VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

VALMIR CÉSAR POZZETTI

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal 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 direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Nuno Manuel Pinto Oliveira; Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-463-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Biodiversidade. 3. Avanços tecnológicos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

A obra representa a reunião de artigos amplamente discutidos numa agradável tarde de verão, na Universidade do Minho, em Braga, Portugal, por ocasião do VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

As discussões coordenadas pelos signatários abrangeram temas ecléticos, externados nos textos que fazem parte da obra, e que compuseram a essência do Grupo Temático Biodireito e Direito dos Animais.

A leitura dos artigos, tamanha a envergadura dos temas e a apresentação deles, dará ao leitor a certeza de que os desafios impostos nos assuntos abordados foram enfrentados de forma altaneira, coerente e rica por seus autores.

Vejamos, pois:

No trabalho “a cobrança da taxa de disponibilidade obstétrica e os direitos da paciente”, a autora Maria dos Remédios de Lima Barbosa enfrentou a questão da cobrança da taxa da disponibilidade obstétrica à luz do direito constitucional à saúde e do Código de Ética Médica, não se furtando, ainda, à questão atual da realização de partos com intervenção cirúrgica, mesmo quando o parto, chamado natural, seria condizente ao caso.

No texto “atuação da economia comportamental nas questões reprodutivas: nudges como uma possibilidade para a conscientização do aborto”, a autora Cláudia Ribeiro Pereira Nunes destacou, no âmbito de uma pesquisa empírica realizada com um corpo eclético de entrevistados, a importância da educação reprodutiva para fins de conscientização de todos sobre a questão do aborto, destacando que não basta entoar apenas a órbita da licitude ou ilicitude da prática, mas o verdadeiro conhecimento do tema, independentemente da classe social a que pertença a pessoa.

O autor português João Proença Xavier apresentou o artigo “direitos humanos e bioética - reprodução assistida: inseminação e fertilização artificial” abordando as causas da infertilidade e as técnicas de combate a ela sob a ótica dos direitos humanos. A discussão sobre o tema foi sequenciada pela apresentação de Beatriz de Lima Fernandes Gottardo, que

destacou, no texto intitulado “uma busca entre a liberdade e a dignidade: gestação por substituição e os aspectos jurídicos no direito brasileiro”, as técnicas homólogas e heterólogas de reprodução humana assistida e aspectos pertinentes do assunto nos ordenamentos brasileiro e português. O tema também foi tratado por Mariana Schafhauser Boçon, no texto intitulado “a regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal”, trabalho esse que trouxe à tona a inexistência da regulamentação da questão no Brasil sob a ótica legislativa ao contrário do que ocorre em Portugal.

A sequência dos trabalhos ficou a cargo de dois textos condizentes ao direito dos animais. A autora Carla de Abreu Medeiros, no texto intitulado “os animais como sujeitos de direito: rompendo com a tradição antropocêntrica do direito civil” e a autora Fernanda Ferreira dos Santos Silva, no texto “xenotransplantes: a ponderação entre o direito fundamental à vida x a necessária proteção da dignidade animal”, destacaram a necessidade do trato dos animais como verdadeiros sujeitos de direitos, principalmente à vida e à dignidade, bem como a inexistência de um arcabouço normativo pleno em prol da tutela animal.

Noutra vertente, Caio Eduardo Costa Cazelatto e Valéria Silva Galdino Cardin, na obra “das restrições à liberdade de expressão frente à violação dos direitos das minorias sexuais pelo discurso de ódio”, entoaram a relatividade de direitos fundamentais, mormente quando exercidos de forma abusiva, em prejuízo das minorias, com flagrante violação à dignidade da pessoa humana e à liberdade de escolha sexual.

Por fim, Valmir César Possetti, no texto “lei de biossegurança e as controvérsias sobre o início da vida”, e Mariana Carolina Lemes, no trabalho intitulado “pacientes terminais e cuidados paliativos: terminalidade da vida, autodeterminação e limites da intervenção estatal” trataram do início e do final da vida, enaltecendo questões práticas condizentes ao trato legal, jurisprudencial e religioso acerca do assunto.

É claro que, em sede de apresentação, não há como tratar dos textos com a profundidade que a leitura deles proporcionará. Trata-se apenas de um singelo convite para que o leitor possa observar a atualidade, a riqueza e a importância dos temas e, assim, motivar-se ainda mais à apreciação e deleite dos mesmos.

Tenham todos uma aprazível leitura, o que por certo ocorrerá!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Prof. Dr. Nuno Oliveira

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UMA BUSCA ENTRE A LIBERDADE E A DIGNIDADE: GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E OS ASPECTOS JURÍDICOS NO DIREITO BRASILEIRO

A SEARCH BETWEEN FREEDOM AND DIGNITY: PREGNANCY FOR REPLACEMENT AND LEGAL ASPECTS IN THE BRAZILIAN LAW

Beatriz de lima Fernandes Gottardo [1]
Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena [2]

Resumo

No estudo analisamos a maternidade por substituição e os seus aspectos jurídicos no direito brasileiro, fazendo um contraponto entre o direito a liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana como meios para alcançar o direito a maternidade.Assim,conceituamos a gestação por substituição para em seguida falarmos sobre os princípios constitucionais, o direito à sexualidade e a reprodução e por fim trazer os aspectos terminológicos que envolvem a maternidade para assim esclarecer a pergunta: como identificaríamos a luz do direito pátrio à filiação fruto da gestação por substituição?

Palavras-chave: Gestação por substituição, Direitos fundamentais, Dignidade da pessoa humana, Reprodução humana assistida

Abstract/Resumen/Résumé

In the study we analyzed maternity by substitution and its legal aspects in Brazilian law, making a counterpoint between the right to freedom and the principle of the dignity of the human person as a means to achieve the right to maternity. Thus, we conceptualized gestation by substitution for Then we talk about the constitutional principles, the right to sexuality and reproduction and finally bring the terminological aspects that involve motherhood in order to clarify the question: how would we identify the light of the country's right to sonship as a result of gestation by substitution?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Surrogacy, Fundamental rights, Freedom, Dignity of the human person

[1] Graduação Direito FDUC- Coimbra, Especialização em Direitos Humanos e em Direito Biomédico FDUC-Coimbra, Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável - UNIPÊ

[2] Graduação em Direito, Especialização em Direitos Humanos e Mestrado em Direito Civil - FDUC Coimbra, Doutoranda em Direito Internacional FDUL

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

No âmbito do direito, em especial, no direito de família e no direito biomédico vivemos em uma constante mudança social e científica que, por conseguinte, permite que a construção das leis e as decisões dos tribunais estejam sempre em mutação, para acompanhar o avançar dos nossos dias. Respeitando essas mudanças na estrutura social atual, afirmaremos que o afeto deve ser o centro das relações familiares para, dessa maneira, trazermos à discussão a gestação por substituição como um meio possível para casais inférteis obterem a sonhada maternidade/paternidade.

A gestação por substituição expressa o estudo sobre o acordo pelo qual uma mulher se vincula a gerar e a dar a luz a um filho e entregá-lo a terceiros, renunciando a todos os seus direitos sobre essa criança, inclusive o direito de ser sua mãe. Esse não é um fenômeno novo, porém existem novas formas de concepção, que antes tinha sua origem no ato sexual, e atualmente se pode dar por técnicas de reprodução humana assistida. Dessa forma, para o direito torna-se um fenômeno novo e, por isso ainda escasso no tocante das normas que o regulam bem como das jurisprudências acerca do assunto em questão.

No presente trabalho abordamos a gestação por substituição, no qual procuramos estudar os seus aspectos e as suas possibilidades no contexto jurídico brasileiro, tentando esclarecer as questões práticas que rodeiam o tema como a pergunta norteadora de nossa pesquisa: como definir o vínculo parental nas questões que envolvem a gestação por substituição? São possíveis múltiplas relações de parentesco?

É importante dizer que, na ausência da lei que regule essa matéria, o judiciário recorre a uma Resolução (2.121/15) do Conselho Federal de Medicina, para fundamentar suas decisões.

O desejo de responder à questão foi a base, para assumir, como objetivo geral, analisar a presença dos aspectos jurídicos sobre a gestação por substituição no direito brasileiro, e, por objetivo específico, conhecer a luz do direito pátrio a filiação fruto da gestação por substituição.

A metodologia escolhida para o desenvolvimento do estudo foi a pesquisa documental através do método dedutivo analítico bem como da jurisprudências dos tribunais nacionais e das cortes internacionais, baseando-se na Constituição Federal de 1988, na legislação infraconstitucional brasileira, nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina bem como na

legislação internacional, através de tratados internacionais e de tratados de direitos humanos.

Nas linhas que seguem o estudo, após as notas introdutórias, procuramos situar o leitor nos aspectos gerais que envolvem a gestação por substituição, e introduzir os princípios constitucionais que são aplicáveis à reprodução humana assistida e ao direito à sexualidade e a reprodução no contexto aplicável a reprodução assistida. Posteriormente esclarecemos o que vem a ser a reprodução humana assistida em si através de suas técnicas, a homóloga e a heteróloga para enfim tratarmos da maternidade gestacional e da maternidade genética, do direito ao conhecimento genético, da filiação e seus aspectos jurídicos na reprodução assistida, para tentar elucidar a questão que norteia o nosso trabalho e levar o leitor a uma profunda reflexão sobre o alcance da matéria trabalhada em nosso estudo.

2 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Segundo Vera Raposo (RAPOSO,2005), entendemos por maternidade por substituição o acordo/contrato pelo qual uma mulher se vincula a terceiros com o compromisso de dar a luz e entregar a criança aos mesmos renunciando todos os seus direitos sobre o bebê em questão, inclusive o direito de ser mãe.

Importante dizer que esse não é um fenômeno novo, haja vista que já podíamos identificar suas raízes no Antigo Testamento (RAPOSO,2005,p.9) como podemos ver em alguns fatos narrados na história de Abraão, na passagem que envolve Sara e Hagar. Porém antigamente a gestação por substituição só tinha sua concepção através do ato sexual, o que não ocorre majoritariamente hoje, pois, desde 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, os avanços da biotecnologia e, por conseguinte, nas pesquisas em reprodução humana assistida, não pararam de evoluir, sendo o mais usual atualmente, em conseqüência, a aplicação de técnicas de reprodução humana assistida, isto é, a inseminação artificial, a heteróloga ou a homóloga, para alcançar esse fim.

O desejo de construir uma família e, por conseguinte, procriar, sempre foi visto como inerente ao ser humano e principalmente à mulher(GAGO,2012, p.117), sendo ele consagrado pelo direito, no art.226 Constituição Federal, 1988, como uma aspiração legítima do casal.

Aqui é importante falarmos sobre a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que prevê o planejamento familiar.

Dessa forma, devemos destacar que, além da entidade familiar tradicional mencionada

no art. 226 da Constituição Federal, 1988, existem hoje outros tipos de família, que baseiam-se no afeto como centro de sua formação, como é o caso da família anaparental e da família homoafetiva.

É importante esclarecermos o que seria o contrato de gestação por substituição. Ao definirmos contratos, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “é o negócio jurídico estabelecido entre as partes a fim de atingir determinados efeitos. Para que um contrato seja considerado perfeito, deve ser analisado sobre o prisma dos planos da existência, validade e eficácia”(UNIFACS,2016). Especificamente o contrato de gestação por substituição vem torna-se o contrato pelo qual uma mulher se vincula a terceiros com o intuito de ceder o seu corpo (útero), para nele gerar um filho e entregá-lo a terceiros aos quais se vinculou ao assinar o contrato.

Em países onde é permitida a prática da gestação por substituição, a tendência é a restrição por casais heterossexuais que a mulher é infértil, "podendo ser materializada através de contrato (formal) escrito onde ambas as partes (o pai contratante e a mãe de substituição) assumem obrigações claras e precisas” (RAPOSO, 2005, p. 13).

Nos Estados Unidos da América, a remuneração à mãe de substituição é

permitida por lei e se dá através de um montante fixado em contrato formal que antecede a gestação por substituição.(BARBOSA,2012,p. 28)

Todavia, essa prática pode gerar diversos problemas como o chamado “mercado de bebês”, que pode levantar inúmeras questões como o contrato da gestação por substituição como uma espécie de venda de bebês ou aluguel remunerado do útero. Nas palavras de Vera Raposo “a proliferação de contratados de substituição comercial levou alguns autores sugerir a implantação de um mercado de bebês. A ideia, por muito cruel que pareça, procura, no fundo, desarmar o fenômeno da gestação para terceiros de todo tipo de hipocrisias. Pois não é melhor um mercado abertamente reconhecido e, por conseguinte, severamente regulado e controlado do que um mercado negro, onde a fraude prospere?” (RAPOSO, 2005, p. 40).

Nos Estado Unidos, foi realizada, em 1993, a primeira gestação por substituição, através de contrato firmado entre o casal Mark e Crispina Calvert e Anna Johnson(BARBOSA,2012,p.39). Neste caso, a senhora Calvert era infértil, porém ainda produzia óvulos, e através do seu material e o do seu marido, o senhor Calvert, foi feita a inseminação artificial em Anna Johnson, que, por sua vez, concordou em ser a mãe

hospedeira através de um contrato de gestação por substituição. Anna Johnson se vinculou aos Calvert, pois geraria o filho deles, e, após o nascimento, em contrapartida, os Calvert lhe pagariam uma quantia de 10 mil dólares e fariam um seguro de vida para Anna no valor de 200 mil dólares. Todavia houve conflitos entre o casal Calvert e a senhora Johnson, levando-os a recorrer aos Tribunais Americanos, mais especificamente o Tribunal da California que, por sua vez, decidiu dar o direito legítimo da paternidade/maternidade ao casal Calvert. Esse foi o primeiro caso de gestação por substituição nos Estados Unidos.

Já a Espanha proíbe expressamente os contratos de gestação por substituição e, caso seja feito, poderá está sujeito a uma multa entre 10 mil à 1 milhão de euros não deixando outra alternativa legal para os pretensos pais que não seja a adoção (RAPOSO,2005).

Em Portugal, a gestação por substituição, é bastante discutida e publicada por autores como os professores Vera Raposo e Guilherme de Oliveira a vários anos, porém é recente a legalização da prática em solo Português, uma vez que a Assembleia da República aprovou e foi publicado no Diário da República, no dia 22 de agosto de 2016, a Lei n.º 25/2016[1], que regula o acesso à gestação de substituição nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez, e só poderá ser feita de forma altruísta.

No Brasil, diante da inexistência normativa tanto na legislação constitucional quanto na infra-constitucional no ordenamento jurídico, a possibilidade de aceder a gestação por substituição é regida através da Resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, que atualizou as normas que regulam a Reprodução Assistida revogando a Resolução nº 2.013/13, que anteriormente regulava temas dessa matéria.

Abriremos um parênteses, para ilustrar, através do Processo do CFM Nº 3.491/06, PARECER CFM Nº 7/06, sobre a proibição do caráter comercial para fins de reprodução humana assistida e, por conseguinte, esse parecer está em consonância com o disposto no

---

[1] O diploma determina que as técnicas de procriação medicamente assistidas (PMA), incluindo as realizadas no âmbito das situações de gestação de substituição, devem respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas, bem como proíbe a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.
De acordo com a lei, que entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao da sua publicação, entende -se por "gestação de substituição" qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.Fonte: (sns.gov.pt/noticias/2016/08/22/gestacao-de-substituicao/) Acesso em: 01 de Junho 2017.

ponto do nº 2 da Resolução 2.121/15 do CFM, que trata da questão da gestação por substituição.

Diante do exposto nas linhas acima, podem ser levantadas diversas questões, no que envolve a gestação por substituição, e assim podemos nos questionar sobre o conceito tradicional de família e as noções de maternidade e paternidade, e, dessa maneira, analisamos como estão tipificadas as noções atuais de família tanto no direito brasileiro quanto no direito internacional, para finalmente fundamentarmos a questão da gestação por substituição como uma forma legal de procriar, não apenas para os casais infertéis, mas como forma de aceder a paternidade/maternidade para gays, lésbicas, transexuais e mulheres solteiras (MOSQUETTA, 2011,p.71).

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

É importante fazermos um pequeno recorte sobre a chamada Constitucionalização do direito civil e aqui, em especial, a constitucionalização do direito de família. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte nos orquestrou um novo modo de enxergar os princípios fundamentais que regem o nosso direito pátrio e, dessa forma, também nos levou a um novo olhar para o direito privado, em questão, o direito de família, conduzindo-nos em direção ao valor supremo no nosso ordenamento jurídico (o respeito ao principio da dignidade da pessoa humana), seja ele constitucional ou infraconstitucional, no qual o indivíduo é o centro das relações, e o respeito à dignidade da pessoa humana é o valor fundamental consagrado no art. 1^0, III, CF, 1988.

Desse modo, ultrapassamos a dogmática tradicional "fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana como instrumento para seu pleno desenvolvimento." (MOSQUETTA,2011,p.38)

Sabemos que todos os seres humanos são sujeitos jurídicos constituídos pela totalidade dos seus direitos e deveres e das relações jurídicas, isto é, os seres humanos são criaturas possuidoras de vontade e desejo, encontrando no direito o alicerce que lhes permite comprovar a concepção de sujeito jurídico(DOUZIMAS,2009,p.32). E tendo por base essa concepção, podemos afirmar que o ser humano é investido de direitos e de deveres, de

privilégios e de obrigações, desde a sua geração e o seu nascimento, até a sua morte, ou seja, o ser humano, enquanto sujeito jurídico, pode ser comparado a uma tela na qual várias projeções são realizadas.

Reale(2003,p.60) pondera com muita propriedade o seguinte: "o direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas uma relação que implica em uma proporcionalidade cuja medida é o homem mesmo". O direito tutela as coisas somente em razão dos homens, de sorte que a relação jurídica ocorre entre pessoas, não entre homens e coisas, embora a coisa seja também seu objeto.

Nesse contexto, a Constituição Federativa do Brasil de 1988 consagra, em seu art. 5^0, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, direitos igualitários como o direito aqui contemplado: procriar. Importa ainda considerar que esse direito é duplamente garantido pelo Estado ao afirmar o direito de continuar vivo e de ter uma vida digna quanto a sua subsistência. É dever do Estado garantir esse direito a um nível considerado adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado no art. 1º,III da Constituição Federal de 1988.

> Fundamento da tutela constitucional da família, em se tratando de direitos constitucionais, com aplicação imediata sobre o ordenamento jurídico familiar, não há como se olvidar o principio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio integra o próprio espírito da Constituição, além de ser citado em número considerável de disposições importantes no orlo constitucional, tornando-se a grande reviravolta que acontece no direito de família. A sua tutela constitucional é justamente no sentido de garantir que a família seja um espaço de promoção, de resguardo e de efetivação da dignidade de cada um dos integrantes do grupo familiar. Essa chamada função serviente da família se coloca justamente no reconhecimento do primado da pessoa, em que a família se põe como instrumento e espaço para a realização dessa dignidade, seja no relacionamento entre cônjuges, seja na educação e formação da personalidade dos filhos. (OLIVEIRA, 2013, p. 1747).

A dignidade da pessoa humana vem a ser um valor espiritual e moral inerente à pessoa, e, por sua vez, encontra no texto constitucional total aplicabilidade em relação ao

aspecto essencial do direito, enquanto expressão ou dimensão da vida humana e apresenta-se em dupla concepção: a primeira prevê um direito individual protetivo, e a segunda estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário dos sujeitos.

Desse modo, ao fazermos uma interação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia da vontade, que são princípios fundamentais e norteadores do direito da família como nos ensina Silvia Mosquetta:

> A entidade familiar rompe seus paradigmas e passa de fim em si mesmo, em que não se questionam as razões de ser, para ser meio de valorização e potencialidade de seus integrantes, maximizada a dignidade de cada ser, pois, sem família, não há sociedade, além de ser um *locus* privilegiado para o desenvolvimento pleno da personalidade de seus membros. (MOSQUETTA, 2011, p. 39.)

Nesse mesmo sentido, a proteção da entidade familiar, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como centro desta relação, consagra a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XVI, 3^0, e na Convenção Americana dos Direitos Humanos (assinada em 1969 na cidade de São José da Costa Rica), no qual consagra o mesmo em seu art. 17, que "a família é um elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado." Podemos reafirmar que é dever do Estado proteger a entidade familiar, com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e na autonomia da vontade no tocante da construção familiar, e seu pleno exercício seja qual for a forma escolhida.

Dito isso, torna-se perceptível que o direito à vida está intimamente ligado à dignidade, à plenitude da vida e à liberdade, esclarecendo-nos que a vida não é apenas o sobreviver, mas o viver dignamente em todas as dimensões, e o exercício de suas capacidades e direitos. Resta, portanto, enquadrar o direito à vida enquanto aspecto inerente às incertezas que cercam o sentido da existência humana, não como postura filosófica, mas como fundamento da dignidade da pessoa humana e como forma de alcance à filiação desejada, como o direito ao acesso à gestação por substituição, através das técnicas de RHA para o fim de exercer seu pleno direito de constituir família.

Abrimos aqui um parêntese, para falar sobre o que é qualidade de vida. Podemos dizer que é um conjunto de aspectos que resultam na satisfação com o seu bem estar físico, psíquico e social, isto é, o termo qualidade de vida relaciona-se à saúde, ao bem estar, à

realização plena do indivíduo como também a sua relação com o meio que insere-se e o seu nível de satisfação consigo e com os os outros.

Ao fazer uma abordagem sobre qualidade de vida, não poderia deixar de relacionar com a liberdade e a autonomia, pois estão intimamente conectadas com o planejamento familiar, como vemos no trecho abaixo:

> Direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro"de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução humana assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte,para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade"(preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia da vontade. De outra banda, para contemplados porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da C.F.). Mais exatamente planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§7º desse emblemático art. constitucional de n. 226). (OLIVEIRA, 2013, p. 1759-1760)

Podemos entender que o princípio da autonomia da vontade e o direito ao planejamento familiar são inerentes ao ser humano. Podemos dizer que esses dois princípios interligam-se com o que entendemos por qualidade de vida.

A multidimensão evidencia o comprometimento da vida na mais ampla visão. Podemos afirmar que o homem sem saúde já não tem qualidade de vida e, quando a totalidade dela é comprometida, achamos que a vida já não é mais plena por função da ausência de liberdade, de autonomia, de dignidade e de participação. Então defendemos que recorrer a gestação por substituição através das técnicas de Reprodução Humana Assistida relaciona-se à qualidade de vida e à realização do planejamento familiar.

Na contemporaniedade, é extremamente necessário reavaliarmos o que significa a sexualidade e quais seriam os sujeitos que desfrutam dela, pois seria possível nos despirmos dos nossos preconceitos e olhar o outro de forma igualitária, uma vez que, independente de

raça, de credo ou de sexualidade, somos todos sujeitos capazes de usufruir da sexualidade haja vista que somos todos diferentes um do outro, porém iguais em direitos. Assim, destacamos na citação a seguir o conceito de sexualidade:

> Com efeito, a sexualidade, como conjunto de manifestações afetivo-emocionais conscientes e inconscientes, demanda considerações sobre orientação sexual e as diversas nuanças de gênero como produtos culturais, cambiantes e manipulados, tanto quanto outros traços dos seres humanos, na sua constante busca pela harmonia ou pela satisfação dos desejos em todos os âmbitos. (SILVA JUNIOR, 2011, p. 82)

Importante trazermos a discussão às questões que no conceito envolvem gênero e sexualidade, pois ainda são vistas com resistência no tocante do Poder Público, da sociedade e do Poder Judiciário, apesar desse último ter grandes avanços em decisões de Tribunais, os quais tratam, de forma mais igualitária, e conferem os preceitos constitucionais às questões que envolvem igualdade de gênero e, em especial, do direito ao pleno exercício da sexualidade e do acesso a reprodução assistida, uma vez que, com o auxílio das técnicas de RHA, possibilitaríamos gestar filhos às pessoas que dependem do auxílio dessas técnicas.

Devemos esclarecer que, "enquanto a identidade de gênero se relaciona com as relações histórico-sociais dos sujeitos, que se reconhecem como masculino e feminino, a identidade sexual liga-se à maneira como os indivíduos sentem e experimentam a sua orientação sexual, ou seja, os seus desejos sexuais das mais variadas formas"(Silva Junior, 2011), e desse modo, podemos destacar que é através do reconhecimento ao direito, à igualdade em questões de direitos sexuais, independente da orientação sexual ou do gênero que é assegurado o direito de fazer uso pleno da sexualidade e superarmos o atual engessamento que se encontram os Poderes Público quanto ao direito afetivo-sexual. Entendemos que o direito ao afetivo e a sexualidade são direitos humanos, consagrados nos arts. 1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e também são direitos fundamentalmente protegidos pela Constituição Federal de 1988 em seus arts. 3º,IV e 5º, caput.

Nas palavras do Ministro Fachin(1999), a Constituição Federal de 1988 tem em sua base dispositivos, para reconhecer "a construção do direito à orientação sexual como um direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana".

> Em suma, pode-se identificar a sexualidade como um dos reflexos da

> dignidade humana (característica personalíssima de todas as pessoas, sem a qual não se sobrevive dignamente), ao passo que as manifestações de gênero e as orientações afetivo-sexuais (heterossexual, bissexual e homossexual) são direitos humanos - fundamentais em face de diversos ordenamentos jurídicos. (SILVA JUNIOR, 2011, p. 115)

Fundamentada no pensamento de Silva Junior citado acima, podemos concluir que o direito ao livre exercício da sexualidade é um direito humano fundamental, independente de sua opção sexual e de sua formação familiar, e é dever do Estado proteger esse exercer dessa livre opção.

4 O DIREITO À REPRODUÇÃO E SUA APLICABILIDADE SEGUNDO AS TÉCNICAS DE R.A

O direito à reprodução é um direito humano e fundamentalmente protegido por nossa Constituição Federal de 1988. A construção desse direito à luz dos direitos humanos teve início no movimento que originava o chamado controle da natalidade, que ia de encontro com a orientação reprodutiva dada pela Igreja Católica. Durante a Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, ocorrida no Irã, foi reconhecido, pela primeira vez, os direitos reprodutivos como direitos humanos, na visão de que a mulher teria autonomia quanto à sua reprodução.

Assim, foi na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, no Cairo, Egito, que definiu-se o que seriam direitos reprodutivos sob o olhar da saúde reprodutiva. Logo, podemos dizer que são titulares desse direito: homens, mulheres, homossexuais e transgêneros. Importante falarmos que o direito à reprodução é um direito personalíssimo, no qual é preciso o consentimento das partes envolvidas nesse processo reprodutivo.

No inicio, os direitos reprodutivos tinham o intuito de colocar um freio no crescimento populacional, todavia a saúde reprodutiva vai além do planejamento familiar e do controle de natalidade, pois, com o avançar do desenvolvimento da biomedicina, temos que incluir o aspecto social dado pela reprodução, pois é certo que há uma forte ligação com a realização e com a qualidade de vida de certos indivíduos. Assim podemos nos respaldar em Silvia Mosquetta:

> Os direitos reprodutivos não ficam circunscritos ao aparelho genital ou aos órgãos do aparelho reprodutivo: eles abarcam também “a busca do prazer,

> reconhecendo a vida sexual gratificante como um direito de cada cidadão, homem e mulher, não mais se concebendo a sexualidade como uma mera necessidade biológica". Assim, a sexualidade sadia auxilia na concretização de um direito reprodutivo emancipatório. (MOSQUETTA, 2011, p. 77-78)

Pretendemos apontar que o direito à reprodução vai muito além da efetivação do matrimônio, visão da Igreja Católica e da Evangélica, e também do reproduzir-se apenas pela relação entre homem e mulher durante a relação sexual, vemos aqui que o direito à reprodução e as suas possibilidades tiveram um longo alcance através do avançar da biomedicina, em especial, com as técnicas de reprodução humana assistida.

Desse modo, é importante destacarmos que o direito à reprodução é um dever de prestação do Estado, e, nesse sentido, os Tribunais Nacionais concedem decisões que reconhecem esse como um direito fundamental do ser humano e os tribunais decidem a favor desta prestação estatal, dando suporte à efetivação deste direito, concedendo aos indivíduos o suporte necessário, ou seja prestando-lhe os meios para atingir a filiação desejada. Ela é dada, na maioria das vezes, através da reprodução humana assistida, concedendo assim o direito ao acesso a estas técnicas de forma igualitária, aos casais heterossexuais, aos homossexuais e às mulheres que desejem aceder a esse projeto familiar.

Com a separação da tradicional ligação entre a sexualidade e a reprodução e os limites impostos pela situação biológica, passamos a tratar da evolução da Bioética e do Biodireito, em especial, os avanços no âmbito da reprodução humana assistida. Assim, começamos a ver reacender a esperança em grupos de mulheres que não tinham mais possibilidades de ser mães, como das mulheres estéreis, das lésbicas e das que já atingiram a menopausa e a possibilidade de casais de homossexuais acederem através da chamada gestação por substituição.

5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS TÉCNICAS

Aqui o tema a ser contemplado é a Reprodução Humana Assistida e suas técnicas com destaque para a prática da gestação por substituição, que é uma prática antiga na história da humanidade, registro presente em texto de Maluf,(2013,p.16): "A preocupação com a prole sempre foi uma constante nas sociedades familiares, desde a antiguidade, sendo a questão da reprodução uma constante nos documentos legislativos desde então". Essa difere bastante da atual, pois antes a gestação por substituição se dava através do ato sexual e nos tempos atuais,

dar-se em sua maioria, através do uso das técnicas de reprodução humana assistida(DIAS, 2013).

Considerando a separação da tradicional ligação entre a sexualidade e a reprodução, como os limites impostos pela situação biológica, passamos a tratar da evolução da Biotecnologia, em especial os avanços no âmbito da reprodução humana assistida. Dessa forma começamos a ver esperança em grupos de mulheres que não tinham mais possibilidades de serem mães, como as mulheres estéreis, as lésbicas e as que já atingiram a menopausa e também a possibilidade de casais homossexuais alcançarem a maternidade ou a paternidade sonhada por outra via que não seja a da adoção, sendo através da inseminação artificial chamada de gestação por substituição.

Atualmente, como ensina Vera Raposo(2005,p.14) "a gravidez da mãe de substituição resulta quase que sistematicamente de uma técnica cientifica: a inseminação artificial". Dessa maneira, fazendo uso dos ensinamentos nas palavras de Maria Berenice Dias:

> Até o século passado, a paternidade era linear, natural, tinha origem em um ato sexual, seguido da concepção e posterior nascimento. A legislação ainda reproduz esse modelo ao não prever todas as formas de desdobramentos das reproduções medicamente assistidas. Com isso a origem genética deixou de ser determinante para a definição da filiação. (DIAS, 2013, p. 375)

Logo, podemos dizer que a reprodução humana assistida é a intervenção feita pelo homem no processo reprodutivo natural, através das suas pesquisas na área da biotecnologia, fazendo com que a fecundação independa do ato sexual, o que resultou na possibilidade de casais inférteis e estéreis de auferir a paternidade ou maternidade.

> As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" incluem todas as técnicas de reprodução assistida que permitem a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico. A fecundação resultante de reprodução medicamente assistida é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade de um ou de ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida". (DIAS, 2013, p.375)

Ademais, devemos antes de nos aprofundarmos nas técnicas de reprodução humana assistida, fazermos uma breve contextualização histórica.

A partir dos anos 1950, que a intervenção médica na área da reprodução humana

começou a ter um papel relevante para a sociedade, possibilitando a reprodução para aqueles que teriam impedimentos biológicos e assim, foi em 1978, na Inglaterra, que obtivemos a primeira criança gerada por reprodução humana através da fertilização in vitro. Esse fato gerou diversas dúvidas acerca do tema, fazendo com que o Governo Inglês instalasse um comitê, para esclarecer as questões supracitadas e estudaram o assunto durante três anos.

Em continuidade ao progresso das pesquisas na reprodução a Igreja Católica resolveu publicar um documento, que seria o indicador de sua posição em matéria de reprodução humana, que atenderia por "Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação" datado de 1987(Ratzinger,2005). E foi apenas em 1990 que alguns países e sociedades médicas começaram a regulamentar, através de documentos próprios as novas tecnologias reprodutivas.

No Brasil, foi com a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que foram desenvolvidas as primeiras diretrizes, para regular a reprodução humana no âmbito médico, que posteriormente foi atualizada pela Resolução 1.957/10 do CFM, depois pela resolução 2.013/13 e por fim foi revogada pela Resolução 2.121/15 do CFM que dispõe de Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida, sendo essa resolução que rege atualmente os temas dessa matéria no Brasil, concedendo um norte para as decisões jurídicas que são provocadas pelo tema, uma vez que ainda inexiste Lei especifica em nosso ordenamento pátrio que regule esta prática; todavia, devemos abrir um parêntese e falar sobre a Lei 9.263, de 1996, que regula o inciso 7^0 do art. 226 da Constituição Federal, que guia a matéria sobre o planejamento familiar.

Existem diversos projetos de lei, para regulamentar a reprodução humana assistida no Brasil, porém, todos ainda tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Importante dizermos que é na Resolução 2.121, de 2015, do Conselho Federal de Medicina que encontramos as diretrizes que regem os temas de reprodução assistida, como os aspectos éticos que norteiam a seleção do sexo, a doação de embriões, de óvulos e de espermatozóides; a seleção de embriões com base na existência de doenças, a gestação por substituição, entre outros temas dessa natureza. Daremos início ao estudo das técnicas.

5.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial foi à técnica pioneira no desenvolvimento dos estudos em

reprodução humana assistida, sendo a forma de reprodução assistida mais utilizada atualmente. Desse modo, podemos dizer que inseminação artificial: "é o procedimento em que se realiza a concepção in vitro, no próprio corpo da mulher. Nesse caso, o médico preparará o material genético a ser implantado no corpo da mulher no qual ocorrerá a fecundação"(VILLAS-BOAS,2015).

A inseminação pode ocorrer de duas formas: a inseminação artificial homóloga, em que o material genético utilizado para a inseminação é o dos pretensos pais, e a inseminação artificial heteróloga, que por sua vez é quando o material genético em questão é doado por terceiros, que na maioria das vezes trata-se de um doador anônimo como nos ensina Maria Berenice Dias(2011).

Devemos fazer uma ligação entre a inseminação artificial e a gestação por substituição, pois é através das técnicas homóloga e heteróloga que atualmente dar-se a gestação por substituição.

Ao dispormos do assunto Reprodução Humana Assistida através das técnicas de inseminação artificial, torna-se necessário compreender como ocorre a concepção natural, para posteriormente adentrarmos as técnicas de inseminação artificial. Renata Klevenhusen nos ensina:

> O espermatozóide ao penetrar no ovócito, desencadeia a formação de um pronúcleo masculino no interior do pronúcleo feminino, fazendo com que a cauda do espermatozóide se degenere. Os pronúcleos, ao se contratarem, perdem a capa nuclear, o que leva a duplicação de seus DNAs. Nessa fase, ocorrem diversas transformações, passando o embrião a ter estrutura cromossônica própria, inclusive, havendo a determinação do sexo e o desenvolvimento dos blastômeros. Ao progredir pela trompa uterina, o embrião sofre inúmeras transformações mitóticas, dividindo-se cerca de trinta horas após a fertilização, em duas células, chamadas blastômeros. Ao chegar a cavidade uterina, o endométrio estará aumentando em espessura, permitindo a ocorrência do fenômeno da nidição, que ocorre entre o quarto e o quinto dia após a fecundação, dando início à gestação. (KLEVENHUSEN 2007, p. 105)

Dito isso, entende-se por fecundação artificial Homóloga aquela realizada com o material colhido dos próprios candidatos a paternidade ou maternidade, desde que estejam em união estável ou no matrimônio. Não causando maiores conflitos no tocante da filiação.

Define-se cientificamente por fertilização ocorrida através de inseminação homóloga:

> [...]a fecundação realizada com material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges. O homem e a mulher fornecem o esperma e o óvulo e, em

> laboratório, o óvulo é fecundado e posteriormente, implantado no útero da mulher - é a fertilização in vitro. A fusão dos gametas feminino e masculino, que dão origem ao óvulo fecundado, ocorre extracorporeamente. (MOSQUETTA, 2011, p. 164)

Nesse tipo de inseminação artificial, tem-se a paternidade presumida como dispõe o art.1.597, III do Código Civil Brasileiro, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos "havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido".

Este artigo do Código Civil Brasileiro supracitado pode gerar um grande problema, uma vez que a presunção da paternidade, para inseminação artificial homóloga na constância do casamento "mesmo que falecido o marido" pode suscitar questionamentos no tocante da autonomia na vontade do doador do sêmen em questão. Apesar no disposto no art. 1.597, III do CCB, a permissão legal não significa que a prática da inseminação artificial homóloga "*post mortem*" seja autorizada.

Importante dizer que apesar do código não fazer menção a Resolução 2.121/15, do CFM, essa resolução prevê que o consentimento das parte é fundamental, e dessa maneira tenta resolver a lacuna no disposto infraconstitucional do art. 1.597, III, CCB. Isso posto, nas palavras do capítulo I, n^{0} 4 da Resolução 2.121 de 16 de julho de 2015, CFM:

> O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (CFM, 2015).

Podemos afirmar que apenas é permitida a inseminação "*post mortem"* nos casos em que exista uma expressa autorização do marido. Não havendo essa vontade expressa em documento, os embriões devem ser eliminados, pois não podemos presumir a vontade de ser pai de alguém que não está mais entre nós(DIAS,2013,p.376).

Entendemos por fecundação artificial Heteróloga nas palavras de Adriana Maluf: "aquela realizada com material genético de doador desconhecido, podendo ser de apenas uma parte ou de ambas as partes"(MALUF,2013,p.215). Conceituando em termos científicos o que

é a inseminação artificial heteróloga Maria Berenice Dias discorre sobre o tema:

> A fecundação artificial heteróloga ocorre por meio de doação de sêmen de um homem que não seja o marido, contando com a concordância desse. O fornecedor do sêmen é afastado da paternidade, estabelecendo-se uma filiação legal. É obrigatória a mantença do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores. O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio. (DIAS, 2013, p. 378)

Essa técnica é a que possui os maiores conflitos no tocante da paternidade e da maternidade como nos ensina Antonio Carvalho Martins [...] apesar do sucesso da reprodução assistida, que gera grande interesse na população, essa deve ser vista com cautela, pois o uso de uma liberdade,constitucionalmente garantida, pode lesar interesses ou bens jurídicos fundamentais ao homem, a saber, a própria vida, a integridade física e moral, a privacidade, o conhecimento de sua origem biológica, o acesso à biparentalidade, entre outros. (MALUF, 2013, p. 201)

Desse modo, conforme o direito positivo vigente em nosso ordenamento, devemos sempre estar de acordo com as normas que dispõem os direitos, as liberdades e as garantias, respeitando assim, a pincipiologia constitucional.

Aqui surgem novos atores no direito de família, pois quanto à figura paterna, a nova presunção de paternidade socioafetiva, uma vez que essa é presumida a partir do início da gestação, configurando uma hipótese de paternidade responsável como diz Maria Berenice Dias:

> A manifestação do cônjuge corresponde a uma adoção antenal**,** pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção "*júris et de jure"*, pois não há possibilidade de a filiação ser impugnada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetividade. A paternidade constitui-se desde a concepção no inicio da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Quem consente não pode impugnar a filiação. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e ao anonimato do doador do sêmen. Assim, de nada serve a prova da inexistência do vinculo biológico. Depois da implantação do óvulo, o consentimento não admite retratação, pois já se encontra em andamento a gestação. No entanto, a duração não pode ter duração infinita, cabendo figurar a hipótese da dissolução da sociedade conjugal ou fim da união estável. Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher. (DIAS, 2013, p. 378)

Trataremos das questões que envolvem filiação em tópico mais adiante do nosso estudo.

6 A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL: A RESOLUÇÃO 2.121/15 CFM

Também conhecida como maternidade substitutiva, gestação por outrem, sub- rogação de útero ou gestação por substituição essa nada mais é do que a vulgarmente conhecida como barriga de aluguel, todavia, apesar do sugestivo nome de barriga de aluguel, no processo da gestação por substituição é vedado (DIAS,2013,p.379) por nossa Constituição Federal de 1988, a comercialização do útero, como consagra o art. 199, inc. 40 da CF. Sendo permanentemente proibida a gestação por substituição de caráter comercial, pois conforme a Resolução 2.121/15 do CFM, apenas é permitida a gestação por substituição de caráter altruísta.

Dessa forma, a resolução e a Constituição Federal de 1988, asseguram que não estejamos diante de um mercado de bebês, uma vez que não podemos ter na criança um objeto de contrato de compra e venda, sendo assim, a gestação por substituição de caráter comercial é vedada em território nacional e o contrato que advenha dessa é nulo conforme o art. 104 II do Código Civil Brasileiro. Aqui também poderíamos enquadrar esse contrato como um ilícito penal, "que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho o de outrem" (Código Penal, Art. 242).

Sobre a resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina, Maria Berenice Dias:

> [...] admite a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente até segundo grau (ou seja, mãe, avó, neta ou irmã) da mãe genética. Apesar da omissão da norma regulamentadora é de se admitir que também parentes por afinidade (sogra ou cunhada) possam ceder o útero. De qualquer forma, sem significado dita limitação, até porque pode ser que inexistam tais parentes, o que exige um pedido judicial, providência para lá de injustificada. (DIAS, 2013).

Diante do exposto, torna-se claro de que o exercício da parental idade é nada mais que o amar, cuidar e provir o seu filho, e o impedimento desse direito em razão da escolha da identidade sexual é o mesmo que impedir o direito de amar, ferindo de forma direta o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em nossa Constituição Federal de 1988.

Assim, nas linhas que seguem buscaremos responder questões quanto à maternidade gestacional e à maternidade genética, bem como a filiação e seu aspecto biológico e afetivo conforme o contexto jurídico brasileiro.

Em momento anterior desse trabalho, já afirmamos que a gestação por substituição é um fenômeno remoto no tempo, como identificamos na passagem do Antigo Testamento, na história de Sara e Abraão(Génesis, 16:1-2).

Contudo, antigamente a gestação por substituição tinha sua concepção através do ato sexual, que desafiava a noção tradicional de família, mas não gerava conflitos no tocante dos parâmetros da maternidade e da paternidade biológica(OLIVEIRA,1992).

Na contemporaniedade a gestação por substituição resulta, em maioria, por técnica de inseminação artificial, logo, não é o conceito de família que é posto a prova, mas sim as noções tradicionais de filiação(RAPOSO,2005,p.15).

Desse modo, nas palavras de Joana Gago:

> [...] não existe nada de novo na ideia de uma mulher gerar uma criança para outra. Apresentam dois processos de maternidade de substituição, a parcial, que implica só inseminação artificial, ou seja, quem gera a criança é também a sua mãe biológica, e ao outro processo chamam de gestacional, ou total, aqui se recorre à fertilização in vitro, ou seja, quem gera a criança não tem qualquer laço biológico com a mesma, daí o termo utilizado: gestacional. A prática da maternidade de substituição parcial consegue ser mais discreta, enquanto que a gestacional/ total, como requer um procedimento mais elaborado tornou-se um assunto de preocupação pública, dando origem à necessidade de regulamentar a prática da maternidade de substituição (GAGO, 2012, p. 49)

Enquanto a maternidade por substituição é uma solução para o problema da infertilidade, a mesma levanta a questão de quem seria a mãe gestacional e a mãe genética.

Esclarecendo essa questão, importante dizer que, no conceito clássico de maternidade, a mãe gestacional e a mãe biológica são a mesma pessoa, porém na gestação advinda por gestação por substituição através das técnicas de inseminação artificial não podemos dizer sistematicamente o mesmo, pois como nos elucida Joana Gago pode haver dois tipo de gestação por substituição, a substituição gestacional parcial e a substituição gestacional total:

> Apresentam dois processos de maternidade de substituição, a parcial, que implica só inseminação artificial, ou seja, quem gera a criança é também a sua mãe biológica, e ao outro processo chamam de gestacional, ou total, aqui se recorre à fertilização in vitro, ou seja, quem gera a criança não tem qualquer laço biológico com a mesma, daí o termo utilizado: gestacional. A prática da maternidade de substituição parcial consegue ser mais discreta, enquanto que a gestacional/ total, como requer um procedimento mais elaborado tornou-se num assunto de preocupação pública, dando origem à necessidade de regulamentar a prática da maternidade de substituição. (GAGO, 2012, p. 49)

Isso posto, podemos dizer que no tocante da gestação por substituição no Brasil, a mesma ocorre através de um pacto de gestação entre a mãe gestacional e a mãe genética, de caráter altruísta, tendo legitimidade para ser a mãe gestacional familiares da pretensa mãe (irmã, mãe, avó, sogra e cunhada) como disposto na Resolução 2.121/15 do CFM que regula matéria sobre reprodução humana assistida.

Por fim, quanto à mãe gestacional, é importante abordarmos a questão da possibilidade de ter acesso a gestação por substituição, por casais heterossexuais e homossexuais, porém daremos ênfase aos casais de homossexuais do sexo feminino(DIAS, 2013,p.380) visto que a escolha de qual delas levará a gestação a termo é uma decisão difícil de ser tomada, na maioria dos casos, pois apenas uma das companheiras se submeterá a inseminação artificial, sendo possível a utilização do óvulo da própria mulher a ser inseminada ou ainda da implantação do óvulo de sua companheira.

Desse modo, se o casal optar por técnica de inseminação in vitro através do sêmen de um doador anônimo, a filiação seria estabelecida apenas para a mãe gestacional. Porém, nos casos em que seja utilizado na inseminação o óvulo da companheira, está será a mãe biológica do bebê em questão, contudo, o registro da criança é feito em nome da mãe que deu a luz.

Logo, podemos afirmar que com a possibilidade de utilização do útero de outrem, eliminamos a presunção que a mãe é sempre certa "*mater semper certa est",* que por sua vez é a presunção tradicional de maternidade determinada pela gestação e pelo parto. Consequentemente, também decai a máxima "pater est", ou seja, que pai é o marido da gestante. Dito isso, torna-se de simples compreensão as novas formas de filiação advindas da gestão por substituição(DIAS,2013,p.380).

8 FILIAÇÃO E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS NA R.H.A

Os critérios quanto a determinação da filiação no tocante a filhos gerados da gestação por substituição, através das técnicas de inseminação artificial suscitam bastante questionamentos, porém tanto para a doutrina quanto nas decisões dos Tribunais nacionais a resposta é uma só: deve-se invocar o conceito da afetividade, para responder de maneira justa, as questões suscitadas por esse tema, sempre em consonância com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais

norteadores de nosso ordenamento jurídico nacional.

O exercício da parental idade é revelado por um cuidar, um prover, um educar e um amar ao seu filho (a). Impedir esse ato de fraternidade a quem só quer dar amor, em função da sua identidade sexual é suprimir o conceito de humanidade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, conceito consagrado no preâmbulo da Constituição Federal como bem nos elucida Maria Berenice Dias nos estudos de seu site.

Se enxergarmos que o projeto de constituir família teve origem no desejo de ambas as partes envolvidas, caberá também as responsabilidades parentais advindas desse projeto, para ambas as partes envolvidas, ou seja, cabe ao pai e a mãe, ou apenas ao homem ou a mulher, ou ainda para ambos os homens ou ambas as mulheres os direitos e deveres com os seus filhos(DIAS,2013,p.381).

No entendimento de Adriana Maluf(2012,p.223) “a tendência contemporânea em matéria de filiação pauta-se no principio da socioafetividade em detrimento da paternidade biológica, além do precípuo interesse do menor, assim como a supremacia do seu bem-estar”.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite (1995,p.203) “o direito à filiação não é somente o direito da filiação biológica, mas é também o direito da filiação querida, da filiação vivida, tendo em vista, sobretudo o interesse da criança”.

Logo, fazemos nossas as palavras de Maria Helena Diniz(2013,p.555) “urge que haja norma privilegiando a maternidade socioafetiva, pois independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade de procriar, recorrendo para tanto a terceiros para que esta se concretizasse."

Nas palavras de Maria Berenice Dias, para conceituar e esclarecer a questão da filiação socioafetiva, “A filiação que resulta da posse do estado de filho modalidade de parentesco civil de outra origem, isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A consagração da afetividade como direito fundamental subtrai a resistência em admitir à igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva.”(DIAS,2013,p.381)

Desse modo, como se define o vinculo parental nas questões que envolvem a gestação por substituição? Ficam claros e precisos os esclarecimentos respaldados pelo IBDFAM ao nos ensinar "que se tornou necessário reconhecer o afeto como o elemento identificador dos vínculos familiares”(Dias,2016), como elucidados pelo pensamento de

Maria Berenice Dias, "esse deslocamento do eixo também atingiu o vínculo de filiação que se desprendeu da verdade biológica e da realidade registral para centrar-se na socioafetividade, como parâmetro, para resolver os impasses presentes nas demandas envolvendo a parentalidade. Na hora de decidir, o juiz passou a atentar muito mais ao interesse da criança, valorando a posse do estado de filho e fazendo prevalecer a verdade afetiva".

Torna-se de fácil compreensão que na contemporaniedade é o afeto que rege as noções de família, especialmente, as questões que envolvem a filiação, sendo essa verdade aplicada as questões que envolvem a filiação e as crianças frutos de gestação por substituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o ordenamento jurídico brasileiro, com foco em especial no art. 226 da Constituição Federal, "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.", bem como, a Lei 9.263 de 1996 que contempla o planejamento familiar, podemos dizer que temos nas normas supracitadas, a base para adentrar ao estudo da Resolução 2.121 de julho de 2015, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe das normas sobre a matéria referente a Reprodução Medicamente Assistida e em especial regula a gestação por substituição.

No Brasil, concluímos, a partir do estudo aqui realizado, que até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA).Com o intuito de preencher essa lacuna legislativa, o Conselho Federal de Medicina (CFM) promulgou a resolução 2.121 de julho de 2015, que tem como conteúdo a regulação das normas éticas, para a utilização das técnicas de reprodução assistida, tornando esse um dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros.

Nessa pesquisa, consideramos que essa resolução (2.121/2015 CFM) é o pilar para esclarecimentos e/ou tomadas de decisões relacionadas à gestação por substituição. É nessa

Resolução que devemos nos acostar no que tange aos aspectos jurídicos do direito brasileiro, para esclarecer questões suscitadas por matéria de gestão por substituição.

Quanto a doação temporária do útero temos como impedimentos: o caráter lucrativo, pois a resolução 2.121/2015 só permite a mesma em caráter altruísta, devendo constar no prontuário da doadora, o termo de livre consentimento da doação temporária do útero.Para a efetivação da gestação por substituição, deve-se, ter um relatório médico contendo o perfil psicológico dos envolvidos na gestação, um termo de compromisso assinado pela paciente e pela doadora temporária do útero, esclarecendo questões quanto à filiação, a garantia de que a doadora terá acompanhamento médico do serviço de RA, como os demais acompanhamentos advindos da gestação.

É de total importância à garantia do registro civil da criança pelos pais genéticos, devendo, ser esse documento providenciado durante a gravidez, para assim salvaguardar os direitos da criança em questão.

Ademais, deve constar termo de concordância do esposo ou companheiro da doadora temporária do útero, concordando expressamente com a gestação por substituição.

Constatamos a existência do aspecto jurídico quanto aos filhos frutos de gestação por substituição, através da técnica de inseminação artificial homóloga, que esses tem a paternidade presumida, como dispõe o art.1.597, III do Código Civil Brasileiro, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos "havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido."

Ao estudarmos a inseminação artificial heteróloga, encontramos maiores questões no tocante da paternidade ou maternidade, visto que essa segundo o Código Civil Brasileiro não é presumida, porém no decorrer de nossa pesquisa encontramos como pretensa solução para essas questões, o que a doutrina tem chamado de paternidade socioafetiva, em que prevalece a relação de amor, construída com base no cuidar, no prover e no educar e não no gestar.

Como referência para a aplicabilidade da gestação por substituição, em matéria de casais homoafetivos, encontramos o respaldo necessário na Constituição Federal, com base nos princípios da liberdade e da autonomia, como o principio da igualdade, estando todos de acordo com o supra princípio da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, respondemos a pergunta norteadora da nossa pesquisa e assim identificamos à filiação para crianças advindas da gestação por substituição, por técnica de

inseminação artificial homóloga no dispositivo legal do Código Civil Brasileiro, art. 1.597, III que presume a paternidade e maternidade nos casos advindo dessa técnica. Todavia quanto aos filhos gerados por gestação por substituição, através da técnica de inseminação artificial heteróloga, consideramos nos estudos que essa é definida através do que a doutrina e a jurisprudência têm chamado de filiação socioafetiva, que por sua vez é quando prevalece o direito estabelecido pelo afeto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo**. Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros,2001. Bíblia Sagrada. Ed. Paullus, 2015. Gn 16:1-16 e Gn 21:8-21.

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BRASIL**. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1996**, assinado pelo Brasil em 24.01.1992, promulgado pelo Decreto 591, de 06.07.1992.

CHAVES, Marianna. Parentalidade homoafetiva: a procriação natural e medicamente assistida por homossexuais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 363-374.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/ 1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 28 jun 2016.
DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Ed.: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodu %E7%E3o_assistida_heter%F3loga_nas_uni%F5es__homoafetivas_-_thiele.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2016.

DINIZ, Maria Helena**. O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo. Editora: Saraiva.

2013.

DOUZIMAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

_____. Família homoafetiva: limites constitucionais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 02, p. 69-86, fev.-mar. 2008.

DOUZIMAS, Costas**. Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família:** curso de direito civil. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1999.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família:** a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. Curitiba: Juruá, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro, renovar, 2003.

GAGO, J. I. F. **Maternidade de substituição**: legalidade e aplicabilidade, altruísmo e valor da vida. UL. Lisboa. humana. Disponivel em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/8978/1/679073_Tese.pdf. Acesso em: 13 maio de 2016.

GOZZO, Debora. **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carla. **A profissionalização da gestação,** Relatório Apresentado à Cadeira de Política e Direito Social Europeus**.** Curso de Mestrado de Ciências Jurídicos-civilisticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

KLEVENHUSEN, Renata Braga. O conceito de vida no direito brasileiro e a tutela do embrião humano. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente. **Direitos humanos em evolução**. Joaçaba: Unoesc, 2007. Pág. 105.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição federal interpretada.** 2. ed. São Paulo: Manole, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Direito das famílias**: amor e bioética. São Paulo: Campus/Elsevier, 2012.

MARTINS,Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamenta**l. Curitiba: Juruá, 2012.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade:** direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. com as decisões do STF (adpf 132/08 e adin 4.277/09) - 2ª Edição – Revista e Atualizada

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **"Mães hospedeiras. Tópicos para uma intervenção", procriação assistida, colóquio interdisciplinar (12-13 de dezembro de 1991).** Centro de Direito Biomédico. 2, Universidade de Coimbra, Faculdade de direito,1993.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe:** questões legais suscitadas pela maternidade por substituição. Coimbra**:** Coimbra Editora, 2005.

_____. "Maternidad de substituición". **Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal**, vol. 8 (1), 2003.

_____. O poder de Eva: o princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos; problemas suscitados pela discriminação positiva. Coimbra: Almedina, 2004.

RATZINGER, Joseph. **Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação**. Rio de Janeiro: Ed. Paulinas, 2005.

SANTOS, Duarte. **Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos?** O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português. Coimbra**:**Coimbra Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. Homoparentalidade e filiação. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011