

ASPECTOS JURÍDICOS DA MATERNIDADE DE SUB-ROGAÇÃO*

LEGAL ASPECTS OF MATERNITY OF SUBROGATION

**Cecilia Barroso de Oliveira
Herika Janayna Bezerra de Menezes Macambira Marques**

RESUMO

Estudo das possibilidades abertas à humanidade pelas ciências no campo da reprodução assistida como meio legítimo para o desenvolvimento do projeto parental entendido como um direito fundamental, limitado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável, assim como pelo princípio da afetividade. Discute o conflito bioética a luz das questões éticas motivadas pelo avanço tecnológico, tanto no meio social como nas relações de poder e dominação. Situa o direito ao planejamento familiar ao sistema constitucional dos Direitos Fundamentais. Aprofunda conhecimentos acerca de cada uma das técnicas de reprodução assistida admitida no Brasil. Por fim, trata especificamente da técnica de maternidade em sub-rogação com suas peculiaridades analisando a legislação acerca da matéria e as controvérsias oriundas da lacuna legislativa.

PALAVRAS-CHAVES: BIOÉTICA, REPRODUÇÃO HUMANA, FILIAÇÃO, MATERNIDADE EM SUB-ROGAÇÃO

ABSTRACT

Study of possibilities open to humanity by science in the field of assisted reproduction as a legitimate development project parental understood as a fundamental right, limited by the principles of human dignity and responsible parenthood, as well as the principle of affection. Discusses the conflict bioethics light of the ethical issues prompted by technological advancement in the social environment and in relations of power and domination. Places the right to family planning to the constitutional system of Fundamental Rights. Deepens knowledge about each of the techniques of assisted reproduction permitted in Brazil. Finally, this particular technique maternity subrogation with its peculiarities analyzing the legislation on the matter and the controversies arising from the legislative gap.

KEYWORDS: BIOETHICS, HUMAN REPRODUCTION, PARENTAGE, MOTHERHOOD IN SUBROGATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

INTRODUÇÃO

Vive-se uma significativa reformulação da estrutura, da noção e da função da família contemporânea. A sociedade vive um momento de profundas transformações, principalmente no âmbito das relações familiares.

A família é, reconhecidamente, o núcleo duro da sociedade, desta forma, torna-se objeto de preocupação pelo direito, porquanto, por mais que sofra variação no tempo, em sua estrutura, perfil, modelo sempre foi essencial para a sobrevivência da espécie.

A transformação que o direito tem encampado revela e revaloriza os vínculos e relações familiares, repersonalizando, assim o Direito de Família, que se vincula, encontrando seus valores na Constituição Federal de 1988.

Ganha relevo neste momento o planejamento familiar, onde se exercita o livre e responsável exercício de liberdade no campo da procriação (carnal ou assistida) e a prioridade absoluta dos melhores interesses das crianças e dos adolescentes, renovando também a importância do Poder Público no que tange a proteção às famílias, principalmente relacionado a planejamento familiar com base na liberdade e responsabilidade da decisão das pessoas humanas, e também na efetiva assistência a constituição e manutenção dos parentescos civis, somado a isso, o impacto da ciência médica no Direito foi tamanha que impulsionou o surgimento do Biodireito.

No Direito de Família, esse impacto trouxe a necessidade de reavaliação de critérios pelo legislador para o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial, as novas formas de procriação tornaram as presunções tradicionalmente admitidas tornou-se de certa forma ultrapassadas.

Com o intuito de observarmos os imbrólios jurídicos, nos deteremos em analisar a participação do terceiro para o fim da reprodução, especificamente, para o caso da fertilização *in vitro* com gestação por mãe de substituição, vulgarmente chamada de “barriga de aluguel”, onde a mulher leva gestação a termo mediante um contrato.

Diante do exposto, buscaremos, então, desenvolver pesquisa que responda aos seguintes questionamentos: Quais os critérios utilizados para determinação da filiação? Quais as implicações no plano do direito sucessório nos casos de maternidade de substituição? Quais os limites da autonomia pessoal em celebrar contratos de maternidade de substituição?

A justificativa para este trabalho é que as questões relativas o direito de constituir família é erigido como direito fundamental em várias constituições. Ao abordar esse tema pretende-se dirimir questionamentos em uma técnica específica de reprodução assistida que é a maternidade de substituição e as implicações que dela decorre no ordenamento jurídico.

A importância do tema reside no fato de que a maternidade de substituição gera relações parentais questionáveis, tendo em vista que as presunções de maternidade e paternidade, agora já não podem ser vistas como outrora, e com essas mudanças, o direito que regulamenta estas relações necessita de uma abordagem mais profunda e moderna com o intuito de esclarecê-las à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Na maternidade de substituição a mulher gesta em seu útero, óvulo fertilizado de outra mulher, que por alguma razão não consegue manter a gravidez. A fecundação é realizada in vitro com o óvulo da mulher e o esperma do marido ou companheiro e posteriormente implantada no útero de outra mulher.

Entende-se que a maternidade de substituição desafia as noções tradicionais de família e de maternidade, vez que separa a maternidade biológica nos aspectos genéticos e gestacionais.

A Constituição Federal de 1988 inovou quando banuiu a discriminação entre filhos, no entanto hoje é afrontada por incertezas decorrentes dos métodos reprodutivos que ainda não foram recepcionados pelo ordenamento jurídico.

O tema em tela suscita discussões no campo jurídico tendo em vista a análise de filiação, de direitos sucessórios, envolvendo as partes da relação e, sobretudo os limites do direito de personalidade bem como a autonomia em contratar.

Tem-se então como objetivo geral demonstrar a relevância no estudo mais aprofundado acerca da maternidade de substituição com o intuito de apresentar soluções para questionamentos levantados. Os objetivos específicos são: apresentar os critérios utilizados hoje em dia para determinar a filiação; Abordar as implicações relacionadas ao direito sucessório no que se refere a maternidade de substituição; Descrever os limites da autonomia pessoal em contratar para o caso de maternidade de substituição.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de aumentar o conhecimento, sem transformação da realidade. Segundo a abordagem, é quantitativa, através da pesquisa de fatos e dados objetivos, e qualitativa, com a observação intensiva de determinados fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva, descrevendo fatos, natureza, características, causas e relações com outros fatos.

1. As técnicas de reprodução assistida e o Direito

O desenvolvimento das técnicas de Reprodução Assistida gera algumas preocupações, principalmente no campo do direito de família, e mais especificamente ao direito de filiação, sem considerar os impactos possíveis nos direitos de personalidade.

A abordagem desse tema envolve dois aspectos basilares, um, é a questão da popularização e utilização de técnicas que permitam a reprodução humana fora dos padrões tradicionais, e o outro, é a carência de legislação específica sobre o tema, deixando lacunas de difícil integração.

A ausência de legislação pode ser atribuída a um possível descaso do legislativo e da classe jurídica ou mesmo às próprias dificuldades enfrentadas pela matéria na seara ético-antropológica. Os efeitos das técnicas de reprodução assistida não emergiram ainda com forte impacto no âmbito dos tribunais e conflitos daí decorrentes não se apresentaram de modo emblemático no cenário de outros segmentos da sociedade. Isso

não significa que a matéria não seja presente nos tribunais ou mesmo nas instancias sociais de discussão. Mas os debates até aqui desenvolvidos não impulsionaram o labor do legislativo na regulamentação da material.

Normas de ordem secundária, como Resoluções do Conselho Federal de Medicina tratam do assunto. No entanto, a matéria se espraia no campo das relações privadas, com elevado grau de subjetividade. Particulares que investem no planejamento familiar tomam decisões pela reprodução assistida e, no âmbito das clinicas medicas, se sujeitam ao procedimento. Porém, a ascensão dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade, especificamente, vem pondo em pauta, o planejamento familiar como um desses direitos. Não sem razão, a Lei nº 9263/1996, que trata do planejamento familiar, garantindo-se o direito à saúde reprodutiva a todos os brasileiros.

Mas, são diversas as polêmicas geradas em torno da utilização da reprodução assistida e ainda os efeitos delas decorrentes. Por tratar-se de questões novas e pouco discutidas existem muitas dúvidas a serem esclarecidas. Porém, é necessário, um recorte epistemológico, para definir o objeto do presente estudo. Intenta-se aqui, analisar o instituto da maternidade em sub-rogação, apenas uma das diversas técnicas de reprodução assistida, mas por demais polêmica, em vista do procedimento e dos atores que se utilizam para a sua viabilização.

Figure-se, por exemplo, a hipótese de uma mulher casada, impossibilitada de produzir óvulos e gerar filhos por qualquer problema genético, recorrer a uma doadora de óvulo e a uma terceira mulher para que esta geste a criança. Sem contar ainda com a possibilidade do óvulo ser fecundado por meio de reprodução heterologa.

A Resolução n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, traz normas gerais sobre a técnica de maternidade em sub-rogação ou gestação de substituição ou ainda doação temporária de útero. Segue o que se refere acerca da gestação de substituição:

VII – Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero).

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação da doadora genética.

1. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco de até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A doadora temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial.

Por este normativo, a maternidade em sub-rogação só será permitida nos casos em que a indicação é somente essa e, respeitando o parentesco, embora tenha a possibilidade de ser diferente, visto que o Conselho Federal de Medicina deixa a critério dos Conselhos Estaduais de Medicina a exigência do critério de parentesco.

Outro ponto divergente é a questão da lucratividade, em matéria de autoria de Adriana Lopes, publicada na revista VEJA em 05 de maio de 2008, aborda a rentabilidade da “barriga-de-aluguel” no Brasil, observe como afronta a resolução do CFM:

No Brasil, o aluguel de uma barriga é permitido somente em "caráter solidário". Ou seja, entre mulheres com algum vínculo afetivo e sem a presença de dinheiro. Assim determinam as normas dos conselhos regionais de medicina. Na prática, porém, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem a suas clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero – e receber por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados. "Por motivos financeiros, estou disposta a alugar minha barriga para pessoas que queiram ter filhos e não podem", anuncia uma dona-de-casa do interior de São Paulo. Nove meses de aluguel de uma barriga saem, em média, por 40 000 reais, mas há casos em que esse valor chega a 100 000 reais. (LOPES, Adriana,2008)

Não bastando à ausência de lei favorecer a afronta Resolução dos Conselhos, situações como a relatada acima fere os preceitos constitucionais, tendo em vista que a Constituição Federal em seu artigo 199 dispõe acerca da comercialização de material humano:

Art. 199 (...)

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

Na mesma matéria da revista supra mencionada, vê-se um depoimento de uma mulher que cedeu o útero para gestar filho de outra, em troca de dinheiro.

O salário do meu marido não passa de 1 000 reais. Temos três filhos para criar e moramos de aluguel. A vida não é fácil. Decidi ser barriga de aluguel sobretudo para comprar uma casa. Minha família imediatamente concordou. Fui indicada a um casal europeu por uma clínica de fertilização. Já conheci a mãe biológica e ela é gentil e muito carinhosa comigo. Fico impressionada com quanto ela deseja essa criança. Em nenhum momento questionou os 100 000 reais que cobrei. Já fizemos a primeira tentativa de fertilização, mas não deu certo. Em duas semanas, tentaremos de novo. Muita gente pode me achar uma mercenária, mas não devo satisfações a ninguém – só para meus filhos e meu marido. Expliquei direitinho para todos em casa, e lá está tudo bem. Se depois do parto me perguntarem o que aconteceu com o bebê, direi que perdi a criança.

N.J., 35 anos, com o filho caçula, de 9 anos. (VEJA, 05.05.08)

A legislação acerca da maternidade em sub-rogação varia de país para país. Nos Estados Unidos alguns estados permitem a utilização da técnica, inclusive com fins comerciais, enquanto outros não autorizam. Na Índia, é permitida a comercialização desde 2002, o que desencadeou a uma procura das indianas por casais estrangeiros devido ao custo reduzido do procedimento.

No Brasil, a ausência de legislação federal sobre a matéria deixa lacunas, preenchidas parcialmente através das Resoluções dos Conselhos Federal e Estadual de Medicina.

2 A legislação brasileira em torno da maternidade em sub-rogação

O debate legislativo brasileiro com a finalidade de regulamentar as técnicas de reprodução assistida teve um início tardio. Considerando como marco de utilização de tais técnicas o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro^[1], em outubro de 1984, a primeira discussão se deu com um atraso de quase dez anos e, ainda hoje, os projetos de lei continuam tramitando nas casas legislativas e a lacuna acerca das técnicas de reprodução assistida permanecem.

O que existe em termos de legislação no que tange a reprodução assistida é a Lei de Planejamento Familiar de nº 9263/96, sobre a qual falaremos minuciosamente a seguir, e que garante todos os meios lícitos para que a pessoa desenvolva seu projeto parental, e a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358/92, que adota normas éticas para utilização de técnicas de reprodução assistida e os Conselhos Estaduais de Medicina.

A maternidade em sub-rogação é abordada na Resolução do CFM em seu último artigo, dispondo sobre indicação, parentesco entre a mãe substituta e a mãe biológica e sobre a não lucratividade do procedimento.

A Constituição Federal, o Código Civil e o Projeto de Lei 1184/2003, também tratam da reprodução assistida, sendo o último de forma mais detalhada.

2.1 Código Civil

O projeto de lei que deu origem ao novo Código Civil não contemplava a possibilidade de filhos nascidos a partir das técnicas da biomedicina, de forma que se verificava uma omissão acerca dos aspectos civis da reprodução assistida. O legislador continuava pensando a procriação de acordo com as categorias tradicionais do direito.

O Código Civil de 2002 se refere às técnicas de reprodução assistida devido à emenda proposta pelo Senado Federal, mas mesmo assim, não abordou o tema de modo exaustivo e, no conjunto dos dispositivos de direito de família e de direito de sucessões, a matéria sofre muitas lacunas. A emenda tinha a finalidade de suprir a omissão em uma de suas dimensões mais significativas, estabelecendo, nos parâmetros que especifica a legitimidade do filho por meio de técnicas de reprodução assistida.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1597, ampliou os casos de presunção de paternidade do marido disciplinando as hipóteses de reprodução assistida, como se vê:

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

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

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

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

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

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

Analisando o inciso V, do artigo supracitado, o legislador agiu timidamente ao estabelecer mera presunção de filiação aos filhos concebidos por fecundação assistida heteróloga, com prévio consentimento do marido. Ora, a presunção neste caso é absoluta, assim como na procriação carnal, a certeza da parentalidade se dá relativamente aquele que manifestou a vontade no bojo do desenvolvimento do projeto parental.

Embora o Código Civil seja omissivo concernente a essa temática, o raciocínio norteador para as técnicas de reprodução assistida heteróloga deverá seguir o mesmo da procriação carnal, substituindo apenas a relação sexual pela vontade qualificada associadas a outros elementos fáticos indispensáveis como a convivência dos companheiros na época da concepção e início da gravidez.

Outro ponto não amparado pelo Código Civil de 2002 é a questão da filiação para filhos havidos por meio da maternidade em sub-rogação, quando após nascido, os pais contratantes deverão acionar o judiciário, para adotar um filho que biologicamente ou não^[2], já é seu, seja pela carga genética ou pelo desejo de procriar? Em nome de qual mãe seria emitida a certidão de nascido vivo?

O Código Civil iniciou a discussão acerca dos filhos havidos por meio de reprodução assistida, mas não adentrou no tema relacionado às mães em sub-rogação, deixando uma lacuna na lei. O silêncio do Código Civil prejudica de sobre maneira as relações de parentesco oriundas de técnicas de reprodução assistida heteróloga.

Dependendo de qual técnica for utilizada, a paternidade poderá ser esclarecida por meio do teste em DNA, pelo consentimento do varão, ou por documentos que comprovem o animus de procriar a época da concepção.

Enquanto a maternidade fica vinculada ao que o Código Civil estabelece em seu art. 1602, onde para efeitos legais a maternidade é determinada pelo termo de nascido vivo, fornecido pelo hospital, lesando os envolvidos, nos casos em que se recorre à maternidade em sub-rogação.

A posição omissiva do legislador no que tange a filiação em casos de reprodução assistida heteróloga, põe em risco fundamentos que servem de sustentação jurídica para presunção de paternidade/maternidade no que tange aos referidos meios de reprodução

Embora o art. 1593, do Código Civil, mencione de maneira extensiva, como forma de amparar, o reconhecimento do parentesco decorrente da reprodução assistida heteróloga, que o parentesco pode ser natural ou civil, desde que resulte de consangüinidade ou outra origem^[3].

O legislador não contemplou expressamente a maternidade em sub-rogação, abordando superficialmente a parentalidade-filiação que decorre de reprodução assistida heteróloga, de uma forma geral, modificando apenas discretamente o sistema jurídico que envolve as relações de parentesco no campo das novas técnicas conceptivas.

No que se refere à utilização das técnicas de reprodução assistida, o Código Civil, na parte que trata acerca da eficácia do casamento, art. 1565, parágrafo 2º, dispõe como livre decisão do casal o que se refere ao planejamento familiar, entendendo, assim que as técnicas estão disponíveis aos casais casados. Enquanto a Lei do Planejamento Familiar estende a todo cidadão.

2.2 Lei do Planejamento Familiar

A Declaração dos Direitos Humanos, em seu art. XII estabelece: “Ninguém será sujeito a interferência em sua vida privada, na família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito a proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. Observe-se que a vida e a liberdade a formação familiar são estabelecidas como direitos e por isso devem ser garantidos tanto como a honra e a reputação.

A Constituição Brasileira, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 6º, caput, esclarece: “São direitos sociais a educação, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”. A Constituição insere a saúde e a maternidade no título referente aos direitos e garantias fundamentais.

A Lei Maior, ainda prevê no seu art. 226º, parágrafo 7º, que com base nos princípios dispostos no Ordenamento Jurídico Brasileiro (art. 5º, parágrafo 2º, CF/88), acerca do planejamento familiar:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de 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.

Não há que se duvidar acerca do planejamento familiar como livre decisão das partes, o que se questiona é sobre a existência ou não de um direito à procriação como direito fundamental autônomo e absoluto.

Na concepção de Brauner (2003, p. 51 e 52), os direitos sexuais e reprodutivos se reconhecem da seguinte forma:

[...] o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento de filhos desejados.

A mesma autora entende que o direito do ser humano de gerar filhos está assegurado como um direito “personalíssimo, indisponível, inalienável, devendo ser protegido pelo Estado e suas instituições”.

Os princípios da “paternidade responsável” e da “dignidade da pessoa humana” consagrados pela Constituição Federal (art. 226, §7), corroboram com o entendimento que, apesar da sua consagração como direito fundamental autônomo, e não apenas uma derivação estrita de demais direito como a vida privada, o direito à liberdade do planejamento familiar, sem interferência de organismos oficiais ou privados, não é absoluto, no sentido de que seu exercício está limitado pelos princípios acima referidos.

Márcia Correia Chagas, (2005, p. 61), em tese de Doutorado esclarece que:

Como todos os direitos fundamentais, o direito à liberdade do planejamento familiar, pode ser depreendido de outros princípios de direitos fundamentais, pois todos se referem à realização, a mais plena possível, do máximo das potencialidades do ser humano como pessoa.

Observando a Lei 9.263/96, a abordagem é explícita no sentido de privilegiar o aspecto contraceptivo em detrimento da à abordagem a cerca da fecundidade, que também diz respeito a planejamento familiar.

A Lei nº 9.263/96 regula o §7º, do artigo 226, da Constituição Federal, e trata do planejamento familiar, estabelecendo penalidades e dando outras providências.[\[4\]](#)

A Lei do Planejamento Familiar garante a todo cidadão o acesso as ações que regulamentem a fecundidade, como se vê:

Art. 2: Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações e regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal.

Parágrafo único: É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

A definição, pela lei, do que se trata o planejamento familiar, como o direito de constituir família, aumentando a prole ou ainda de optar por não ter filhos, contraria a forma leiga de interpretá-lo apenas como forma de controle demográfico.

A preocupação do legislador no que concerne ao exercício do direito ao planejamento familiar, em seu artigo 9º, é que sejam oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, não colocando em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção, através de acompanhamento clínico, informando sobre riscos, vantagens, desvantagens, acerca das chances de eficácia do tratamento indicado a ser escolhido, de acordo com o que propõe o princípio bioética da autonomia, embora não especifique nenhuma das técnicas.

Verifica-se o reconhecimento do texto legal de técnicas de fertilização e de concepção que promova a reprodução humana, levando a constatação de que o direito brasileiro admite tais técnicas como inerentes aos direitos reprodutivos da pessoa. Contudo, há que se considerar limites para o exercício de tais direitos e o parágrafo único do artigo em questão já indica algumas limitações.

As limitações referentes ao planejamento familiar são a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e o melhor interesse para a futura criança, observando a afirmação de que o direito à reprodução assistida deve ser considerado dentro do contexto solidarista e humanista do Direito de Família, devendo ser descartado os interesses egoísticos da pessoa que busca auxílios das técnicas, com a finalidade de mera satisfação.

Deste modo, planejamento familiar, envolve o direito de buscar as diversas formas de satisfazer os ideais de formação familiar, não apenas no sentido de contracepção, mas também de fertilização, a pessoas, isoladamente e a casais. É certo que nem todos possuem a mesma necessidade e/ou interesse de gerar filhos, no entanto, deve estar presente nas análises e propostas legislativas a consideração de que a concepção e a reprodução, pertencem a esfera da intimidade e da liberdade pessoal, ressaltando o dever de responsabilidade pelo filho que gerarem.

A maternidade em sub-rogação, embora não abordada especificamente, está amparada pela lei de planejamento familiar que garante o acesso as técnicas de reprodução assistida, devendo ser observados, no entanto, os aspectos éticos para utilização desta técnica.

2.3 Resolução Conselho Federal de Medicina

A esterilidade é considerada pela Classificação Internacional de Doenças – CID [5] “uma enfermidade ou uma consequência de uma enfermidade com suas complicações físicas, psíquicas e sociais, de modo que, pelo exposto até aqui, é justificado o anseio senão pela cura ao menos pela minimização dos seus efeitos.

Com a evolução das biotecnologias e da biomedicina surgiram inúmeras possibilidades no sentido de solucionar, ainda que paliativamente, a infertilidade.

Ocorre que, concomitantemente aos avanços, é preciso que se observem fatores éticos no sentido de nortear a utilização das técnicas de reprodução assistida, assim, o Conselho Federal de Medicina – CFM posicionou-se acerca da elaboração de uma resolução para disciplinar a reprodução assistida.

A Resolução de nº 1358/92 surgiu da necessidade de regulamentar procedimentos médicos relacionados à reprodução assistida. Harmonizando o uso de tais técnicas aos princípios da ética médica, visto que grande parte dos casos de infertilidade já pode ser solucionados possibilitando a procriação onde, pelo método tradicional, não seria possível.

Como princípio geral, a Resolução de nº 1358/92, aponta que as técnicas de reprodução assistida têm o objetivo de auxiliar o processo de procriação quando as demais condutas terapêuticas se mostraram ineficazes.

A utilização dos meios de reprodução assistida só será permitida se não houver exposição, da paciente e do futuro descendente, a riscos de saúde grave, prevendo ainda a informação detalhada de todos os dados biológicos, jurídicos, éticos e econômicos, devendo os envolvidos e os doadores assinarem o termo de consentimento informado.

A resolução estende as técnicas de reprodução assistida a qualquer mulher capaz, desde que esteja apta a recebê-las, no entanto, nos casos em que a mulher seja casada ou em união estável, é necessário que haja aprovação do cônjuge ou companheiro.

No Brasil, o emprego das mães de substituição está sendo utilizado por mulheres acometidas de infertilidade que as impeçam ou contra indique a gestação, sendo àquela prática permitida, desde que preenchidos todos os requisitos dispostos no Código de Ética Brasileiro através da Resolução nº 1358/92.

Segundo Tycho Brahe Fernandes (2000, p. 77) “mesmo não tendo força de lei, a resolução vincula os médicos e clínicas, os quais seriam os únicos a ter condições de promover a transferência de embrião fecundado *in vitro* para o útero sub-rogado”.

Cabe lembrar que, mesmo que houvesse proibição das mães sub-rogadas, a força vinculante do Código de Ética Médica, através da Resolução atual, se restringe apenas aos profissionais da medicina, pois as sanções aplicadas são apenas de caráter administrativo; sem contar que falta uma fiscalização quanto às clínicas especializadas nesta área.

Concernente a maternidade em sub-rogação, a resolução impõe para que a prática não tenha caráter comercial e define que a gestante substituta deva pertencer a família da doadora em até segundo grau, mas sujeita os demais casos a apreciação do Conselho Regional de Medicina.

Desta forma, a Resolução é uma regra a ser obedecida apenas pelos médicos, não possui força de lei, não pode ser utilizada pelo judiciário para impedir os casos em que a utilização do útero de mães que não sejam parentes de sangue, até mesmo porque a lei brasileira não especifica parentes de sangue ou afim, e nem pode regulamentar casos em que ocorre o aluguel do útero.

3 Relações de parentesco e maternidade em sub-rogação

Em matéria de filiação, Lôbo (2000, n.41) esclarece que o “direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices fundados em preconceitos históricos decorrentes da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada”.

Pelo exposto, Gama (2003, p. 466) conclui que “se faz necessário que se classifique as espécies de vínculos paterno-filial e materno-filial, sob a ótica do filho, considerando critérios na legislação, doutrina e jurisprudência, ressaltando que não se deseja criar um

tratamento discriminatório entre filhos”, o autor continua classificando a filiação como podendo ser jurídica, biológica ou afetiva.

A filiação legal ou jurídica, é a que está relacionada à ficção jurídica criada na lei, a filiação biológica é a vinculada à verdade biológica e a filiação afetiva se refere a verdade socioafetiva, que segundo Gama, “em determinadas hipóteses, prevalece sobre as outras duas”.

A filiação biológica era aquela resultante do reconhecimento jurídico de que o fato natural é fonte imediata do vínculo jurídico de filiação, como no caso de relação sexual com a concepção relativamente ao homem e a mulher. Gama (2003, p. 482) discorre acerca da filiação biológica:

A filiação biológica ganhou bastante importância no texto constitucional de 1988 não apenas no sentido de retirar qualquer restrição ou limitação para seu estabelecimento quanto as pessoas que não tinham filiação definida formalmente, mas também de permitir que os filhos matrimoniais passassem a ter condições de impugnar a matrimonialidade de sua filiação e, desse modo, apurar sua filiação biológica.

Por fim, a filiação afetiva só era concebida no que se referia à adoção, Fachin (1999, P. 219) afirmava que “o que determina a verdadeira filiação não é a descendência, e sim os laços de afeto que são construídos”, justificando a adoção, e em casos isolados quando se detinha a posse de estado de filho.

O principal fundamento para determinar a filiação seria o afeto, Barbosa (1999, p.140) justifica que “melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo”.

Segundo Pereira (2001, p. 141), o que vem sendo defendido pela doutrina contemporânea é que a “verdadeira paternidade e, conseqüente filiação, somente é possível em razão de um ato de vontade, um desejo”.

Assim, os fundamentos para determinar a filiação podem ser analisados dependendo de cada caso, de forma que o desejo e a vontade de ter o filho prevaleçam.

Para o direito, a maternidade era sempre certa, não havia como olvidar que a mãe seria aquela que concebeu, gestou e deu à luz a determinada criança, enquanto que a paternidade seguia algumas presunções.

A coincidência entre a maternidade gestacional e a maternidade biológica era o que existia, até que as técnicas de fertilização artificial se colocaram a disposição das pessoas, onde, dentre outras, uma mãe sub-rogada pode apenas transportar no útero um feto que não possui qualquer ligação biológica.

Hoje, pode-se desmembrar a maternidade: há casos em que ela é simultaneamente gestacional e genética e outros em que é apenas um ou outro. Nas situações onde existe mera substituição gestacional, as dúvidas suscitadas são menores, visto que as contribuições genéticas não são alheias aos envolvidos.

No que tange a paternidade, quando não havia como avaliar com certeza acerca de quem fosse o pai, aplicava-se, em sentido amplo, o princípio de Papiniano: *Pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (É verdadeiramente pai aquele quem as núpcias indicam). Este princípio é um artifício jurídico por tratar-se de presunção *iuris tantum*, que é a que prevalece quando não há prova contrária.

O avanço da engenharia genética trouxe o exame em DNA, onde o grau de acerto atinge 99,999999%, significando a possibilidade de erro de 1/100.[\[6\]](#)

No momento atual não se considera mais a filiação com base somente na perspectiva biológica. Atualmente, admite-se, além do elemento biológico, o elemento afetivo para a definição dessa forma de parentalidade.

Observando o aspecto cultural, a filiação é entendida como resultado de uma convenção, de um acordo verbal, de uma tradição mítica ou simplesmente de manifestação de vontade, acompanhada de certas garantias.

Coulanges (1993, p.45) afirma que:

Nas sociedades primitivas se recorriam a alguns “arranjos sociais” como meios de solucionar que certos membros ficassem sem prole e desta forma fossem objeto de ira de seus ancestrais o que suas almas tivessem que expiar suas penas post mortem. Nas sociedades civilizadas, a infertilidade passou a ser resolvida com a adoção.

Segundo Sauwen e Hryniewicz (2008, p.98), em estudo da história da cultura, observam-se três constantes nos casos de impossibilidade de se ter filhos:

- a) Cada sociedade desenvolve um meio de driblar a infertilidade;
- b) A solução encontrada, em geral, leva um certo tempo até ser incorporada ao grupo;
- c) Quando determinada sociedade inscreve em seu código de conduta um tipo de filiação, este costuma de fato funcionar.

Hoje, a presunção de maternidade relacionada à parturiente é controversa como foi demonstrado nos casos de maternidade em sub-rogação, embora ainda haja muita divergência e obscuridade, Venosa define da seguinte forma:

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com caso concreto [...] Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que essa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geradora. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa. (Venosa, 2007, p.275-276)

4 A importância do afeto no Direito de Família

A família atual é baseada no conceito da dignidade da pessoa humana, onde os valores são atentados para o privilégio da pessoa humana, onde conforme o pensamento de Kant, a dignidade humana consiste na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, onde o homem é um fim em si mesmo e não uma mera coisa.

A psicanálise contribuiu para determinação dos novos modelos de parentalidade familiar, onde a figura do pai deixa de ser a essência para tomar seu lugar o afeto. (Roudinesco, 2003, p.93-94).

Abordando sobre o enfraquecimento das crenças religiosas, dos poderes autocráticos e monárquicos, Bezerra de Menezes (2008, p.124), afirma que a partir de então o processo de emancipação das mulheres, dos filhos e dos homossexuais, foi facilitado, causando a decadência da família patriarcal patrimonialista.

A família torna-se *filhocentrista*, onde o foco é apostar na personalidade dos filhos, quando se deseja tê-los e não mais no sentido de renovar a procriação.

A instituição família sempre foi uma realidade sociológica, onde passaram a preponderar os interesses individuais de seus membros, buscando-se a íntegra formação do indivíduo. É na família que o indivíduo recebe suas primeiras orientações para a vida coletiva. Assim, a medida que as pessoas modificam seus comportamentos, a sua relação familiar não poderia deixar de sofrer mutações.

A relação materno-filial não se explica apenas a descendência genética e tão pouco com a certidão de nascido vivo, cedida[7] por hospitais no momento do parto, ela se dá, preponderantemente, na relação sócio-afetiva, no desejo de ter o filho e atendê-lo em suas necessidades elementares.

Torna-se visível a valorização do elemento sócio-afetivo, pois a maternidade daquela que gestou, se torna insuficiente se, ao mesmo tempo, não se encontrar o afeto[8].

A consciência da maternidade se dá no momento em que opta por ser mãe, bem como no exercício cotidiano da afetividade que liga o filho, e isso, independente do vínculo biológico.

Desta forma, se o filho adquiriu a condição de sujeito, deixando de ser objeto, as condições precípuas para seu pleno desenvolvimento não podem ser ignoradas, assim, em questões que envolvam conflitos de maternidade, o interesse melhor e maior da criança deverá nortear a decisão.

Não há mais lugar para sentenças que confirmam uma paternidade/maternidade fulcrada em apenas um elemento. Vários contornos deverão ser analisados.

A legislação deve ser atualizada com maior brevidade possível, pois sendo dinâmico o Direito, a Lei não o é.

Em defesa dos legítimos interesses da criança não se pode ater à ordem formal em detrimento da verdade real. FACHIN (1996, p.76) afirmava “Da lógica à vida, dos autos

aos fatos: o saber não se instala na verdade formal, antes requer exercício dialético com o mundo e a razoabilidade.”

A maternidade é uma transformação do amor, em que o desejo de ter um filho, posteriormente se amplia no envolvimento de afeto, na entrega e no alicerce da compreensão.

5 Direito Sucessório e maternidade em sub-rogação

No âmbito do direito sucessório, o filho resultante das técnicas de reprodução assistida, a partir da técnica de maternidade em sub-rogação, equipara-se, por analogia, com a adoção à brasileira. Embora não haja legislação que trate especificamente da matéria, não se pode deixar de reconhecer a igualdade de direitos entre os filhos havidos por meio de tais técnicas e os demais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 41, caput, iguala a condição de filho adotado a qualquer outro filho, desvinculando-o dos pais e parentes.

No entender de GAMA (2003, p.936), no que se refere aos direitos sucessórios ele explica:

Qualquer lei que venha a ser editada e que pretenda estabelecer a inexistência de direitos sucessórios em favor do filho havido por técnicas de reprodução assistida heteróloga deverá ser declarada inconstitucional por afronta ao disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal.

A inserção do filho havido por maternidade em sub-rogação na família de seus pais significa não apenas de ordem psicológica ou social, mas possui cunho patrimonial, por isso a necessidade do acesso a informação detalhada no momento em que decide utilizar algumas das técnicas. Os direitos sucessórios possuem caráter de reciprocidade entre parentes, assim como o direito de alimentos.

6 Controvérsia acerca da Maternidade em sub-rogação

O estado de filho atribuído a um determinado membro da família é resultante de um vínculo jurídico, no entanto, para que esse vínculo seja efetivamente estabelecido, é necessária a ocorrência de um estado de fato anterior que irá determinar o *status* jurídico. Não necessariamente esse estado de fato será o vínculo biológico, há outras formas, inclusive, tipificadas na legislação que perfazem esse vínculo – adoção e o parentesco sócio-afetivo, por exemplo.

No que se refere à maternidade, a adequação dos vínculos, desde os primórdios transcorreu de forma mais tranqüila, visto que a maternidade sempre foi mais ostensiva, identificada por sinais tais como gravidez, parto, aleitamento. No entanto, o velho brocardo romano *mater semper certa est*, já não pode ser seguramente utilizado.

O vínculo jurídico entre mãe e o filho não pode mais ser estabelecido somente pelo fato da gestação e nascimento, vez que a técnica de maternidade em sub-rogação pode dissociar a mãe biológica da mãe geradora.

O que é evidência não elucida, necessariamente, os fatos, há que se perquirir criteriosamente, para se atribuir a maternidade, não podendo mais a lei ficar adstrita somente ao fato biológico ou jurídico para determinação da maternidade.

A ausência de regulamentação acerca da maternidade em sub-rogação gera questionamentos jurídicos complexos que reverberam em diversas searas do Direito.

Quem pode de fato participar da maternidade em sub-rogação e como pode a aptidão dos participantes individuais ser determinada? Que espécie de atos deveria ocorrer no escopo de qualquer regulamentação proposta? Quais os direitos e obrigações da substituta durante a gravidez? Quais os direitos e obrigações do pai natural (e sua esposa, se for casado) durante a gravidez? Quais os direitos e obrigações das respectivas partes após nascimento com vida? E se o produto da gravidez vier a ser natimorto? Pode a mãe substituta receber compensação financeira? Que medida deve a “mãe substituta” tomar para abdicar de seus direitos como mãe? Quais providências, por outro lado, deve o pai adotar para assegurar ou reivindicar seus direitos como pai? Que medidas deve, de outra forma, a esposa do pai natural reivindicar seus direitos de maternidade? Que procedimento deve a mãe substituta seguir se decidir manter a criança? Quais os direitos e obrigação do pai natural se a mãe substituta decidir manter a criança?

Em resposta aos questionamentos, pode-se concluir que as técnicas de reprodução assistida estão à disposição de qualquer cidadão infértil que deseje desenvolver um projeto parental e que a maternidade em sub-rogação pode ser utilizada por qualquer mulher que esteja impossibilitada de manter a gestação no seu próprio ventre. Quanto à mãe substituta, embora a Resolução do CFM indique que esta deverá pertencer à família da doadora genética, ficando os demais casos sujeitos a autorização dos Conselhos Estaduais de Medicina.

No que tange a obrigação dos pais, a partir que se deu a gestação em substituição, estes devem arcar com o ônus gerado pela gestação, como despesas com médicos, medicamentos, exames, transportes e outros, assim como receber a criança após o nascimento como se tivesse de fato gestado, inclusive nos casos de nascimento com qualquer complicação. Para o caso de natimorto, as despesas também devem ser arcadas pelos pais que doaram o material genético e que estavam à espera do filho.

A reivindicação deve ser feita por meio de uma ação de retificação do registro civil, intentada nas varas de Registro Civil, mediante provas documentais como o termo de consentimento^[9] da maternidade em sub-rogação e recibos, além de outros documentos que comprovem que houve a utilização da técnica de maternidade em sub-rogação. Todavia, se o médico que realizar o parto não for o mesmo que promoveu a fertilização em útero alheio, somente poderá aquele que fez o parto registrar na declaração de nascido vivo o nome da parturiente (mãe hospedeira). Neste caso, o interessado (mãe biológica, o pai, o Ministério Público...) ou o próprio oficial do registro civil suscitará procedimento de dúvida (art. 296 c/c os arts. 198 a 204 da Lei nº. 6.015/73) ao juiz da Vara de Registros Públicos, que, com o auxílio da prova pericial

(DNA) e ouvido o Parquet, determinará a inscrição do nome da mãe biológica no registro de nascimento. (FARIAS, 2005, p.130)

Todas as indagações necessitam de uma regulamentação federal para que sejam pacificadas e determinadas de modo que o procedimento de maternidade em sub-rogação atenda seu objetivo de forma que atenda da melhor maneira os anseios dos envolvidos.

CONCLUSÃO

Do estudo que se empreendeu acerca das técnicas de reprodução assistida, em especial da maternidade em sub-rogação, frente ao planejamento familiar como direito fundamental, concluiu-se que embora as tecnologias de reprodutivas auxiliem o desejo do desenvolvimento do projeto parental daqueles que não logram êxito nesse sentido por vias naturais, a utilização de algumas dessas técnicas suscita questionamentos sobre a preservação da dignidade dos entes envolvidos.

A proposta do presente trabalho foi analisar o papel da técnica de reprodução assistida na estrutura parental e os questionamentos com relação a técnica específica da maternidade em sub-rogação. Assim, restou o estabelecimento da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do princípio da afetividade nas relações familiares como limites da utilização das técnicas de reprodução, visto que verificou-se a inexistência de uma legislação que balize, a contento tais procedimentos e antinomias entre os diversos princípios e regras estabelecidas na Constituição Brasileira de 1988, assim como nas legislações infra-constitucional, normas éticas e Projetos de Lei sobre o tema. Restou a verificação de que as lacunas e antinomias levam a uma ineficácia na concretização da proteção ao núcleo essencial aos direitos fundamentais: a dignidade humana.

Para tanto empreendeu-se uma pesquisa tanto bibliográfica como legislativa no sentido de tentar responder os questionamentos levantados na introdução.

Embora o avanço da tecnologia tenha trazido grandes vantagens para solução de alguns problemas da humanidade, no caso estudado em especial a infertilidade, concluiu-se que essas possibilidades trouxeram também interesses duvidosos, causando risco para utilização das técnicas assim como ressaltando o binômio poder e dominação, nos casos da barriga de aluguel.

Verificou-se que nem tudo que é cientificamente possível é ética e socialmente aceito, tendo em vista que, se perder de vista os limites éticos pode-se chegar a situações de injustiça e exclusões. Assim, como resposta aos questionamentos levantados no início da pesquisa, concluiu-se que:

1. Pode se beneficiar do direito ao planejamento familiar qualquer cidadão que deseje desenvolver seu projeto parental, seja biológico ou sócio-afetivo, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e da afetividade, ressaltando que também deve ser garantido a todo cidadão que não queira desenvolver seu projeto parental meios para alcançá-lo.

2. Não existe legislação brasileira acerca das técnicas de reprodução assistida e tampouco da maternidade em sub-rogação. No entanto a Lei de Planejamento Familiar garante todas as técnicas admissíveis. A maternidade em sub-rogação é utilizada no país por meio de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que a autoriza e que impõe alguns critérios a serem obedecidos para utilização de tal técnica.

3. No Brasil, embora a Resolução do CFM estabeleça que as doadoras temporárias de útero devam pertencer a família da doadora genética, num parentesco até segundo grau e que a doação não tenha caráter lucrativo, não é o que acontece, tendo em vista ser a Resolução uma norma deontológica e a inexistência de leis que definam os procedimentos, nenhum desses limites são, necessariamente, obedecidos.

4. A presunção de maternidade *mater semper certa est*, que se fundamentava na coincidência entre a verdade biológica e a verdade jurídica, verificada através da gravidez e do parto restou abalada, exigindo assim uma reformulação dos dogmas e postulados considerados até aqui.

5. Nos casos de maternidade em sub-rogação, o que vai definir a maternidade é a afetividade, o animus de desenvolver o projeto parental embasado pelo termo de consentimento de utilização da técnica assinado por todos os envolvidos.

6. Finalmente, no âmbito do direito sucessório, o filho resultante das técnicas de reprodução assistida, a partir da técnica de maternidade em sub-rogação, equipara-se, por analogia, com a adoção à brasileira. Embora não haja legislação que trate especificamente da matéria, não se pode deixar de reconhecer a igualdade de direitos entre os filhos havidos por meio de tais técnicas e os demais, exceto os havidos mediante embriões congelados, pois estes só deverão participar da sucessão na modalidade testamentária.

A insegurança jurídica e a falta de parâmetros normativos eficazes permitem a perpetuação de incertezas e ansiedades, tornando mais frágil a principal teia onde se tecem as relações sociais, a família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GUIMARÃES, Ana Paula. Alguns Problemas Jurídicos-Criminais da Procriação Medicamente assistida. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999. pág 100-101.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.pág273-274.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. O mercado humano: a comercialização de parte do corpo humano. Trad.: Isabel Regina Augusto. 2ª Ed.. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas, Questões jurídicas em torno da inseminação artificial. In: RT, vol 678, 1992,

PÉREZ MONGE, Marina. La Filiación Derivada de Técnicas de Reprodução Asistida. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de rgistradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002. pág. 329.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 505.

AGUIAR, Mônica. Direito à Filição e Bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005.pág.109- 111.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. Reprodução Assistida: o mercado humano e a comercialização de parte do corpo humano. Trad.: Isabel Regina Augusto. 2ª Ed.. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pág12

400

DECLARACAO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 4 ed., atual. São Paulo: Paulinas, 1978.

PEREA, Juan Guillermo Figueroa. O exercício da cidadania e a consciência cultural: condições para a construção dos direitos reprodutivos masculinos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs), op. Cit., 2003. P.365.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas medicas e debates bioeticos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.51 e 52.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <HTTP

://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 19 maio 2009.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do Direito . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>>. Acesso em: 19 maio 2009.

CHAVES, Antonio. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, trasnsplantes. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WIDER. Roberto. Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Sauwen, Regina Fiuza, Severo, Hryniewicz. O Direito “in vitro” da bioética ao biodireito. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE COIMBRA, Coimbra, 1932.

Sarmento *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Lumen Juris: Rio, 2002, pág. 69,

LIMA, Taisa Maria Macena. Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. IN: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire (Orgs.). *Filiação e Biodireito: Uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 251-279.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002. IN: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire (Orgs.). *Reprodução Assistida e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 225-250

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

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

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e Direito Comparado: inclusive o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAGAS, Marcia Correia. *Tecnologia médico-reprodutivas e direito fundamental ao planejamento familiar*. Recife, 2005. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pernambuco, 2005.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane. *A família na Constituição Federal de 1988 – Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade*. *Novos Estudos Jurídicos*, Santa Catarina, vol 13, nº 1, p. 119-129, jan-jun. 2008.

BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da Republica Federativa do Brasil*, DF, Senado, 1988.

BRASIL, *Código civil*. 46. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL, LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996, Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1358/92

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. Revista Veja, Rio de Janeiro a. 41, n. 18, p. 140-143, 07 maio 2008.

ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*.(1986). Trad. Virgílio de Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008.

BELTRÃO, Sílvio Romero. *Directos da personalidade*, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4.ed. São Paulo:RT, 2006

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.135-180.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro, 2008.

FONSECA,Cláudia. Concepções de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica. Disponível em <http://apsp.org.br/saudesociedade/XIV_2/artigo%204_revista%2014.2.pdf>. Acesso em 24. jan. 2007.

GLANS, Semy. A família mutante. Sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível na Internet: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em:28 de jun. de 2007.

MADALENO, Rouf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988: uma instituição plural atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**. Revista da Universidade do Vale do Itajaí. Vol.13, no.1. Jan-Jun, 2008, p.119-129.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. VolIV. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**. Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2.ed. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

VECCHIO, Giorgio Del. Lições de filosofia do direito. BRANDÃO, Antonio José. (Trad.). Vol.II. Coimbra: Coimbra, 1972

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Martins Claret, 2005.

[1] Primeiro bebe de proveta brasileiro foi Ana Paula Caldeira, nascida em 7 de outubro na cidade de São José dos Pinhais, Curitiba. (Fonte: www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=59845, acessado em 15.05.2009)

[2] Tendo em vista a possibilidade da reprodução assistida utilizando a modalidade de maternidade em sub-rogação, além de utilizar qualquer uma das técnicas, como fertilização *in vitro* ou inseminação artificial, poderá ser com gametas dos pais contratantes ou não.

[3] No projeto de Lei do Código Civil no lugar de outra origem o artigo se referia a adoção, no entanto a substituição se deu como forma de estender para outras situações em que não forma expressamente cogitadas em lei.(GAMA, A nova filiação, 2005, p.957)

[4] Art. 7: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da **paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma de coercitividade por parte de instituições oficiais ou privadas. (*grifo nosso*)

[5] <http://www.esquilamedica.hpg.ig.com.br/CID.htm>, acessado em 19.05.2009.

[6] <http://www.scielo.br/pdf/ref/v12n2/23958.pdf>, acessado em 19.05.2009.

[7] O Código Civil Brasileiro no art. 1603 dispõe que a declaração de nascimento (dn) prova a filiação, e os arts. 50 a 66, da Lei nº 6.015/73 discorre o procedimento acerca do registro civil mediante apresentação da declaração de nascimento.[8] O histórico

juízo bíblico do rei Salomão dimensiona ainda para os dias de hoje o valor do elemento sócio-afetivo. A sentença do vetusto juiz não buscou nem poderia buscar a verdade biológica ou jurídica, utilizando a proposta para sensibilizar aquela que de fato amava a criança. Sendo um ser em desenvolvimento, incapaz de se autogovernar, só estaria bem e em segurança junto da pessoa que mais o amasse.

No momento da ordem “cortai pelo meio o menino vivo”, para que cada mãe ficasse com a metade, nada mais importava para mãe zelosa senão a própria vida do filho, que seria salva a custo do afastamento de sua convivência.

Na história, não há elementos para considerar se a maternidade se deferiu à mãe biológica, mas esse não foi o fundamento da questão. No entanto, o melhor interesse foi atendido.

[9] O termo de consentimento informado é uma obrigação para o exercício profissional e para a pesquisa envolvendo seres humanos. Representa o respeito à autonomia Este estudo teve por objetivo reconhecer o grau de entendimento dos indivíduos que participam de uma pesquisa ou de um tratamento. <http://trigramas.bireme.br/cgi-bin/mx/>