

ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.

Delma Silveira Ibias¹
Diego Oliveira da Silveira²

SUMÁRIO:

Introdução; **1)** Técnicas de reprodução humana assistida: aspectos gerais; **2)** O direito e a bioética; **3)** Maternidade de substituição: aspectos jurídicos e sociais; Conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente estudo aborda a maternidade de substituição, coloquialmente conhecida como “Barriga de Aluguel”, através da análise dos aspectos jurídicos relacionados à gestação por substituição. A maternidade de substituição é uma técnica de reprodução assistida utilizada quando não é possível a gestação do filho no útero da mãe (biológica ou socioafetiva), sendo a mesma adotada para propiciar o projeto parental almejado pelo casal. Todavia, pelo ordenamento jurídico pátrio a genitora é a mãe que deu à luz ao filho, devendo constar o seu nome na DNV - Declaração de Nascido Vivo. Contudo, o projeto parental pertence à mãe (biológica ou socioafetiva) e não a mãe gestacional. Logo, há a necessidade de analisar os aspectos jurídicos e sociais dessa “técnica” de reprodução assistida e como esses casos são resolvidos no Brasil, propiciando, assim, o respeito da dignidade da pessoa humana da genitora (biológica ou socioafetiva) e protegendo os Direitos Humanos envolvidos nessa relação.

ABSTRACT:

The present study deals with surrogacy, colloquially known as "Belly Rent" through the analysis of their legal aspects. The surrogacy is a technique of assisted reproduction utilized when it is not possible pregnancy of the child in the womb of the mother (biological or socio-affective), the same being adopted to provide parental project desired by the couple. However, the national legal system the genitor is the mother who gave birth to son, your name must appear on DNV - Statement of Live Birth. However, parental project belongs to mother (biological or socio-affective) and not the gestational mother. So there is a need to consider the legal and social aspects of assisted reproduction technique, and how these cases are resolved in Brazil, thus providing the respect of human dignity of the genitor (biological or socioaffective) and protecting human rights involved in this relationship.

PALAVRAS-CHAVE: Gestação por Substituição - Reprodução Assistida - Bioética - Aspectos jurídicos e sociais.

¹ **Delma Silveira Ibias**, Advogada especialista em Direito de Família e Direito Civil pela **UFRGS** e em Processo Civil pela **ABDPC**- Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Professora da **FADERGS** – Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul, Mestranda em Direito no Curso de Direitos Humanos da **UNIRITTER** - Centro Universitário Ritter dos Reis, Vice-Presidente do **IBDFAM/RS** - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul, Presidente da Comissão da Mulher Advogada da **OAB/RS** - Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Rio Grande do Sul, Conselheira Estadual da **OAB/RS** e autora de artigos em obras jurídicas de Direito de Família e Sucessões. Endereço eletrônico: dibias@redemeta.com.br

² **Diego Oliveira da Silveira**, Advogado militante no Direito de Família, Mestre em Direito pelo Curso de Direitos Humanos da **UNIRITTER** - Centro Universitário Ritter dos Reis, Diretor Executivo do **IBDFAM/RS** - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul, Sócio Efetivo do **IARGS** - Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, Coordenador da Comissão Especial de Direitos Humanos do **Instituto Proteger** e autor de artigos em obras jurídicas de Direito das Famílias e Sucessões. Endereço eletrônico: dosilrgs@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas humanas, sobretudo no campo da Medicina, permitiu aos casais com problemas de infertilidade ou estéreis, a possibilidade de realizar o desejo de ter filhos. Tradicionalmente, a única esperança para os casais inférteis ou estéreis de alcançar a maternidade e a paternidade era através da adoção.

Com o advento das novas tecnologias reprodutivas, foi possível, em 1978 o nascimento do primeiro “bebê de proveta” do mundo. Dez anos mais tarde houve o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro. Atualmente milhares de crianças nascem através das técnicas de reprodução assistida, o que nos permite concluir que cada vez mais as pessoas, sobretudo as mulheres, submetem-se às referidas técnicas, na esperança de alcançar a almejada maternidade.

Contudo, a utilização das técnicas de reprodução assistida suscitou uma resposta jurídica para a resolução de problemas relacionados à Reprodução Humana Assistida (RHA) e para a imposição de regras, revelando situações até então não tratadas pelo Direito.

A ausência de uma legislação específica relacionada à Reprodução Assistida no país poderá criar um estado de instabilidade e insegurança jurídica. Os litígios resultantes da utilização das tecnologias reprodutivas concentram-se, quase sempre, no âmbito do Direito das Famílias.

Nesse viés, a reprodução assistida e especialmente a técnica de maternidade de substituição merecem especial atenção, sobretudo em razão de três importantes aspectos. O primeiro diz respeito à ausência de contato sexual para a reprodução assistida³. O segundo aspecto diz respeito ao local onde se dá a fecundação. Atualmente existem duas técnicas: a intracorpórea (inseminação artificial), na qual a fecundação se dá no interior do corpo da mulher, e a técnica extracorpórea (fertilização *in vitro*), em que a fecundação ocorre em laboratório. E o terceiro e último aspecto, e talvez o mais importante, refere-se à participação de um terceiro na realização da técnica. A participação de terceiro pode ocorrer em diversas hipóteses, no entanto nosso estudo tratará, especificamente nos desdobramentos da maternidade de substituição, na qual

³ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil, In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 226.

uma mulher estranha ao casal irá gestar a criança, que poderá resultar ou não do material fecundante do casal solicitante.

O estudo desses aspectos nos permite vislumbrar uma gama de indagações, principalmente no instituto da filiação, quanto ao estabelecimento dos vínculos de parentalidade. A participação de um terceiro, neste caso a mãe gestacional, pode fragilizar o até então irrefutável conceito de maternidade-filiação.

Nesta situação, observa-se que a mãe poderá ser a que está gestando o bebê ou ainda, poderá ser a que “emprestou” seu útero, recebendo o óvulo de uma terceira pessoa para gestá-lo, ou então a doadora do óvulo para fecundação, não participando da gestação, caracterizando-se em uma mãe sócio afetiva.

No plano normativo brasileiro essa realidade ainda não encontra instrumentos jurídicos adequados às situações fáticas criadas por essas técnicas, gerando situações de incerteza quanto aos direitos e garantias das partes envolvidas no processo. Identificam-se, de início, questões relativas à determinação da gestação e da filiação, com reflexos nas relações de família, na determinação da nacionalidade e na transcrição do registro civil⁴.

A Resolução nº. 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina, norma máxima da classe médica que rege esta prática dispõe a respeito da gestação de substituição (doação temporária de útero), que revogou a Resolução nº 1.957, de 2010, e estabelece as restrições à liberdade do uso da técnica de maternidade de substituição. Entretanto, a Resolução mostra-se precária, por constituir-se em uma norma infralegal, sem qualquer poder de coerção.

O Conselho é uma autarquia federal com atribuição conferida pela lei para regulamentar a deontologia da profissão médica em todo o território nacional, o que torna obrigatória suas resoluções perante a classe⁵.

Em face da carência legislativa pertinente a regulamentação da maternidade de substituição, a existência de uma única norma deontológica do Conselho Federal de Medicina, mostra-se insuficiente frente aos questionamentos gerados pela prática desta técnica. Neste contexto, a sociedade despertou para a necessidade do estabelecimento de normas tanto éticas quanto jurídicas para regulamentação da utilização das técnicas de

⁴ **ARAÚJO**, Nadia de. **VARGAS**, Daniela. **MARTEL**, Leticia de Campos Velho. Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. In: **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha. *Família entre o Público e o Privado*. Porto Alegre; Lex Magister/IBDFAM, 2012, p.211.

⁵ **BRASIL**. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013, de 2013. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm. Acesso em: 05/06/2013.

reprodução artificial. Para tanto, faz-se necessária a observância e a harmonização dos princípios bioéticos e dos princípios jurídicos fundamentais, na construção de uma perspectiva jurídica e interdisciplinar, alinhavado pela Bioética.

Diante da deficiência legislativa, portanto, o objetivo geral da pesquisa é analisar quais os critérios atuais a serem observados para a atribuição da maternidade-filiação resultantes de procriação assistida através da maternidade de substituição.

1) TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ASPECTOS GERAIS

Tradicionalmente a humanidade sempre manifestou uma imensa preocupação com a questão da fecundidade, e, inversamente, temeu o risco da esterilidade.

Desde as mais remotas épocas faz parte da mentalidade humana contrapor as noções de fecundidade e esterilidade, atribuindo a cada uma delas princípios diversos. Afirma Eduardo de Oliveira Leite que a fecundidade sempre foi vista com grande benevolência, estando sempre vinculada à noção de bem. Já a esterilidade, na grande maioria das vezes, esteve associada à noção de mal, sendo tratada como uma fatalidade ou até mesmo uma maldição⁶.

Nos dizeres de Mariangela Badalotti “o desejo de ter filhos é uma aspiração legítima do casal, sendo incontestável”⁷. Assim, a reprodução é tida como um objetivo essencial de vida, o que nos permite concluir que o desejo de procriar é inerente à natureza humana, especialmente nas mulheres. O desejo de alcançar a maternidade, e, conseqüentemente, perpetuar sua espécie através dos filhos, é, na maioria das vezes, nutrido desde a infância.

Todavia, até o final do século XV, a ideia de que pudesse ocorrer esterilidade masculina era inaceitável. Apenas no século XVII, quando Johann Ham afirmou que a esterilidade ocorria em algumas situações devido à escassez de espermatozóides, admitiu-se que a esterilidade não era apenas feminina, mas também masculina. Esta descoberta afetou aos homens, até então incólumes, sendo considerada tão ou mais ofensiva que a esterilidade feminina, principalmente numa sociedade como

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

⁷ BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

a nossa, centrada na ideia de um homem viril e reprodutor. A esterilidade masculina feriu o homem naquilo que ele tem de mais profundo, a função de genitor⁸.

Os anseios da humanidade em dominar as técnicas de reprodução humana, vêm de longa data. A incansável busca dos cientistas e pesquisadores em desvendar os mistérios que envolvem o processo reprodutivo permitiu, no final da década de 70, precisamente no ano de 1978, o nascimento de Louise Loy Brown, o primeiro “bebê de proveta” da história⁹. A partir de então, já na década de 80, o nascimento de bebês de proveta era considerado normal. Em 1982 ocorreu a primeira gravidez obtida através da reprodução artificial nos EUA. Dois anos depois, em 1984, esse fato ocorreu no Brasil¹⁰.

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas foi colocado a serviço das mulheres, em um primeiro momento, para atender ao desejo de evitar filhos através das técnicas de contracepção. Contudo, hoje estão à disposição do desejo de gerar filhos por meio das técnicas de Reprodução Humana Assistida¹¹. Neste contexto, a procriação artificial surge como um meio de satisfazer ao desejo efetivo de ter filhos, atuando em benefício de mulheres com dificuldades de engravidar, principalmente após os 35 anos ou 40 anos de idade, assim como para os casais estéreis.

Outro aspecto importante a considerar é a influência de fatores psicológicos que podem ser considerados como um dos elementos de bloqueio da função reprodutiva, tais como a ansiedade pela gestação, acompanhados da angústia quando da ausência desta, e a conseqüente sensação de frustração. Estes fatores aliados ao stress da vida moderna contribuem para que a mulher tenha ainda mais dificuldades para atingir a gestação e a conseqüente maternidade¹².

A revolução da contracepção possibilitou à mulher o direito de optar por ter ou não ter filhos, permitindo a ela também determinar o momento certo da chegada da criança. Detentora deste poder a mulher retardou a maternidade na busca da satisfação de outras necessidades, principalmente na carreira profissional.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 19.

¹⁰ CARNEIRO, Fernanda; EMERICK, Maria Celeste. *A ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000, p. 103.

¹¹ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 149.

¹² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

Todavia, em alguns casos, no momento em que a mulher julga oportuna a reprodução, ela acaba deparando-se com um problema relacionado à dificuldade de obter uma resposta das suas funções reprodutoras, ou seja, a gestação¹³.

Até então, diante da impossibilidade reprodutora, a adoção apresentava-se como a única alternativa possível aos casais com problemas de infertilidade e aos casais estéreis, na tentativa de suprir a ausência dos filhos¹⁴.

No entanto, a adoção, para alguns casais, não era suficiente, já que não supre a ideia de procriar que “compreende, sobretudo o fator meramente genético, ou seja, de dar origem a um filho que derive de seu próprio patrimônio genético”¹⁵.

Diante desta situação a mulher – ou a companheira pertencente ao casal – parte em busca de recursos disponíveis para resolver este problema, buscando uma solução rápida e eficaz, pois é sabido que as mulheres após os 40 anos de idade apresentam diminuição significativa da fertilidade, portanto, quanto mais ela retarda a maternidade, mais frequentemente ela será confrontada com a dificuldade de engravidar¹⁶.

Amparada pelos direitos reprodutivos¹⁷ – que nasceram da reivindicação promovida pelos movimentos feministas, em razão das limitações sofridas pelas mulheres na vida sexual e reprodutiva e que conforme Cristian de Paul Barchifontaine, “direitos básicos de todos os indivíduos, é o direito de decidir livremente e com responsabilidade sobre a sua vida sexual e reprodutiva”¹⁸, a mulher encontra mais uma alternativa na esperança de alcançar o sonho da maternidade.

¹³ **BIRLOT**, Ana Maria Monteiro; **TRINDADE**, Zeidi Araújo. *As tecnologias de Reprodução assistida e as representações sociais ao filho*. Scielo. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-94X2004000100008. Acesso em: 01/12/ 2012.

¹⁴ **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 106.

¹⁵ **BARBOZA**, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.157.

¹⁶ **BIRLOT**, Ana Maria Monteiro; **TRINDADE**, Zeidi Araújo. *As tecnologias de Reprodução assistida e as representações sociais ao filho*. Scielo. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-94X2004000100008. Acesso em: 01/12/2012.

¹⁷ “Em 1995 [...], reconheceu-se pela primeira vez em sede oficial, a denominação ‘direitos reprodutivos’, [...] entendidos como os direitos de ‘decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”. **BARBOZA**, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: **SÁ**, Maria de Fátima Freire de; **NAVES**, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229.

¹⁸ **BARCHIFONTAINE**, Cristian de Paul. *Bioética e políticas demográficas. O mundo da saúde*, São Paulo, ano 26, v. 26, 2002, pp. 51-64.

Assim, a procriação assistida “surge como um meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de dar filhos”¹⁹, tanto às mulheres consideradas inférteis, na maioria das vezes por já terem ultrapassado os 35 anos de idade, quanto aos casais estéreis.

A Constituição Federal, assegura em seu art. 226 § 7º, regulamentado pela Lei 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996, o direito ao planejamento familiar. Sob esta denominação, entende-se a livre escolha do casal no que diz respeito à reprodução, desde que tenha informações suficientes e acesso aos meios de contracepção adequados²⁰. Para Heloisa Helena Barboza “é o direito à escolha reprodutiva, a se e quando reproduzir, ensejando incluir-se nessa escolha o como reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial”²¹.

Já para Maria Cláudia Crespo Brauner: “Sob a designação de planejamento familiar está implícita a ideia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher, especialmente sobre a saúde de ambos”²².

Dessa forma, considera-se legitimamente aceitável que as pessoas atingidas pela infertilidade tenham a oportunidade de recorrer às técnicas de procriação artificial, “como um direito a recobrar a saúde reprodutiva, ou remediar o problema da esterilidade e, assim, gerar”²³.

Entende-se por técnicas de Reprodução Humana Assistida, também denominada técnica de Reprodução Medicamente Assistida²⁴, o “conjunto de procedimentos que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo”²⁵, através da união dos gametas masculino e

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

²⁰ BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. *Bioética e políticas demográficas. O mundo da saúde*, São Paulo, ano 26, v. 26, 2002, pp. 51-64.

²¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida, *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158.

²² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

²³ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65.

²⁴ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. São Paulo: Loyola: 1991, p. 215.

²⁵ BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro, ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

feminino²⁶. Porém, dependendo do problema apresentado pelo casal haverá a indicação médica de uma ou outra técnica apropriada para o caso específico.

Atualmente existem várias técnicas de reprodução assistida, contudo, no presente estudo, nos limitaremos a demonstrar a definição e as finalidades das seguintes técnicas: a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e especialmente, a maternidade de substituição.

A inseminação artificial é a técnica na qual se obtém a fecundação sem a necessidade do ato sexual de seus genitores, sendo realizada através de processos mecânicos e com a utilização de recursos médicos que consistem na introdução do sêmem no interior do canal genital feminino²⁷.

Desta maneira, possível compreender que a fecundação ocorre no próprio organismo feminino, de forma intracorpórea, sem a necessidade de extrair o óvulo da mulher.

Dependendo da origem do material genético, a inseminação artificial será classificada em homóloga ou heteróloga. Para que a inseminação seja considerada homóloga, é necessário que o sêmem seja proveniente do próprio marido ou companheiro²⁸, implicando um vínculo de natureza familiar, que pode ser o casamento ou a união estável, o que pressupõe a paternidade e a maternidade da criança.

Já a segunda técnica é realizada com o sêmem originário de terceira pessoa²⁹, diferente do marido ou companheiro, e não aquele que será o pai socioafetivo da criança gerada. Esta técnica é indicada para os casos em que o marido não possui espermatozoides, ou, se os possui, em número inferior ao necessário para a fecundação.

A inseminação artificial homóloga, na qual a criança é concebida a partir do material genético do marido e da esposa, estabelecendo a filiação através do vínculo biológico, geralmente e, em tese, não fere os princípios jurídicos.

No entanto, sua prática pode ocasionar alguns problemas, não só de ordem jurídica como também de ordem ética, como a possibilidade de realização da

²⁶ **SGRECCIA**, Elio. Engenharia genética humana: problemas éticos. In: **STANISLAUS**, Ladusãns (coord). *Questões atuais da bioética*. São Paulo: Ed. Loyola, 1990, p. 255.

²⁷ **GOMES**, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 341.

²⁸ São reconhecidos como usuários das técnicas de R.A., tanto cônjuges “casados”, quanto os em união estável. Art. 2º da Seção II – Usuários das técnicas de R.A., Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. (Esta Resolução foi revogada pela n. 1.957/2010, que foi revogada pela n. 2013/2013).

²⁹ **GOMES**, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 343.

inseminação após o divórcio e até mesmo depois da morte do marido, denominada inseminação *post mortem* ³⁰.

A inseminação artificial heteróloga, assim como a homóloga, é objeto de controvérsias, dúvidas e questionamentos ético-jurídicos. No entanto, na inseminação artificial heteróloga, evidenciam-se maiores problemas, envolvendo o instituto da filiação, devido à dificuldade de determinação da paternidade.

Neste procedimento há conflito entre a paternidade legal e a biológica (atribuída a um doador)³¹. Razão pela qual esta técnica deve somente ser recomendada quando a esterilidade é irrefutável³².

A fertilização *in vitro* (FIV) é a técnica pela qual a fecundação do gameta feminino pelo masculino ocorre em laboratório, de forma extrauterina³³. Os embriões resultantes desta técnica são transferidos posteriormente para o útero de uma mulher para o seguimento da gestação. A fertilização *in vitro*, assim como a inseminação artificial, desdobra-se em duas diferentes classificações: a fecundação *in vitro* homóloga e a fecundação *in vitro* heteróloga.

A fertilização homóloga é caracterizada pela utilização dos gametas feminino e masculino, pertencentes à mulher e ao homem que irão fazer uso da técnica de procriação. Assim, a inseminação artificial ocorre com o óvulo e o espermatozóide do casal, que após a fecundação, originará um embrião que será implantado no útero da esposa³⁴.

A segunda técnica, denominada fecundação *in vitro* heteróloga é um pouco mais complexa, por utilizar-se de gametas, necessários para a fecundação, de terceiro, pertencentes a uma terceira pessoa, diferente dos cônjuges. – sêmem do marido e óvulo de outra mulher; sêmem de terceiro e óvulo da esposa; sêmem e óvulo de doadores –, ou ainda, no caso da maternidade de substituição, quando o embrião, resultado de

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

³¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 17.

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

³³ GOMES, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

³⁴ GOMES, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

fertilização *in vitro* homóloga ou heteróloga, desenvolver-se-á no útero de uma outra mulher³⁵.

A análise dessas possibilidades configura situação análoga aos casos de inseminação artificial heteróloga, reafirmando as dúvidas e questionamentos quanto ao instituto da filiação, em razão da dificuldade de determinação da paternidade e até mesmo da maternidade.

Importante ressaltar que as técnicas em questão constituem-se em um remédio terapêutico. Contudo, tanto a inseminação artificial quanto a fertilização *in vitro*, apenas substituem o ato natural deficiente por um ato técnico, sem proporcionar a cura. Findo o tratamento, a esterilidade permanece³⁶.

E, finalmente, a maternidade de substituição, que se constitui quando uma mulher estéril recorre a uma outra mulher, terceira em relação ao casal, para que esta assegure a gestação do embrião, e, ao termo, entregue a criança ao casal solicitante. Essa técnica poderá ocorrer com a transferência de embriões ao útero de uma mulher que o alugue ou o empreste, ou através de uma inseminação artificial ou FIV em que a mulher ponha seu óvulo, além do útero³⁷.

Contudo, apesar da ideia de generosidade, emanada da circunstância em que a mulher se coloca ao gestar uma criança, que ao final de nove meses, deverá ser entregue a outra mulher, a utilização desta técnica suscita muitas discussões no momento em que estabelece dificuldades quando da determinação da maternidade.

Afirma José Roberto Goldim, que a Maternidade Substitutiva “ocorre quando uma mulher concorda em ser inseminada artificialmente, ou receber embriões transferidos, com a compreensão de que a criança que irá gestar, ao nascer será criada pelas pessoas que propuseram este procedimento. No caso referido, a maternidade poderá ocorrer de três maneiras distintas, tais como: a mãe poderá ser a genética, doadora do óvulo, a mãe substitutiva, que gesta o bebê, ou a mãe social, responsável pelo desencadeamento do processo e pela futura criação da criança”³⁸.

³⁵ GOMES, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

³⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 36.

³⁷ BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, p. 7.

³⁸ GOLDIM, José Roberto. *Maternidade Substitutiva*. Disponível em: <http://www.ufgrs.br/bioetica/mastersub.htm>. Acesso em: 16/12/ 2012.

Complementa, ainda, Renata Raupp Gomes: Poder-se-ia verificar, a princípio, ao menos duas paternidades e três maternidades distintas: óvulo e espermatozóide de doadores, gestados por mãe substituta. Assim, a paternidade biológica difere da jurídica e a maternidade por sua vez, desmembra-se em genética, gestacional e psicossocial³⁹.

Em face disso a Resolução n. 2.013/13, do Conselho Federal de Medicina, no item VII, que prevê a Gestação de Substituição (Doação Temporária de Útero), tenta restringir o uso da prática, ao estabelecer que a maternidade de substituição só poderá ocorrer quando da existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

Todavia, a existência de uma única norma deontológica mostra-se insuficiente diante de tais problemas, e, assim, evidencia-se a deficiência da atual legislação brasileira para apresentar soluções razoáveis que nos permitam solucionar e ou abrandar as consequências tanto éticas quanto jurídicas advindas desta prática.

Frisa-se que as técnicas de Reprodução Assistida estão difundidas no mundo inteiro, ajudando casais inférteis e estéreis a alcançar o objetivo de tornarem-se pais. Porém, a opção pela realização de qualquer das técnicas de Reprodução Humana Assistida, especialmente a maternidade de substituição, consistem em uma decisão complexa, sob o enfoque ético, psicológico e jurídico.

2) O DIREITO e a BIOÉTICA.

A vida em sociedade exige o estabelecimento de normas disciplinadoras do comportamento de seus componentes. Sendo o homem considerado indivíduo e ente social ao mesmo tempo, ele está submetido às normas jurídicas e às normas morais para balizar uma conduta eticamente adequada. As obrigações de natureza jurídica e moral, são objeto de duas “disciplinas interdependentes: o Direito e a Ética”. Tanto a norma jurídica quanto a moral, estabelecem normas de comportamento, apresentando como elemento comum a base ética⁴⁰.

Porém, o Direito constitui-se numa ciência que tem como escopo normatizar e regular as condutas dos indivíduos na sociedade, perfazendo-se num conjunto de normas jurídicas impostas coercitivamente pelo Estado, com a finalidade de garantir

³⁹ **GOMES**, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, *In: LEITE*, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 346.

⁴⁰ **JUNGES**, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 123.

uma convivência social pacífica. Já a moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a razão de existir”.⁴¹, enquanto norma de conduta, é norteadada pela consciência individual, sem poder de autorizar alguém a empregar coação para obter o cumprimento delas⁴².

Nas últimas décadas, novas soluções terapêuticas, sobretudo no campo da medicina, especificamente na área da Reprodução Humana Assistida, fizeram com que a sociedade se deparasse com inúmeros dilemas ético-jurídicos cuja normatização é praticamente inexistente na esfera jurídica brasileira. No entanto, apesar da complexidade dos novos fenômenos, entende-se que eles não devem ser restringidos. Contudo, faz-se necessária um controle da utilização dos progressos biotecnológicos através da observância de valores constitucionais, imensamente mais valiosos que a satisfação de interesses particulares. Propõe-se, assim, a harmonização entre a Ética e o Direito⁴³.

Diante desta perspectiva, a sociedade e principalmente a comunidade científica, despertaram para a necessidade da criação de normas de comportamento, que disciplinassem, através de limites éticos, a pesquisa e a aplicação dessas novas tecnologias a fim de garantir a integridade da pessoa⁴⁴.

Neste contexto, surge a Bioética com o objetivo de harmonizar os progressos da tecnologia às exigências éticas da sociedade⁴⁵, através de diretrizes morais que limitassem a atuação humana diante dos dilemas suscitados pela biotecnologia. Bioética, segundo sua definição clássica constitui-se no “estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”⁴⁶. Entretanto, atualmente a Bioética vem sendo percebida não como uma disciplina, mas

⁴¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 72.

⁴² FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 13.

⁴³ BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos; In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

⁴⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETTO Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 43.

⁴⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: BARBOZA Heloisa Helena, BARRETTO Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88.

⁴⁶ REICH, T.W. *Encyclopedia of bioethics*. V.1, New York: MacMillan, 1995, p. XXI.

sim como um campo interdisciplinar de reflexão sobre questões envolvendo a vida e o viver.⁴⁷

Contudo, os problemas éticos oriundos dessa nova realidade não foram plenamente satisfeitos. Assim, diversos modelos na Bioética foram desenhados, dentre eles o modelo principialista de Bioética. Este modelo desenvolve sua análise por meio dos princípios bioéticos, princípios gerais, os quais se constituiriam em instrumentos de regulação comportamental, diante da ausência de normas jurídicas⁴⁸.

Em 1979, a obra *Principles of Biomedical Ethics* de Beauchamp e Childress, delineou o campo da bioética no “principialismo”, orientando a solução de conflitos éticos a partir da análise de quatro princípios básicos. O Relatório Belmont, realizado nos Estados Unidos, na década de 70, foi elaborado por uma comissão nacional que tinha como intuito estabelecer quais seriam os princípios éticos básicos norteadores das pesquisas e da experimentação científica em seres humanos⁴⁹.

Tais princípios serviriam como referencial na determinação dos procedimentos a serem tomados para a solução dos problemas éticos decorrentes do progresso das ciências médicas e biomédicas. Neste sentido, o modelo principialista poderá ser utilizado no sentido de colaborar para suprir lacunas do Direito.

E a partir desse relatório, foram identificados três princípios básicos *prima facie*⁵⁰: o princípio da beneficência, que tem como objetivo precípua o bem do paciente. Implica na utilização de todas as técnicas disponíveis para aumentar os benefícios e reduzir os riscos e danos, ou seja, impedir o mal. O princípio da justiça⁵¹, que diz respeito à equidade na distribuição dos benefícios dos serviços de saúde, proporcionando o respeito e consideração das pessoas na reivindicação do direito à saúde. E o princípio da autonomia, fundamentado na dignidade da pessoa humana,

⁴⁷ **GOLDIM, J. R.** *Bioética: origens e complexidade*. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Ver também: **GOLDIM, J. R.** *Bioética e interdisciplinaridade*. *Educação, Subjetividade & Poder*, Porto Alegre, v. 4, p. 24-28, 1997.

⁴⁸ **BARRETO**, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: **BARBOZA**, Heloisa Helena; **BARRETTO** Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.45-46.

⁴⁹ **CLOTET**, Joaquim; **FELJÓ**, Anamaria. *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005, p. 16.

⁵⁰ “São válidos geralmente, ‘de maneira relativa’, a fim de que cada um destes venha a colidir com um dos outros e nos obrigue a escolher qual entre eles prioritariamente devemos satisfazer. Nenhum destes princípios deve ser tomado em forma absoluta e separado dos outros, mas, segundo a lógica da complexidade, cada princípio deve ser tecido com o outro para evitar antinomias e efeitos não intencionais”. **BELLINO**, Francesco. *Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Edusc, 1997, p. 201.

⁵¹ **JUNGES**, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 39.

relativo ao respeito do direito autônomo de aceitar ou rejeitar o tratamento que lhe é oferecido, e para tanto há a necessidade do consentimento informado⁵².

Em 1979, surge um quarto princípio, sugerido por Beauchamp e Childress, resultado de um desdobramento do princípio da beneficência, denominado princípio da não-maleficência⁵³ que significa que não devemos causar danos aos outros⁵⁴.

No entanto, não é correto concluir que a solução para os problemas decorrentes do desenvolvimento das biotecnologias encontre respaldo apenas na Bioética⁵⁵, tendo em vista que os princípios bioéticos não são regras jurídicas, portanto a busca para o regramento adequado no campo do Direito é essencial.

O ordenamento jurídico tem sido atualmente, classificado como um sistema aberto constituído de regras e princípios⁵⁶. Os princípios jurídicos estabelecem, conforme Robert Alexy, apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas⁵⁷.

Assim, a aplicação dos princípios exige a interpretação de valores, os quais irão depender do momento histórico em que o caso concreto se situar, ensejando assim, um novo modo de aplicação do Direito.

No entanto, a aplicação dos princípios pode ser complexa, quando da ocorrência de confronto entre dois ou mais princípios jurídicos incidentes sobre a mesma situação⁵⁸.

Neste caso, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins devidos, nada obsta a que demandem meios divergentes de atingi-los. Nessa hipótese, deve-se declarar a

⁵² CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto (org). *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 13.

⁵³ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 40.

⁵⁴ BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Edusc, 1997, pp. 198-199.

⁵⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Bioética e biodireito. In: BARBOZA Heloisa Helena; BARRETTO Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 89-93.

⁵⁶ COSTA, Judith Martins. *Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v.18, p. 156-171, 2000.

⁵⁷ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2011).

⁵⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 37.

prioridade de um princípio sobre o outro, com a consequente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto⁵⁹.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova ordem jurídica, ao consagrar expressamente os princípios fundamentais do homem⁶⁰ tais como: o direito à igualdade; o direito à vida; o direito à liberdade; o direito à segurança.

Os princípios jurídicos tiveram sua origem nos princípios gerais do Direito, daí a denominação “principiológica”⁶¹ da Constituição. Entretanto, ao serem incorporados pela Constituição Federal, os princípios adquiriram superioridade, tendo em vista a supremacia constitucional frente às demais normas jurídicas.

A dignidade da pessoa humana, consagrada pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado, da comunidade e do Direito⁶².

Assim, a partir dos avanços da biotecnologia, a dignidade da pessoa humana, instituiu-se no princípio fundamental ao debate bioético, “diante da possibilidade de utilização de partes do corpo humano – como células, tecidos, órgãos, (...) sem falar na possibilidade de ser utilizado todo o corpo humano, como no caso da contratação de ‘mãe substituta’⁶³.

Portanto, quando da utilização das técnicas de reprodução assistida, deve-se levar em conta a proibição de toda e qualquer conduta que sugira a possibilidade de que a pessoa humana seja tratada como ‘bem patrimonial’, em respeito ao princípio da dignidade humana. Especialmente nos casos que envolvem a maternidade de substituição, prática esta que em razão da sua natureza, pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, ao pretender transformar a mulher em *res*, este princípio deve ser rigorosamente observado, tendo em vista que a instrumentalização da pessoa humana seria tratá-la como meio e não como fim em si mesmo.

⁵⁹ **ÁVILA**, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

⁶⁰ **SARLET**, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 65.

⁶¹ **COSTA**, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v.18, p. 156-171, 2000.

⁶² **SARLET**, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 60.

⁶³ **GAMA**, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127.

Contudo, a Constituição Federal consagra como um direito fundamental, a liberdade da atividade científica, expresso em seu art. 5º, IX⁶⁴. Entretanto, isto não significa a inexistência de limites à utilização de recursos que possam intervir na integridade física e psíquica do indivíduo⁶⁵.

Pelo princípio da indisponibilidade do corpo humano, este não pode ser objeto de atividade mercantil, conforme prevê o art. 199, § 4º da Constituição Federal: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplantes, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

No mesmo sentido, a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina expressa no Capítulo VII, que trata da Gestação de Substituição (Doação Temporária de útero) afasta qualquer possibilidade de caráter lucrativo ou comercial quando da doação temporária do útero.

Assim, entende-se que a mercantilização de qualquer parte do corpo humano, tais como: a doação de órgãos, de tecido, leite, sobretudo do empréstimo do útero, quando da maternidade de substituição, deverão ser classificados como “ilícitos penais e civis”⁶⁶.

A dignidade da pessoa humana está fixada, também, no dispositivo da Constituição Federal que expressa em seu art. 226, § 7º, o princípio da paternidade responsável como um princípio especial que deve estar inserido na esfera do planejamento familiar.

Assim, a dignidade da pessoa humana, além de estar prevista pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal, como um princípio fundamental, é analisada, normalmente, de duas maneiras distintas: a primeira é relativa   proteção que o Estado deve à pessoa humana, devendo “defendê-la de qualquer ato degradante ou de cunho desumano”.

Já a segunda refere-se ao planejamento familiar. O Estado, em respeito ao princípio referido, no âmbito do planejamento familiar deve abster-se de qualquer

⁶⁴ “  livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licenç a”.

⁶⁵ **GAMA**, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7.

⁶⁶ **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 172.

medida repressora à dignidade da pessoa, ou do casal que pretenda exercer a opção quanto a seus direitos reprodutivos⁶⁷.

No entanto, é importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana, tal como prevista em nossa carta magna, não é apenas do casal que pretende exercer seu direito de procriar, mas também da pessoa a ser concebida. Tal circunstância demonstra que o direito à reprodução humana, assim como o princípio da dignidade humana não possui caráter absoluto.

Diante do conflito, de dignidades – entre os que exercem o direito à procriação e o da criança concebida –, deve-se levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto pela Constituição Federal, no art. 227⁶⁸ e regulamentado pela Lei nº 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece que é dever da família, do Estado e da Sociedade assegurar os cuidados essenciais às crianças e aos adolescentes, tais como direito à educação, à alimentação, à dignidade entre outros, para que estes vivam com saúde, o qual pressupõe a resolução do conflito em favor da criança⁶⁹.

Assim, evidencia-se a importância destes princípios, na necessidade do estabelecimento de limites à experimentação humana, a fim de que possam garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Os problemas éticos e jurídicos decorrentes dos avanços científicos demonstram uma realidade, em que o Direito e a Bioética mostram-se insuficientes para solucionar tais desafios, e mais do que isso, incapazes de assegurar a proteção da pessoa humana do uso indiscriminado das técnicas de reprodução assistida.

Do exposto, percebe-se a inter-relação entre Bioética e Direito. A Bioética, propondo-se a assegurar a dignidade e a vida da pessoa humana, ante qualquer outro valor, indica limites à biotecnologia, no entanto, esses limites, para serem respeitados necessitam da fixação de normas coercitivas, as quais deverão ser supridas quando da existência de regra jurídica, que impregnada com valores humanos, normatize a matéria.

⁶⁷ **GAMA**, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 463.

⁶⁸ “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁶⁹ **BARBOZA**, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 112.

Neste sentido, cabe ao Direito estabelecer normas que controlem as novas relações sociais oriundas do progresso tecnológico que deverão estar fundamentadas na argumentação moral, sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁰. Para tanto, é necessária uma interpretação conjunta dos princípios jurídicos fundamentais e dos princípios bioéticos quando da resolução dos conflitos ocasionados pelo avanço científico.

3) MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS.

O tradicional conceito de família – fundado na união de um homem e de uma mulher, derivado do casamento, reunindo pais e filhos –, assim como o da filiação, foram alvo de profundas transformações ao longo do século XX⁷¹. As transformações científicas proporcionadas pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida abalaram de maneira drástica a verdade biológica, consagrada pelo Código Civil de 1916.

O antigo papel da presunção de paternidade foi aos poucos reduzido pelos progressos da biotecnologia, cedendo lugar às provas indiscutíveis de filiação biológica – exames de DNA –. No entanto, a reprodução artificial vem negar a tradição assentada na verdade biológica, propondo, atualmente a desconsideração da verdade biológica em benefício da verdade afetiva⁷².

Face às transformações ocorridas no modelo clássico de determinação dos vínculos familiares, impõe-se a necessidade da busca de um novo fundamento, tanto para o conceito de família, quanto para o de filiação que precisam ser adaptados à nova ordem.

Faz-se necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre o parentesco biológico e o parentesco social. O elo de afetividade, elemento identificador dos novos vínculos familiares, tais como o da atual ‘família sociológica’, definida por Maria Claudia Crespo Brauner como “a família onde predominam os laços de afeto e solidariedade entre pais e filhos”⁷³ merecem amparo do Direito de Família.

⁷⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. *Temas de bioética e biodireito*: Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 90-93.

⁷¹ CENEVIVA, Walter. Direito de família e ciências humanas. In: NAZARETH, Eliana Riberti (coord). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: ed. Jurídica Brasileira, 1997, pp. 177-179.

⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 121.

⁷³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 199.

A verdadeira filiação, amparada pela nova tendência do Direito, só pode se desenvolver, através do liame afetivo estabelecido entre pais e filhos fundados na vontade e na promessa da verdade afetiva, independente da procedência biológica-genética.

Além disso, a existência de duas verdades – verdade biológica e a verdade afetiva – na atribuição da filiação suscitam questionamentos a respeito de qual verdade deverá prevalecer na determinação da parentalidade⁷⁴.

Atualmente a jurisprudência e a doutrina, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, têm reconhecido o afeto como fator determinante no estabelecimento da filiação. A nova figura jurídica denominada filiação sócio-afetiva oriunda da relação de afeto existente entre pais e filhos, atualmente, tem se sobreposto ao fator biológico, conforme Paulo Luiz Netto Lôbo:

“A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto á frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído. [...] tanto o estado de filiação *ope legis* quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não”⁷⁵.

Importante salientar, que nos casos de reprodução artificial, especialmente nas situações de maternidade de substituição, podem estar envolvidos até três casais: “aquele que deseja a criança, mas não tem condições de fornecer material fecundante, nem a mulher pode engravidar; aquele que doa o embrião excedente; e o casal que aceita que a mulher engravide, permitindo, o nascimento da criança”. O tema suscita questões a respeito de quem será considerado o pai e a mãe da criança concebida.

O que torna a determinação da maternidade e da paternidade uma situação de difícil solução, mesmo diante da impossibilidade jurídica destes de tornarem-se parentes da criança, não há como se desconsiderar o envolvimento de todos, especialmente da mulher que emprestou seu útero, para a concepção da criança⁷⁶.

Há também, a situação oriunda da reprodução artificial, que na grande maioria das vezes exclui um dos parceiros, por não ter participado com material

⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 121.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 338.

⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmone Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 676.

fecundante, do processo reprodutivo, geralmente em razão de esterilidade do homem, ou a mulher, no caso da maternidade de substituição, em que a gestação é contraindicada.

Note-se que diante das profundas alterações do tradicional conceito de família que afetam a determinação da filiação, torna-se cada vez mais frequente a valorização do vínculo afetivo, derivado da convivência familiar e não apenas do vínculo de consanguinidade.

Frente aos questionamentos jurídicos, a doutrina tem entendido que a filiação não pode estar fundada exclusivamente na verdade biológica, decorrente do vínculo de consanguinidade⁷⁷, os vínculos de filiação devem ser determinados pelo afeto, pois “não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas sim o cordão umbilical do amor”⁷⁸.

Tradicionalmente a presunção da maternidade sempre fora considerada evidente por sinais exteriores inequívocos, tais como a gestação e o parto, através dos quais era possível afirmar que *mater semper certa est*, baseado no fator biológico. O parto dava à parturiente a condição de mãe pelo nascimento da criança, donde era possível estabelecer outra máxima, a *partus sequitur ventrem*. Desde a Roma Antiga, a presunção de maternidade estava a salvo de contestação, uma vez que o fator biológico era notório para o reconhecimento da maternidade⁷⁹.

Observa-se assim que justamente devido ao fato de a maternidade ter sido sempre considerada como certa – em razão do parto –, a doutrina pouco se deteve na matéria, uma vez que considera incomuns os casos de “maternidade improvada”⁸⁰. Contudo, o registro de nascimento, meio pelo qual se faz a prova do parto, pode não se mostrar fidedigno à realidade.

Ademais, as conquistas no âmbito da procriação artificial reduziram, paulatinamente, o papel da presunção da maternidade, até então irrefutável.

Tradicionalmente a maternidade sempre foi atribuída apenas a uma mulher, que era encarregada das diversas etapas, tais como a fecundação, a gestação e o parto.

⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 203.

⁷⁸ FACHIN, Luiz Edison. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.85.

⁷⁹ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 254.

⁸⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29.

No entanto, através da procriação assistida, sobretudo da maternidade de substituição, mudanças ocorreram no processo natural de gestação, de forma que estas funções foram dissociadas, podendo ser distribuídas a mais de uma mulher⁸¹, a que deseja a maternidade, mas não tem a possibilidade de engravidar e a mulher que, de fato, gestará a criança.

A maternidade de substituição dá origem a diversos problemas ético-jurídicos. Um deles deriva da dificuldade de determinação da maternidade, uma vez que a técnica dissocia a reprodução da gestação e do parto. Assim, o parentesco genético, o de gestação, assim como o afetivo confundem-se⁸².

Atualmente, no Direito Brasileiro, conforme o Código Penal Brasileiro, que elenca em seus arts. 242 e 243 os crimes contra o estado de filiação, atribui a maternidade à mulher que deu à luz.

Assim, o parto constitui-se no fundamento principal na determinação da maternidade, por combinar, o fator biológico ao elemento jurídico: o parto⁸³. Conforme reitera Eduardo de Oliveira Leite “a mãe jurídica – e a única – é determinada pelo parto”⁸⁴.

Por tais razões, o recurso à maternidade de substituição deve ser utilizado em última instância, quando todos os demais tratamentos já tiverem sido experimentados e não houver outra solução senão a maternidade de substituição.

No entanto, quando esta for concretizada, de acordo com Guilherme Calmom Nogueira da Gama:

Em se admitindo como legítima a prática da maternidade de substituição e, especialmente, apesar de ilegítima se ela efetivamente ocorrer, a solução à respeito da maternidade jurídica, data venia, não pode ficar à mercê daquela ou (daquelas) que envolveram suas ações em tal prática”. Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá em momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e da paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a inexistência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que,

⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1994, p. 111.

⁸² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 188.

⁸³ GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 485.

⁸⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 111.

para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar e não a mulher que engravidou⁸⁵.

Entretanto, apesar de em muitos países as técnicas de procriação assistida, envolvendo a prática de maternidade de substituição sejam expressamente proibidas⁸⁶, no Brasil, atualmente não existe qualquer fundamento constitucional que autorize ou proíba a utilização das mesmas⁸⁷.

Os direitos reprodutivos que autorizam à liberdade de procriação relativa a “se e quando reproduzir-se, ensejando incluir-se nessa escolha o como reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial”⁸⁸ restaram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, conforme prevê o art. 226, §7º, que veda qualquer forma de coerção por instituições oficiais ou privadas, ante o exercício do direito de procriação.

Ademais, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/2013, prevê a prática, no Capítulo VII Sobre a Gestação de Substituição (Doação Temporária de Útero), assegurando o acesso à utilização da maternidade de substituição, àquelas mulheres cuja gestação seja impossível ou contraindicada, em razão de algum problema médico ou em caso de união homoafetiva.

O que nos permite concluir que é permitida a utilização de todas as tecnologias reprodutivas possíveis, desde que o paciente preencha os requisitos para a utilização das técnicas, e esteja ciente de todos os riscos aos quais estará exposto ao submeter-se a qualquer dos procedimentos de Reprodução Humana Assistida.

Por conseguinte, todas as hipóteses de solução quanto à determinação da maternidade, especialmente nos casos da maternidade de substituição, devem estar fundamentadas na vontade da mulher, inserida na liberdade reprodutiva proporcionada pelo projeto parental, razão pela qual o “fator biológico deverá ser desconsiderado, já que a gravidez e o parto são meras consequências da concepção”⁸⁹, ou seja, deve-se

⁸⁵ **GAMA**, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 748.

⁸⁶ **GAMA**, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 852.

⁸⁷ **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 411.

⁸⁸ **BARBOZA**, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes Temas da Atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 158.

⁸⁹ **GAMA**, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 749.

preferir a maternidade da mulher que realmente desejou a criança junto com seu parceiro, em detrimento daquela que não a desejou, mas apenas ‘emprestou’ seu útero em benefício da primeira.

A este respeito, reitera ainda Taisa Maria Macena de Lima ao referir que “a escolha da gestação de substituição, por si só, revela a intenção da mulher em ser mãe”⁹⁰, razão pela qual a maternidade desta deve ser preferida em detrimento daquela. No entanto, para alguns, a atribuição da maternidade à mãe solicitante, poderia ferir o dispositivo contido no art. 242 do Código Penal Brasileiro, que define como crime o parto suposto – dar como próprio parto alheio. Neste caso, a única maneira legal de atribuir a maternidade à mãe solicitante, seria através da maternidade civil, proporcionada pela adoção⁹¹.

Ademais, na resolução de conflitos, há de se ressaltar prioritariamente o interesse da criança, consagrado no princípio do melhor interesse desta e do adolescente pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, regulamentado pela Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente⁹².

A adoção deste princípio em benefício da criança contraria a antiga ordem que priorizava o interesse dos pais biológicos, em detrimento dos interesses da criança, razão pela qual a filiação biológica era preferida ante a não-biológica e a socioafetiva. Contudo, atualmente, o interesse da criança deve se sobrepor a todas as demais considerações, e, através dele o juiz decidirá, diante do caso concreto, qual a melhor situação para o menor, seja ela com os pais biológicos ou com os pais não-biológicos⁹³.

Na aplicação dos princípios, diante da colisão, de acordo com a natureza observância do equilíbrio dos interesses. Assim, quanto ao estabelecimento da maternidade, envolvendo a maternidade de substituição, conforme Heloisa Helena Barboza “deverá ser atribuída àquela que oferecer melhores condições de vida para o

⁹⁰ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 261.

⁹¹ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 260-263.

⁹² AMORIM, Caroline. *Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no ordenamento brasileiro*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos20061/caroline_amorim.pdf. Acesso em : 13/07/2012.

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 334.

filho, tais condições, à evidência não serão exclusivamente econômicas, mas, especialmente, de ordem psicológica”⁹⁴.

Afirma Silvio de Salvo Venosa que é necessária uma lei específica para regulamentar a questão relativa à maternidade de substituição, pois, “o Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a Reprodução Assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto paternidade ⁹⁵”.

Forçoso concluir que essa nova técnica representa um avanço na área médica, mas traz grandes dúvidas à sociedade, resultando em insegurança jurídica e, por isso, urge que o legislador regule essa questão, examinando as várias técnicas possíveis da Reprodução Assistida, uma vez que não se tem como prever o terreno movediço pelo qual está sendo trilhado esse novo horizonte da ciência.

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de lei n. 4892/2012, do deputado Eleuses Paiva que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis e sociais⁹⁶.

Todavia, atualmente a legislação brasileira não possui nenhuma referência normativa ao estado de filiação no caso de maternidade de substituição, sendo necessária, portanto, uma legislação específica para regular tal técnica e solucionar os litígios que dela surgirem.

CONCLUSÃO.

Os avanços da biotecnologia, sobretudo na área da Reprodução Humana Assistida, devolveram aos casais com problemas de infertilidade e esterilidade e aos casais homossexuais a possibilidade de gerar filhos oriundos de seu patrimônio genético.

⁹⁴ **BARBOZA**, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 112.

⁹⁵ **VENOSA**, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 5ª ed., São Paulo, Atlas S.A, 2005, p.260.

⁹⁶ **BRASIL**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4892/2012. Institui o Estatuto de Reprodução Assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em: 29/03/2013.

No entanto, a rapidez com que os progressos da ciência foram desenvolvidos, assim como suas transformações, acabou abalando conceitos assentados, de uma sociedade atônita e despreparada para receber tão profundas transformações.

Os tradicionais conceitos de paternidade e maternidade, e suas presunções diante de filhos havidos na constância do casamento ou união estável foram paulatinamente enfraquecidos, em razão das novas técnicas. Especialmente a presunção de maternidade, que sempre foi considerada evidente em decorrência dos sinais exteriores inequívocos, tais como a gestação e o parto, donde era possível afirmar que *mater sempre certa est*, foi profundamente abalada, notadamente em circunstância da maternidade de substituição.

A maternidade de substituição é uma das técnicas de maior complexidade, decorrentes dos processos de reprodução assistida, atualmente, em razão da dificuldade de determinação da paternidade-filiação e a maternidade-filiação.

A resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, regulamenta a prática, ao estabelecer quais critérios deverão ser observados quando da utilização da técnica, tais como a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação à mulher que deseja ter filhos ou em caso de união homoafetiva, assim como a necessidade de que as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau, em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos, e ainda a necessidade da doação ocorrer de maneira gratuita, sem qualquer possibilidade de caráter lucrativo ou comercial.

Frente à ausência de uma legislação específica capaz de regulamentar a reprodução assistida, a referida Resolução nº. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina é insuficiente, apesar de estabelecer limites ao acesso e à utilização da prática de maternidade de substituição, pois trata-se de uma norma deontológica, de suma importância para a classe médica, mas na grande maioria das vezes absolutamente desconhecida da população em geral. Além do mais, a Resolução é desprovida de coerção, sem qualquer possibilidade de coibir o uso indiscriminado das tecnologias reprodutivas, de maneira que nos parece insuficiente diante de importantes situações que estamos vivenciando.

No entanto, apesar da complexidade dos novos fenômenos, entende-se que os avanços tecnológicos não devam ser restringidos, porquanto é notório que a Medicina atua em favor da melhoria da qualidade de vida das pessoas e do progresso da ciência, em prol da sociedade de um modo geral, e que o desenvolvimento das técnicas

de procriação assistida permite tanto aos casais inférteis quanto aos estéreis e aos homoafetivos, a renovação das esperanças na busca pelo tão desejado filho. Contudo, faz-se necessário um controle da utilização dos progressos biotecnológicos através da observância de valores e princípios constitucionais, imensamente mais valiosos que a satisfação de interesses particulares.

Os problemas ético-jurídicos decorrentes dos avanços tecnológicos retratam uma realidade na qual a ausência de norma específica e somente os princípios da Bioética mostram-se insuficientes para solucionar tais desafios. A Bioética, apesar de indicar limites à experimentação humana, através de seus princípios, é ineficaz tendo em vista a ausência de coerção. Para tanto, faz-se necessária a construção de uma solução jurídica, capaz de estabelecer normas que determinem os limites das novas relações sociais oriundas do progresso tecnológico, que deverão estar fundamentadas na interpretação conjunta dos princípios bioéticos e dos princípios jurídicos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade humana, não apenas daqueles que exerceram seu direito à procriação, mas essencialmente a proteção da dignidade do futuro ser humano e o princípio do melhor interesse da criança, quando da resolução dos conflitos ocasionados por esses avanços científicos.

Nos casos de maternidade de substituição, em todas as hipóteses de solução no conflito quanto à determinação da maternidade, os critérios a serem considerados devem estar fundamentados na vontade da mulher em ser mãe, razão pela qual o fator biológico deverá ser relativizado, ou seja, deve-se preferir a maternidade da mulher que realmente desejou a criança junto com seu parceiro ou do casal homoafetivo, em detrimento daquela que não a desejou, mas apenas ‘emprestou’ seu útero. Neste caso, a única maneira de atribuir a maternidade legal à mãe solicitante é através da maternidade civil, assim como na adoção.

Ademais, ressalta-se que na resolução de conflitos, há de se priorizar o direito deste ser, consagrado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, e regulamentada pela Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

O interesse da criança deve se sobrepor a todas às demais considerações vertidas no litígio, pois somente desta forma o julgador, diante do caso concreto, deverá decidir visando atender esses princípios constitucionais, notadamente, a dignidade humana e observando o melhor interesse dessa criança, seja com os pais biológicos ou com os socioafetivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2011).

AMORIM, Caroline. *Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no ordenamento brasileiro*. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos20061/caroline_amorim.pdf. Acesso em: 13/07/2012.

ARAÚJO, Nadia de. **VARGAS**, Daniela. **MARTEL**, Letícia de Campos Velho. Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. In: **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha. *Família entre o Público e o Privado*. Porto Alegre; IBDFAM-Lex Magister, 2012, p.211.

ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BADALOTTI, Mariângela; **PETRACCO**, Álvaro; **ARENT**, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil, In: **SÁ**, Maria de Fátima Freire de; **NAVES**, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos; In: **BARBOZA**, Heloisa Helena; **BARRETTO**, Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCHFONTAINE, Cristian de Paul. “Bioética e políticas demográficas”. *O mundo da saúde*, São Paulo, ano 26, v. 26, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: **BARBOZA**, Heloisa Helena; **BARRETTO** Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Edusc, 1997.

BIRLOT, Ana Maria Monteiro; **TRINDADE**, Zeidi Araújo. *As tecnologias de Reprodução assistida e as representações sociais ao filho*. Scielo. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-94X2004000100008.

Acesso em: 01/12/2012.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013, de 2013. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm . Acesso em: 05/06/2013.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4892/2012. Institui o Estatuto de Reprodução Assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em 29/03/2013.

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

CARNEIRO, Fernanda; **EMERICK**, Maria Celeste. *A ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000.

CENEVIVA, Walter. Direito de família e ciências humanas. In: **NAZARETH**, Eliana Riberti (coord). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: ed. Jurídica Brasileira, 1997, pp. 177-179.

CLOTET, Joaquim; **FEIJÓ**, Anamaria. *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo á construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v.18, p. 156-171, 2000.

FACHIN, Luiz Edison. Família hoje. In: **BARRETO**, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia. In: **SÁ**, Maria de Fátima Freire de; **NAVES**, Bruno Torquato de Oliveira (coord). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

GOLDIM, José Roberto. *Maternidade Substitutiva*. Disponível em: <http://www.ufrgs.Br/bioética/mastersub.htm>. Acesso em: 01/09/2012.

_____. Bioética: origens e complexidade. *Revista HCPA*, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006.

_____. Bioética e interdisciplinaridade. *Educação, Subjetividade & Poder*, Porto Alegre, v. 4, p. 24-28, 1997.

GOMES, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de janeiro: Forense, 2004.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
_____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária, In: **FARIAS**, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: **BARBOZA** Heloisa Helena, **BARRETTO** Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PESSINI, Léo; **BARCHINFONTINE**, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

REICH, T.W. *Encyclopedia of bioethics*. V.1, New York: MacMillan, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SGRECCIA, Elio. Engenharia genética humana: problemas éticos. In: **STANISLAUS**, Ladusâns (coord). *Questões atuais da bioética*. São Paulo: Ed. Loyola, 1990.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 5ª ed., São Paulo, Atlas S.A, 2005.