fertilização *in* vitro, inseminação artificial e direitos reprodutivos à luz do direito. GIMENEZ, Antonio Cantero; BATISTA, Juliana dos Santos; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ROCHA, Renata (editores). In: **Dilemas acerca da vida humana:** interfaces entre a bioética e o biodireito. São Paulo: Editora Atheneu, 2015, (série Hospital do Coração-HCor).

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Freitas Dabus; REGO, Adriana Caldas do. **Curso de direito de família.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REGO, Adriana Caldas do; MALUF, Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida:** questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SOARES, Guilherme de Macedo. **Consequências jurídicas da inseminação homóloga e heteróloga**. 2009. fls. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2009.