

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
AUREA CRISTINA FURTADO DA COSTA**

**A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

**RUBIATABA/GO
2019**

AUREA CRISTINA FURTADO DA COSTA

**A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Marcus Vinicius Silva Coelho.

**RUBIATABA/GO
2019**

AUREA CRISTINA FURTADO DA COSTA

**A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor Marcus Vinicius Silva Coelho.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / ____

Marcus Vinicius Silva Coelho
Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública e capacitação para o
magistério superior
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Danilo Ferraz Nunes da Silva
Mestre em Direito
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Gláucio Batista da Silveira
Especialista em Direito Tributário
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Aos meus pais e minha irmã: pilares da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter me dado sabedoria e força para concluir mais essa etapa da minha vida.

À minha mãe, pela ajuda constante, pelas orações, conselhos, incentivos, amor e carinho, além de todo apoio nos momentos difíceis. Por ser exemplo de humildade, honestidade e determinação, não medindo esforços para que meus sonhos fossem realizados. A ela devo tudo o que conquistei e o que sou.

Ao meu pai, pela criação e educação baseadas no amor e no afeto; por ter me ensinado a respeitar sempre, reconhecendo ao próximo como igual. Serei eternamente grata por sempre ter acreditado que eu seria capaz de atingir os meus objetivos.

À minha irmã, pelo amor, companheirismo, incentivo, por sempre acreditar que eu seria capaz, me dando apoio e me fazendo acreditar que se tivermos fé somos aptos a conquistar o impossível.

Aos meus amigos que conquistei nessa caminhada. Com eles compartilhei conhecimentos, angústias, alegria, sempre apoiando e torcendo para o sucesso um do outro. Grata a cada um pela amizade e companheirismo nessa jornada.

Ao meu orientador professor Marcus, que acreditou em mim; agradeço pelo suporte, pelas correções, paciência e incentivo. Quero expressar o meu reconhecimento e admiração pela sua competência profissional.

A todos os colegas do trabalho, que vivenciaram momentos de estudos, de tensão, no decorrer dessa caminhada. Agradeço pela a boa convivência.

À instituição de ensino, todos os professores, direção e administração, por todo o conhecimento a mim repassado e que foram importantes na minha vida acadêmica.

E a todos que, forma direta ou indireta, contribuíram para que esse dia chegasse ...
GRATIDÃO.

EPIGRAFE

“O que torna possível uma verdadeira família não é maneira pela qual ela se constitui, mas o amor, o respeito e a alegria pela vinda do outro.”

Valter Nilton Felix

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi analisar a (im)possibilidade de alienação do direito fundamental ao corpo, verificando a necessidade de uma legislação própria, coerente e eficaz para a tutela da família que pretende utilizar este procedimento. Para o alcance do objetivo foi desenvolvido o estudo pautado no método hipotético-dedutivo para resultar nas respostas das hipóteses, utilizando do meio exploratório, a Constituição da República Federativa do Brasil, doutrinas, artigos jurídicos e demais materiais que tratam do tema em questão. Com base nesse estudo foi possível compreender que o ser humano tem autonomia e liberdade para a livre disposição do seu corpo, pautado no princípio da dignidade humana, pois, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas, cada um é responsável por si só, sendo o indivíduo o único responsável por seus atos e suas escolhas. Dessa forma, entende-se que há uma necessidade imediata de uma legislação que ampare, limite e normalize o uso das técnicas de reprodução, para que seja evitado o uso descontrolado das mesmas, e prejuízos à dignidade da pessoa humana, e sobretudo que, diante de litígios, os legisladores tenham onde buscar para solucionar os mesmos. Diante disso, percebe-se que, apesar do ser humano ter a liberdade de tomar as decisões que lhe forem mais convenientes, essa liberdade não pode ser absoluta. Antes, deve ser mitigada, cabendo ao Direito estabelecer limites do exercício, pois ao condicionar a liberdade individual ou coletiva, o direito tende a garantir condições essenciais à liberdade de todos.

Palavras-chave: Autonomia. Liberdade. Ser humano.

ABSTRACT

The objective of this study was to analyze the (in) possibility of alienation of the fundamental right to the body, verifying the need for a proper, coherent and effective legislation for the protection of the family that intends to use this procedure. In order to reach the objective, a study based on the hypothetical-deductive method was developed to result in the hypothesis responses, using the exploratory medium, the Constitution of the Federative Republic of Brazil, doctrines, legal articles and other materials that deal with the subject in question. Based on this study it was possible to understand that the human being has autonomy and freedom for the free disposition of his body, based on the principle of human dignity, since, as long as it does not harm the interests of other people, each one is responsible by itself, the individual being solely responsible for his actions and choices. Thus, it is understood that there is an immediate need for legislation that protects, limits and normalizes the use of reproduction techniques, so as to avoid the uncontrolled use of them, and damage to the dignity of the human person, and above all, legislators have where to look to solve them. In view of this, one realizes that, although the human being has the freedom to make the decisions that are most convenient to him, this freedom cannot be absolute. Rather, it must be mitigated, and it is up to the law to establish limits to the exercise, because by conditioning, individual or collective freedom, law tends to guarantee conditions essential to the freedom of all.

Keywords: Autonomy. Freedom. Human being.

Traduzido por Anaíse Moreira Pimentel Atanásio, Graduada em Licenciatura Plena em Letras Português/Inglês. Especialista em Metodologia do Ensino de Língua Portuguesa e Língua Inglesa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART- Artigos

CFM- Conselho Federal de Medicina

CRFB- Constituição da República Federativa do Brasil

DST's- Doenças Sexualmente Transmissíveis

FIV - Fertilização In Vitro

FIVET -Fecundação In Vitro com Transferência de Embrião

GIFT -Transferência Intratubária de Gametas

Nº- Número

PMA- Procriação Medicamente Assistida

RA- Reprodução Assistida

STF- Supremo Tribunal Federal

ZIFT - Transferência Intratubária de Zigoto

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

@- Arroba

II- Dois

III- Três

IV- Quatro

V- Cinco

VIII- Oito

XV- Quinze

XVII- Dezesete

XIX- Dezenove

XX- Vinte

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 11 |
| 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA..... | 14 |
| 2.1 A BIOÉTICA E OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO..... | 16 |
| 2.1.1 CONCEITO DE BIOÉTICA | 16 |
| 2.1.2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA..... | 17 |
| 2.1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA | 18 |
| 2.1.4 O PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR..... | 20 |
| 2.1.5 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA | 21 |
| 2.1.6 PRINCÍPIO DA NÃO-BENEFICÊNCIA | 22 |
| 2.2 A “NOVA” MATERNIDADE FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO | 22 |
| 3. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS..... | 25 |
| 3.1 A FERTILIZAÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS SITUAÇÕES DELA DECORRENTES..... | 25 |
| 3.1.1 ARGUMENTOS ÉTICOS-JURÍDICOS EM TORNO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETEROLOGA E HOMÓLOGA..... | 26 |
| 3.1.2 FERTILIZAÇÃO “IN VITRO” E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS..... | 28 |
| 3.2 A RESOLUÇÃO Nº 2.168/2017 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA FORÇA NORMATIVA..... | 31 |
| 4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO REGRA DA ORDEM JURÍDICA E A CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO | 34 |
| 4.1 A LIBERDADE DE CONTRATAR NO DIREITO BRASILEIRO | 35 |
| 4.1.2 A NORMALIZAÇÃO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DO CORPO | 37 |
| 4.2 O DIREITO COMPARADO APLICADO EM RELAÇÃO À MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO..... | 39 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 42 |

1. INTRODUÇÃO

No século XX, à partir da década de 1970, com os avanços da tecnologia e da ciência, aliados à medicina e impulsionados pelo desejo de pessoas estéreis ou impossibilitadas de gestar uma criança, diversas técnicas de reprodução assistida foram criadas ao longo dos anos. Inicialmente de uma forma embrionária e, hoje, cada vez mais presentes, deixando de ser algo considerados intangível, tornando o sonho da maternidade para essas pessoas, uma realidade.

Com os avanços das técnicas de reprodução assistida, surgiu a maternidade de substituição, cuja prática consiste no acordo entre o casal idealizador e a mulher que cede o seu próprio útero, com o objetivo de ajudar o casal a formar uma família. Essa prática não é regulamentada no Brasil, ou seja, não há uma legislação no nosso ordenamento jurídico que disponha sobre a matéria. Atualmente, só a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, que estabelece somente sobre a conduta ética dos médicos na utilização das técnicas de RA, não possuindo, dessa forma, nenhuma força de lei.

Contudo, a prática da maternidade de substituição causa questionamentos jurídicos em relação à validade do acordo firmado entre as partes, passando, assim, pelo direito civil, a natureza jurídica dos contratos, como também pelo direito constitucional. Daí advém o problema desse trabalho que é: “há (im)possibilidade de mitigação do direito fundamental de autonomia de vontade sobre o corpo?”.

Diante do problema formulado, discute-se a hipótese de que a liberdade de escolha e a autonomia de vontade das pessoas que deseja ter filhos deve ser respeitada, independentemente dos métodos ou procedimentos que os pais adotarem. Porém, é preciso entender que as técnicas de reprodução assistida dizem respeito ao direito à vida, um bem jurídico tutelado no texto constitucional, e, por essa finalidade, o Estado não poderá se manter inerte.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar a (im)possibilidade de alienação do direito fundamental ao corpo, verificando a necessidade de uma legislação própria, coerente e eficaz para a tutela da família que pretende utilizar este procedimento.

A escolha do tema surgiu pelo fato de que a maternidade de substituição a cada dia ganha mais pacientes e simpatizantes do método. Mesmo assim, a atual legislação mostra-se, de certa forma, omissa quando aplicada em casos reais, pois não há no ordenamento

jurídico brasileiro uma legislação própria, consistindo, apenas, a resolução do conselho federal de medicina que é usada como parâmetro na maioria das decisões concretas. Pretende-se analisar, partindo dessa verdade, de que maneira essa alienação de um direito fundamental ocorre dentro da nossa sociedade atual, verificar e se a regulamentação existente é suficiente para o efetivo controle da possível alienação do corpo nos casos de maternidade de substituição.

Este trabalho será desenvolvido usando o método hipotético-dedutivo que parte da formulação de um problema, que advém, geralmente, de conflitos diante das teorias e expectativas existentes, passando pela conjectura que propõe uma solução ou hipóteses que estarão ajudando chegar na resposta do problema. Sendo assim, este trabalho tem como estudo, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana diante da maternidade de substituição. A partir de pesquisas na Constituição Federal, artigos científicos e doutrinas, juntamente com a análise da Resolução que o Conselho Federal de Medicina dispõe, analisar-se-á a disposição do corpo para terceiros frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo aborda a evolução histórica da reprodução assistida no Brasil, mostrando como se deu o início do uso dessas técnicas e as possibilidades de procriação que se tornaram possíveis com essa evolução. Será analisada a bioética, que é uma disciplina que consiste no estudo da moralidade do ser humano na área das ciências da vida, tratando, ainda, dos princípios que orientam a maternidade de substituição e a “nova” maternidade frente ao ordenamento jurídico, quando serão analisadas, também, as diferentes formas da maternidade, a partir das técnicas de reprodução assistida.

O segundo capítulo trata das técnicas de reprodução humana assistida e das consequências jurídicas que podem advir com a prática das mesmas, assim como a fertilização humana assistida e as situações dela decorrentes, podendo essas serem positivas ou negativas. Tratar-se-á, também, dos argumentos éticos-jurídicos em torno da inseminação artificial heteróloga e homóloga e as consequências jurídicas que a Fertilização “in vitro” pode gerar, e, ao final, discorrer sobre resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina dentro do ordenamento jurídico e sua força normativa, e a necessidade que se tem de uma legislação própria.

No terceiro capítulo examina-se a dignidade da pessoa humana como regra da ordem jurídica e a cessão temporária do útero, discorrendo como o princípio da dignidade humana reflete nas escolhas do indivíduo, bem como a liberdade de contratar no direito brasileiro, e a normalização da livre disposição do corpo pautados nos direitos da

personalidade. Para encerrar, aborda o direito comparado aplicado em relação à maternidade de substituição.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O primeiro capítulo desse trabalho faz uma análise da evolução histórica da reprodução assistida no Brasil, mostrando como se deu o início do uso dessas técnicas, bem como as possibilidades de procriação que se tornaram possíveis com essa evolução. Analisar-se-á a bioética e os princípios que orientam a maternidade de substituição, finalizando com a observação da nova maternidade frente ao atual ordenamento jurídico brasileiro.

O nascimento, a vida, a procriação, sempre encantaram o ser humano, estimulando a sua curiosidade desde os primórdios. Podemos considerar o instinto de perpetuação da espécie, o fascínio pela origem da vida, e, ainda mais, o desejo de ter filho como algumas etapas do desenvolvimento humano (MOREIRA, 2016, p.17).

O referido doutrinador (2016) explica que a civilização humana, desde os primórdios, vem buscando formas de controle de reprodução. Na antiguidade, a mulher estéril era desprezada pelo marido ou companheiro pela impossibilidade de procriar, o que a tornava indigna na sociedade em que vivia. Este desejo de procriação estimulou a medicina reprodutiva a desenvolver métodos e técnicas, buscando solucionar os problemas de infertilidade e esterilidade de mulheres inférteis, estéreis, para que pudessem ter os seus filhos.

Até o final do século XV, a ideia da possibilidade de haver a esterilidade masculina era inaceitável, permanecendo sem grandes mudanças em relação à esterilidade feminina. Só após o século XVII surgiu dados sobre a esterilidade conjugal, mudando, assim, o entendimento de que o problema era exclusivamente da mulher. Isso só foi possível com a invenção do microscópio por Leenwenhoek, em 1590, fazendo com que o estudo da esterilidade conjugal alcançasse foro de cientificidade.

Ainda que enfrentando resistências e oposições ao longo dos anos, a ciência prosseguiu com este objetivo. “A Idade Média é apontada como o período histórico em que ocorreu a primeira inseminação homóloga, sendo a heteróloga exitosa apenas no final do século XIX, com o aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida” (MOREIRA 2016, p. 17 apud GAMA, 2003, s/p).

Entende-se que só a partir do século XX se deu o período histórico que marcou o campo da reprodução humana medicamente assistida, se comparado aos séculos anteriores, com os avanço e a modernidade da tecnologia e da ciência, que as técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), começaram a fazer parte da nossa realidade. “Inicialmente de

uma forma embrionária e, hoje, cada vez mais presentes, deixando de ser algo considerados intangível” (ABREU, 2008, p.10).

Assim, com esta possibilidade trazida pela medicina reprodutiva e pela biotecnologia surgiram as famílias ectogenéticas, que são os modelos familiares com filhos naturais das técnicas de reprodução medicamente assistida. “As técnicas de reprodução podem variar entre processos homólogos ou heterólogos, de acordo com o material genético, seja de ambos, apenas de um ou de nenhum dos membros do casal e ainda incluir o recurso à maternidade de substituição tradicional ou gestacional” (CHAVES, 2015, p.2).

A busca pelos recursos das técnicas de reprodução assistida, assim como o desejo de gerar um filho, está fundamentado no art. 226, §7º da CRFB:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988);

Desta forma, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que o planejamento familiar deverá ser baseado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, ficando vedado ao Estado qualquer tipo de interferência no exercício desse direito. Podendo assim entender que “a reprodução é um direito fundamental, e conseqüentemente para se formar uma família” (CHAVES, 2015, p.3).

É de suma importância definir a inseminação artificial para que se possa entender quais são as espécies de técnicas de reprodução assistida. “Doutrinariamente, a inseminação artificial consiste no processo através do qual é colhido material genético do homem em laboratório e o congelamento do referido material em solução de azoto líquido para posterior implantação no colo do útero” (MOREIRA 2016, p.22 apud SÁ 2002, s/p).

Diante disso, Moreira (2016, p.23) descreve que a definição genérica de reprodução assistida “é o conjunto de técnicas que permitem a fecundação com o objetivo de proporcionar às mulheres consideradas inférteis, casais de homossexuais, e até mesmo pessoas solteiras a possibilidade de terem filhos”.

Já a literatura do campo medicinal explica que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são as técnicas de reprodução assistida mais utilizadas, e são as mais popularmente conhecidas. As espécies mais conhecidas são a homóloga, denominada de

intraconjugal, quando realizada com o sêmen e o óvulo dos conviventes, e a heteróloga, ou extraconjugal, quando realizada com recurso de material genético (sêmen e/ou óvulo) de doador (MOREIRA, 2016).

Na inseminação artificial homóloga há um encontro entre a filiação biológica e a afetiva, pois o material genético que é utilizado para realizar o procedimento é do próprio casal. Nessa forma de inseminação artificial, quase não há questionamentos em relação aos seus reflexos jurídicos e sociais.

A inseminação artificial heteróloga, conhecida também como extraconjugal, ou, ainda, heteroinseminação, é realizada com sêmen ou óvulo de um terceiro, o doador. Esta técnica provoca vários debates sociais, éticos e jurídicos, pois ela depende da colaboração genética de um terceiro. Ela é mais indicada nos casos de esterilidade masculina definitiva, impossibilidade de reprodução devido a doenças hereditárias, ou por doenças sexualmente transmissíveis (DST's) ou, ainda, por outros fatores congêneres.

Sendo assim, levando em consideração que todas as inovações científicas que vem acontecendo “trazem a imperiosa necessidade de profunda reflexão filosófica, ética e jurídica sobre as repercussões dessas nos direitos fundamentais que devem reger a vida humana” apesar que essas conquistas científicas precisam “visar o bem do ser humano”, logo seus resultados e suas consequências devem ser limitados pela “manutenção das garantias e liberdades dos indivíduos” (MOREIRA, 2016, p.31 apud FORTES 1993, p. 79-80).

Como já foi mencionado acima, atualmente, as técnicas de reprodução assistida são meios que possibilitam a reprodução humana. Entre elas há a fertilização in vitro e a inseminação artificial (homóloga ou heteróloga). “Existem diversas expressões que são usadas desde a antiguidade. Entre elas estão as chamadas barriga de aluguel, maternidade sub-rogada, contrato de gestação, útero de substituição e a maternidade por substituição que será estudada no decorrer deste trabalho” (MOREIRA, 2016, p. 32).

2.1 A BIOÉTICA E OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

2.1.1 CONCEITO DE BIOÉTICA

A palavra bioética significa, ética à vida. Uma de suas características mais problemáticas e interessantes é o caráter interdisciplinar. “A expressão Bioética surgiu pela

primeira vez no início dos anos 70, aplicado por Van Rensselaer Potter, nas obras: *Bioethics: the science of survival e Bioethics: bridge to the future*” (DINIZ, 20017, p.33).

No conteúdo das referidas obras não haviam discriminação sobre a relação com o que hoje chamamos de bioética, pois para ele, a finalidade da bioética é auxiliar a humanidade no sentido de participação racional, porém, atenta ao processo da evolução biológica e cultural, entende-se que a bioética é a combinação de valores humanos e conhecimentos biológicos.

Nesse diapasão, entende-se, pelo ponto de vista histórico, que a bioética pode ser distribuída em três diferentes períodos; primeiro, o período educacional caracterizado como uma conexão para o futuro, onde preponderava os valores humanos, no sentido de estabelecer uma melhoria para a vida dos seres humanos, um elo entre as ciências e a humanidade. O segundo vértice é a bioética global ou, então, eco-ética caracterizado pelo estudo de tudo aquilo que habita o meio ambiente independentemente de ser racional ou não. E por fim, a bioética da tecnociência que diz respeito à inclusão das plantas e dos animais na reflexão ética já realizada para os seres humanos (MACHADO, 2013).

A bioética é um ramo da ética, pois pondera os prós e contras de um determinado comportamento, levando em consideração os princípios e os valores morais existentes na sociedade. Ela tem por finalidade buscar benefícios e garantias da dignidade do ser humano. “Os assuntos mais conhecidos da bioética são os temas referentes ao que atualmente são chamados de direitos reprodutivos” (MACHADO 2013, p.15 *apud* OLIVEIRA 2004, s/p).

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz (2017) bioética seria em um sentido amplo “a resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas ético provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana”, mas as demais pesquisas em seres humanos.

A bioética analisa os recentes avanços da ciência em função, principalmente, da pessoa humana, tendo-se por referência central o ser humano, especialmente considerado em dois momentos básicos: o nascimento e a sua morte. Podemos, assim, compreender que a principal área de atuação da bioética é os seres humanos.

2.1.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

O primeiro princípio a ser analisado é o da autonomia que tem por finalidade proteger a liberdade de escolha do ser humano. Este princípio diz respeito à liberdade

individual, sob o entendimento de que a própria pessoa sabe o que é melhor para si, mas a decisão deve ser adotada com plena consciência.

No entanto, o princípio da autonomia não pode ser considerado absoluto, visto que o indivíduo deve ser responsável pela escolha de seus atos, não podendo os seus limites ultrapassar a liberdade e a dignidade de terceiros, ou seja, este princípio promulga o respeito ao indivíduo. Sendo assim, as suas escolhas não devem ser atribuídas por terceiros.

O referido princípio deixa claro que o ser humano tem o direito de ser responsável por seus atos, de exercer seu direito de autodeterminação, respeitando os seus valores, crenças e suas vontades, reconhecendo, assim, o seu domínio pela própria vida e o respeito à sua intimidade.

De acordo com Novelino (2010), a autonomia da vontade enquanto fundamento da dignidade humana, é de total natureza racional, devendo assim receber uma proteção adequada. Essa proteção deve ser proporcional na medida em que a manifestação de vontade seja efetivamente livre e autêntica. Deste modo, observa-se que o princípio da autonomia tem por sua base a razão e o respeito às vontades dos indivíduos.

2.1.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana em *supra*, sendo também o princípio norteador e que fundamenta todos os outros princípios jurídicos e fundamentais, sempre será posto em análise em primeiro lugar. A dignidade em si não é um direito, mas sim um atributo essencial a todo ser humano, independentemente da origem, idade, condição social, sexo ou qualquer outro requisito.

O doutrinador Marcelo Novelino (2010, p.340) aponta que “o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento confere aos poderes públicos o dever de proteção, respeito e a promoção dos meios necessários a uma vida digna”. A dignidade é infringida quando a pessoa é tratada como um meio para se atingir um determinado fim, como um objeto.

O princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica nacional é composto por diversos elementos: o valor próprio da pessoa, igualdade, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento intersubjetivo. Esses elementos não atuam de forma isolada, mas por meio de relações interligadas. Em alguns casos é possível haver conflito entre os aspectos

da dignidade humana, do valor intrínseco e da autonomia. É o que ocorre na maternidade de substituição, pois a decisão da mulher em gerar uma criança em seu ventre, não sendo da mesma, e sim de terceiros. Esta é uma disposição que, geralmente, não é contestada, pois estaria lesando o valor intrínseco da gestante, sob o fundamento de que o corpo da mulher seria utilizado como um meio para a consecução de fins alheios. E “o princípio da dignidade humana traz a ideia de que todas as pessoas tem um valor próprio, não podendo, assim, servir como instrumento para a obtenção de fins para terceiros” (DARYELL,2017, p.25).

Deste modo, seria a maternidade de substituição um atentado à dignidade da vida da mãe portadora, ou, à dignidade da vida da mãe que doou o óvulo e tem um projeto parental? Ou também um atentado à dignidade da vida da mãe portadora que conjuntamente doou seu próprio óvulo? Ou ainda, e mais importante, seria um atentado à dignidade da vida do ser humano que está por nascer?

Entende-se que a única afetação à dignidade é analisada do ponto de vista da criança. Se a mãe portadora se submeteu ao processo doando o óvulo, ou não, é porque ela tinha total consciência de suas ações e, portanto, não teria sua dignidade afetada. No entanto, “a técnica da maternidade de substituição não afeta o nascituro e o seu direito de personalidade” (ABREU, 2008, p.82).

Um dos pontos mais importantes da dignidade da pessoa humana é a autonomia de vontade, que é a capacidade do indivíduo de tomar decisões no seu meio particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Ou seja é a importância de um direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade. Desde que não prejudique os interesses de outras pessoas, cada um e responsável por si, sendo o indivíduo unicamente responsável por seus atos, suas escolhas.

Sendo assim, compete a cada indivíduo decidir por si mesmo os lugares que deseja ir, qual a religião que deve acreditar, com quais pessoas queira se reunir ou se juntar, e assim por diante. Por esse motivo há os diversos direitos de liberdade de expressão, de religião, de associação e reunião, de profissão, de locomoção. A autonomia de escolha é de um valor inestimável, já que a maioria dos direitos fundamentais provém, inteiramente, desse princípio.

O artigo 13 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 2002) traz expressamente: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Sendo assim, toda pessoa que está em pleno gozo de sua capacidade mental, e tenha condições para tomar

suas próprias decisões, tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo da maneira que bem entender, desde que não prejudique o direito de terceiros.

Não cabe ao Estado dizer o que é certo ou o que é errado. O indivíduo que tem que saber quais são os seus limites e o que lhe convém fazer ou não. O máximo que o Estado pode fazer é desenvolver métodos para que a pessoa tenha consciência das consequências de seus atos. Porém, nunca interferir nas suas escolhas, principalmente quando a decisão não abrangerá a dignidade de terceiro.

2.1.4 O PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O livre planejamento familiar mostra-se na Constituição como uma decisão do casal, sendo de responsabilidade do Estado garantir o acesso aos recursos que garantam a execução desse direito. O direito à reprodução é um direito fundamental, que se baseia no direito à liberdade, expressa pela autonomia de vontade no âmbito privado.

A busca pelos recursos das técnicas de reprodução assistida, assim como o desejo de gerar um filho, está fundamentado no art. 226, §7º da Constituição Federal:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988);

Desta forma, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que o planejamento familiar deverá ser baseado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, ficando vedado ao Estado qualquer tipo de interferência no exercício desse direito, podendo assim entender que a reprodução é um direito fundamental e consequente para se formar uma família (CHAVES, 2015).

Com relação a uma provável colisão entre esse princípio e o direito à vida, no uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, o legislador infraconstitucional, por meio da Lei nº 9.263/96, art. 9º, dispõe em favor do direito ao planejamento familiar, desde que não seja colocada em risco a vida e a saúde das pessoas envolvidas.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia (BRASIL, 1996);

É notório que o direito à livre decisão do planejamento familiar é característico das pessoas partes da entidade familiar. Esse princípio permite que os casais tenham a opção entre ter ou não filhos, entre usar métodos contraceptivos ou conceptivos, devendo o Estado respeitar a decisão das partes, sendo-lhe proibido intervir no planejamento, sob pena de lesionar o princípio do livre planejamento familiar e a autonomia das pessoas.

O Estado tem o dever de proteger os membros da família, sendo a sua função protetora e não interventora, garantindo, assim, a criação de um ambiente digno e adequado para o desenvolvimento da personalidade individual e de seus componentes.

2.1.5- PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

O princípio da beneficência, que deriva do latim *bonum facere*, e significa fazer o bem, referindo-se, em sentido comum, aos atos de compaixão perante terceiros. O ato de fazer o bem a alguém, defender e proteger os direitos dos outros, o amor, o afeto, o carinho, a caridade são, geralmente, considerados formas de beneficência.

Este princípio é dividido em duas espécies, sendo elas geral e específica. A beneficência geral remete-se às pessoas imparciais, relação entre médico e paciente, advogado e cliente, ou seja, a relação entre esses indivíduos não é de carinho, amor, e sim um dever a ser cumprido. Já a beneficência específica refere-se às pessoas de convívio diário, como familiares e amigos (MACHADO, 2013, apud DALL'AGNOL, 2004).

Esta deve ser vista com dupla obrigação. Inicialmente, a de não causar danos ao indivíduo e, em segundo plano, minimizar os prejuízos e maximizar o número de possíveis benefícios, mas sob a lembrança de que a caridade é uma obrigação para com terceiros, promovendo, assim, o bem.

Os prestadores de serviços nas instituições das áreas da saúde devem sempre visar a melhoria da saúde e o bem-estar das pessoas, seguindo o princípio da beneficência, afastando, ao mesmo tempo, qualquer procedimento duvidoso que não traga benefício aos

envolvidos. Entende-se que o objetivo principal do princípio da beneficência o bem-estar dos indivíduos.

2.1.6- PRINCÍPIO DA NÃO-MALEFICÊNCIA

O princípio da não-maleficência tem o dever de não fazer o mal ou causar dano a outrem, garantindo, assim, que possíveis danos sejam evitados o máximo possível e, também, que não se deve praticar algum mal ao paciente.

Este princípio tem como obrigação não ocasionar dano intelectual aos pacientes, impor o dever ao profissional de realizar o seu serviço de forma a não causar dano intelectual ou riscos ao seu pacientes.

Entende-se, deste modo, que o princípio da não maleficência, assim como o princípio da beneficência, é fundamentado no bem das pessoas, buscando sempre minimizar os danos (DINIZ, 2017).

2.2 A “NOVA” MATERNIDADE FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO

A maternidade é uma questão bastante discutida no meio jurídico por meio de doutrinas, visto que tem gerado vários conflitos nos pequenos e grandes tribunais do Brasil e em outros países. Há quem entenda que a maternidade é sempre certa, mas a paternidade é sempre incerta.

Percebe-se que desde sempre a mulher é formada, para ser mãe, ter filhos, criá-los, alimentá-los e lhes dar educação, além de manter a união familiar. Era considerada mãe a mulher que concebia a criança. Por outro lado, o homem era aquele que trabalhava para o sustento da família. Contudo, a paternidade não era algo certo, pois carecia de meios para provar tecnicamente a paternidade (MOREIRA, 2016).

Atualmente, a estrutura familiar tem outra realidade. Com as técnicas de reprodução assistida, a então “família tradicional” não é mais, necessariamente, formada por pai, mãe e filhos, pois hoje há diferentes formas de ser constituída, dando a oportunidade a casais terem os seus próprios filhos.

Em relação à maternidade, Moreira Filho (2002) entende que há algum tempo a mãe era sempre certa, não havia dúvidas por ela mesma ter gerado seu filho, pois não havia nenhum meio de fecundar o óvulo fora do útero ou transplantá-lo em outra pessoa. O que “foi

vetado a partir das novas tecnologias de reprodução” (MOREIRA 2016, p.80 *apud* MOREIRA FILHO, 2002, s/p).

Desta forma, houve a desconstrução da maternidade certa, abrindo espaço para que haja dúvidas sobre a mesma, pois, pode ser mãe tanto a que está gestando a criança, pode ser a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e que contratou a barriga de substituição para gestá-lo, ou, ainda, a que forneceu o óvulo para fecundação.

Em relação à filiação socioafetiva, esta não está garantida no nascimento de fato, mas no ato de vontade, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, evidenciando assim, as verdades biológica e as jurídica. Ou seja, a filiação socioafetiva é aquela que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, imutável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho (MOREIRA, 2016).

O termo família ganhou uma dimensão maior na busca da realização pessoal de seus membros e da dignidade dos mesmos, admitindo proteção aos casais homoafetivos, podendo estes recorrer às técnicas de reprodução assistida para formar uma família. A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina no subtítulo II, item 2, dispõe que “e permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico”.

A maternidade era algo certo, claro, mas hoje admite-se contestação. Já não se tem caráter absoluto, como, por exemplo, a maternidade de substituição em que uma mulher suportará toda a gestação e o parto, enquanto a outra será doadora do material para a gestação. Todas essas inovações tecnológicas vivenciadas nos últimos tempos, a reprodução humana assistida, nos remete a novos conceitos e definições de maternidade, de família, pois antes a família era tida num modelo patriarcal e hierarquizado, onde a mãe, a esposa era cuidadora de seus filhos e o pai era o chefe (MOREIRA, 2016).

Como visto acima, há, hoje, várias definições modernas de família, que evoluíram ao longo dos tempos: a liberdade de escolha, as opções sexuais, os novos modelos de família socioafetivas, homoafetivas entre outras, e novas alternativas de procriação, além do natural, o artificial, através das técnicas de reprodução assistida.

Conclui-se que, com a nova maternidade, a mãe pode ser a mulher que doou o óvulo ou a que idealizou o projeto parental, como também o pai pode ser um doador anônimo ou não, ou o pai social. Havendo assim uma ligação entre o natural e o socialmente construído.

Assim, este capítulo teve por objetivo analisar como se deu início das técnicas de reprodução assistida, e como as mesmas vem ajudando pessoas impossibilitadas de terem uma

família. Atualmente, pode-se realizar o sonho de ter uma família. Além disso, foi apresentado o conceito de bioética trazendo respostas éticas às novas situações que estão surgindo provenientes da ciência e da tecnologia. E por fim, foram apresentados os princípios essenciais na maternidade de substituição.

O próximo capítulo, abordará sobre a fertilização humana, bem como as situações que podem acontecer a partir das técnicas de fertilização. Serão analisados os argumentos éticos-jurídicos, assim como as consequências jurídicas que podem gerar, e, ao final, a análise da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina dentro do ordenamento jurídico.

3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

No capítulo em epígrafe, abordar-se-á o conceito a fertilização humana, bem como as situações que decorrem das técnicas de fertilização, as consequências e danos que podem causar aos casais e aos terceiros envolvidos. Analisar-se-á os argumentos éticos-jurídicos, assim como as consequências jurídicas que podem gerar, finalizando com a análise da Resolução nº 2.168/2017 do conselho Federal de Medicina dentro do ordenamento jurídico - o único documento que regula essas técnicas no Brasil.

3.1 A FERTILIZAÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS SITUAÇÕES DELA DECORRENTES

A reprodução humana assistida é um conjunto de operações que une, artificialmente, os gametas masculino e feminino pelos métodos ZIFT que é a Transferência Intratubária de Zigoto e GIFT que é a Transferência Intratubária de Gametas. Desta forma, dar-se-á a origem a um ser humano.

A inseminação artificial é realizada por meio do método GIFT (*Gameta Intra Fsllopiian Transfer*), que se refere à fecundação *in vivo*, ou seja, é a inoculação do sêmen da mulher, sem que tenha qualquer tipo de manipulação externa de embrião ou óvulo. Diferente da FIV que é a fertilização *in vitro* ou ectogênese que se dá pelo método ZIFT (Diniz, 2017).

Com a ectogênese pode surgir certas situações inusitadas, como: a fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com esperma do marido convivente, transferindo-se para o útero de outra mulher; fecundação com sêmen e óvulo não pertencente à sua mulher, mas implantado no seu útero; fertilização *in vitro* com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra; fertilização com esperma de terceiro, de um óvulo não pertencente a esposa ou convivente, com emissão do embrião no útero dela.

Desta forma, bem como a fecundação *in vitro* de óvulo da esposa com o sêmen do marido, congelando-se o embrião para que depois do falecimento da esposa seja inserido no útero de outra, ou para que após a morte do marido seja implantado no útero da mulher ou de outra; fertilização com o esperma de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente,

implantado em útero de outra mulher; fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheira com material fertilizante do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa.

Nos casos de inseminação artificial poderá acontecer: a inseminação heteróloga, durante o casamento ou união estável, feita na mulher casada ou convivente, com o esperma de terceiro; inseminação homóloga, praticada na esposa com o sêmen do marido, em vida deste ou após a morte (Diniz, 2017).

Vale ressaltar que é proibida a utilização dos oócitos (esperma e óvulo) humanos com qualquer outro objetivo que não seja a procriação humana. Essas novas técnicas para a criação do ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com a finalidade de satisfazer o direito à descendência.

A vontade de procriar de alguns casais estéreis e a vontade de ter filhos no momento que quiser, com as características que desejar, tendo em vista a reprodução da espécie humana, estimulando a engenharia genética e a embriologia, criando assim um grande desafio para a ciência jurídica e o direito pelos problemas éticos-jurídicos que podem advir.

Sendo assim, torna necessário não só impor restrições legais às clínicas médicas que utilizam das técnicas de reprodução humana assistida, mas também criar normas sobre a responsabilidade civil por dano patrimonial e moral que possam causar.

Essas conquistas científicas não poderão ficar sem limites jurídicos, uma vez que irão depender dos princípios do legislador, tendo em vista ser um tema atual e delicado pelas implicações valorativas e éticas que gera, pois essas novas técnicas de reprodução, por um lado, solucionam a esterilidade do casal tornando possível a maternidade, e por outro lado ocasionam problemas jurídicos, sociais, religiosos, éticos, psicológicos, bioéticos e médicos.

De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz (2017, p.715) “a inseminação artificial heteróloga, a gestação por substituição e a fertilização *in vitro* deveriam ser controladas, prevenindo os possíveis riscos de origem psíquica e física para a descendência e a incerteza sobre a identidade”.

3.1.1 ARGUMENTOS ÉTICOS-JURIDICOS EM TORNO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E HOMÓLOGA

A inseminação artificial homóloga, em regra, não fere os princípios jurídicos, apesar de que possa causar problemas éticos-jurídicos, ainda que os filhos tenham os componentes genéticos da mulher (companheira) e do marido (convivente).

Neste contexto, dependerá sempre do consentimento expresso dos interessados, sejam eles ligados pelo casamento ou união estável, para a coleta do material para utilização, visto que eles têm propriedade das partes colhidas de seu corpo, como o óvulo e sêmen.

Nesse sentido, eles deverão estar vivos, para no caso de inseminação, manifestar, necessariamente, sua vontade por escrito em um formulário especial, depois de esclarecer o processo que se submeterão, estando as partes conscientes da responsabilidade que irão assumir para a criação e educação dos filhos.

O Código Civil brasileiro (Lei nº 10406/2002), em seu artigo 1597, III, estabelece a presunção dos filhos concebidos na constância do casamento, e filhos que nasceram após o falecimento do marido por fecundação artificial homóloga.

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

[...]

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. (BRASIL, 2002)

A resolução do CFM nº 2.168/2017, VIII dispõe a possibilidade da reprodução assistida *post mortem* (após a morte), desde que tenha uma autorização prévia do (a) falecido (a) para que seja usado o material biológico criopreservado, segundo a legislação vigente.

No Brasil é possível a reprodução *post mortem*, diferente de outros países como a Alemanha, Suécia. Nestes países é vedado o uso da inseminação *post mortem* (após a morte). Já na França, além de proibida a inseminação *post mortem*, a lei dispõe que o desejo manifestado em vida perde todo o efeito após a morte (DINIZ, 2017).

Na Espanha é vedada a inseminação *post mortem*, salvo se houver uma declaração expressa por instrumento público, algum documento ou testamento com as devidas instruções prévias para que o seu material germinativo possa ser usado no prazo de 12 (doze) meses seguintes ao seu falecimento, estabelecendo assim o vínculo de filiação patrimonial. A Inglaterra permite a inseminação *post mortem*, mas só é garantido o direito à sucessão se houver documento expresso nesse sentido.

A possibilidade da gestação *post mortem* traz diversos questionamentos ante os princípios da paternidade responsável e o princípio da dignidade humana, pois seria admissível o nascimento de uma criança sem a figura do pai; deveria esta criança ter os mesmos direitos dos irmãos nascidos antes do óbito do pai.

A doutrinadora Diniz (2017, p. 737) defende que “necessária a proibição legal da reprodução humana assistida post mortem, pois as consequências éticas-jurídicas que poderão ocasionar são graves”, e mesmo quando houver a permissão para o uso do material por escrita em termo especial deixado pelo falecido, de acordo com a nossa legislação é necessário prescrever quais serão os direitos dessa criança.

Neste diapasão, entende-se que a inseminação artificial heteróloga causa maiores problemas morais e jurídicos, como: a instabilidade ao casamento das partes, pois a concepção é contrária ao biológico que resulta do ato sexual entre o pai e a mãe; a possibilidade do homossexual ou transexual ter os seus filhos por meio da inseminação poderá ocasionar as falsas inscrições no registro civil, ante a suposição que o filho concebido por meio da inseminação é do marido.

A ausência do consentimento do marido para a inseminação poderá dissolver o casamento, além da reparação civil, pois a paternidade forçada estaria atingindo a integridade moral e a honra do marido. Da mesma forma, não poderá o marido livremente dispor do seu material genético sem consentimento de sua esposa. A criança gerada através da inseminação poderá nascer sem a genética correspondente do pai, embora tenha 50% (cinquenta por cento) da mãe, comprometendo, assim, a transcendência genética; o marido pode alegar que adultério não a inseminação artificial heteróloga gerando, assim, um processo de divórcio direto ou uma separação litigiosa.

O arrependimento dos pais, depois de realizar o procedimento, pode haver a rejeição, abandono, maus-tratos ou até mesmo a sugestão de aborto. Se ocorrer a rejeição da paternidade pelo marido, a criança terá uma paternidade incerta devido o anonimato do doador do sêmen e o segredo profissional médico; possibilidade da rejeição do pai em relação ao filho do doador e do filho em relação ao pai, se o mesmo descobrir que a paternidade alegada não existe.

Desta forma, percebe-se que as técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga poderão trazer para o nosso ordenamento jurídico demandas em relação a danos morais, injúria, paternidade, filiação, separação litigiosa, divórcio direto; além de que poderá acarretar perturbações à vida afetiva é psicológica.

3.1.2 FERTILIZAÇÃO “*IN VITRO*” E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

É necessária uma reflexão sobre a técnica FIVET (fecundação *in vitro* com transferência de embrião). *Está técnica acarreta certas questões éticas-jurídicas, como: seria*

uma ofensa ao direito do filho de ser gerado naturalmente e à dignidade do casal por causar a instabilidade do matrimônio dos cônjuges, uma vez que a fertilização *in vitro* poderá fazer com que o filho não tenha as características genéticas do casal.

A falta do consentimento do marido (companheiro) poderá ocasionar o pedido de reparação civil por dano moral e a dissolução do casamento, configurando injúria grave, porque a paternidade forçada atinge a sua honra e a sua moral, levando-o a arcar com um dever indesejado. Por isso, faz-se necessário formulário especial devidamente esclarecido pelos cônjuges às técnicas que se submeterão.

À disposição do material genético, se o indivíduo tem o direito de dispor de partes renováveis do corpo como o sangue, leite, cabelo, óvulo e sêmen, ninguém poderá forçar ou induzir dolosamente a doação do material biológico e nem coagir outrem a obtê-las involuntariamente.

A possibilidade de uma criança nascer e seus genitores já forem falecidos, seja por ter usado a ectogênese - o esperma congelado de pessoa falecida - ou por ter usado fecundação *in vitro* do óvulo de mulher morta, ou ainda ter ocorrido o óbito dos pais antes que o embrião congelado seja colocado no útero da mãe substituta.

Desta forma, deve-se pensar na saúde da mulher doadora do óvulo por se sujeitar a forte tratamento para provocar a superovulação ou a técnicas para a obtenção de gametas femininos, e a saúde do embrião, pois os hormônios tomados podem trazer sérias consequências ao embrião.

O uso da violência emocional para que a mulher aceite a fertilização *in vitro* por dolo do esposo, junto com o médico fazendo-o acreditar que o sêmen é do seu marido, quando na verdade é de um terceiro. Caso descoberto poderá a mulher pedir indenização por dano moral e dissolução do matrimônio, podendo a mesma alegar, também, ter sido vítima de estupro científico. Caso se o embrião já esteja implantado em seu útero ela terá o direito de solicitar um aborto legal.

O arrependimento do casal ou de um deles se torna uma das piores hipóteses, pois pode trazer a possibilidade de o casal mover uma ação negando a paternidade ou maternidade, além de gerar o sentimento de rejeição, a vontade de abortar a criança ou abandonar.

Neste caso, pode acontecer a eventualidade do doador transmitir alguma doença genética ou psicose hereditária ao embrião, podendo a criança nascer deficiente e ninguém queira ficar com ela. Assim, torna-se obrigatório o doador submeter-se a vários exames médicos e psiquiátricos e um rigoroso controle periódico do seu material fertilizante.

O princípio *mater semper certa est* define que a maternidade é sempre certa, pois é evidente fisicamente quando uma mulher está grávida e pelo parto ficou claramente abalado com o avanço da biotecnologia, a mãe será a doadora do óvulo, ou a esposa que em seu útero foi implantado óvulo de outra, a maternidade não seria determinada por quem deu a luz, mas demandaria, assim, um litígio para discutir a determinação da maternidade.

Caso houver reclamação judicial por parte da doadora do óvulo ou da mãe substituta que emprestou seu útero, entende-se que o filho seria de quem idealizou a fertilização *in vitro*, pois quando o doador dispõe do seu material genético ou dispõe do seu corpo para gerar a criança, o gesto de doar renuncia qualquer que seja o direito sobre a criança.

No caso de falecimento do casal encomendante após a fecundação, mas antes da implantação do embrião, surgindo o questionamento de quem seria o herdeiro do casal, quem seria responsável pela implantação, quem poderia gerar. A resolução do CFM nº 2.168/2017, seção V, n. 3, dispõe que, “no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”

Cediço é que há mulheres dispostas a locar o seu útero de forma onerosa, ganhando altas somas em dinheiro, e, entregando ao final da gestação a criança a quem concedeu o sêmen e o óvulo ou aos que efetivaram o contrato. Mesmo havendo a resolução do CFM que proíbe a doação onerosa, haverá a possibilidade do pagamento de forma camuflada de presentes.

Assim, será válido quando o contrato de gestação for gratuito, como doação, cessão temporária de útero, empréstimo, visto que é expressamente proibido na Constituição Federal artigo 199, § 4º, a locação de partes do corpo humano à comercialização.

É necessário que haja uma norma beneficiando a maternidade socioafetiva, porque independentemente da origem gestacional ou genética, a mãe é quem idealizou o projeto e recorreu ao estranho para que a ajudasse a concretizar.

No direito estrangeiro, países como a Austrália, Espanha e Alemanha entende que mãe é quem deu a luz à criança. Outros Estados dos Estados Unidos entendem da mesma forma, devendo o casal contratante adotar a criança assim que ela nascer, se houve a locação do útero. O Canadá, Alemanha, Austrália e Espanha proíbem o aluguel do útero; na Inglaterra admite-se a maternidade de substituição, desde que, ao nascer, a criança seja entregue aos pais idealizadores do projeto (DINIZ, 2017).

3.2 A RESOLUÇÃO Nº 2.168/2017 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA FORÇA NORMATIVA

O Conselho Federal de Medicina vem, ao longo do tempo, regulamentando os limites de utilização das técnicas de reprodução assistida pelos médicos, com base em princípios éticos e bioéticos. Essa normatização é de caráter deontológico, quer dizer que são normas éticas que os profissionais da medicina devem seguir, podendo a sua inobservância resultar em sanções disciplinares, não possuindo, assim, nenhuma eficácia jurídica e, em razão de não haver legislação sobre o tema, os tribunais brasileiros utilizam dessas normas para dirimir conflitos (MACHADO, 2013).

O fato de o Estado brasileiro não legislar sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida, bem como sobre a filiação delas decorrentes, produz insegurança jurídica às pessoas envolvidas, tornando essas pessoas vulneráveis à exploração comercial, mas práticas médicas e a diversos problemas legais.

Há a necessidade de intervenção estatal, por meio de uma legislação que ampare as pessoas que participam deste processo, a saber: o médico, hospital, o casal idealizador, mãe gestacional, criança e o oficial do cartório de registro civil, garantindo assim a punição de condutas não desejáveis, como manipulação genética, pesquisas médicas sem consentimento, paternalismo médico e registros públicos incorretos.

A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina em vigência, dispõe regras sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida, assim como a maternidade de substituição que devem ser seguidas, como: a existência de algum problema médico que contraindique ou impeça a gestação e a necessidade de que a mãe de substituição tenha relação de parentesco consanguíneo até quarto grau (MACHADO, 2013).

É proibido que contrato da maternidade de substituição seja de caráter oneroso; antes deve ter o consentimento informado. As técnicas podem ser usadas por casais homoafetivos e pessoas solteiras, sendo indispensável o relatório médico com o perfil psicológico, atestando a capacidade emocional e clínica dos envolvidos.

Faz-se necessária a aprovação do cônjuge nos casos da mãe de substituição. É necessário um termo de compromisso entre as partes determinando diretamente a filiação, a garantia expressa do registro civil no nome dos pais planejadores. Nos casos do cônjuge falecido na gestação post mortem é necessário a autorização do mesmo em vida.

As hipóteses da maternidade e paternidade resultantes do uso das técnicas de reprodução assistida, homóloga e heteróloga, estão parcialmente expressas no art. 1.597,

incisos III, IV e V do Código Civil. O fato de não haver uma regulamentação elaborada sobre o tema gera desentendimentos entre a doutrina e a jurisprudência (DINIZ, 2017).

As classes sociais que são representadas por filósofos morais e grupos religiosos possuem uma certa influência no Congresso Nacional, dificultando, assim a possibilidade da criação de uma legislação que possa trazer às pessoas envolvidas, segurança jurídica no processo de ter filhos através das técnicas de reprodução assistida (MACHADO, 2013).

Um exemplo dessa influência foi evidenciado na aprovação pela Comissão Especial do Estatuto da Família da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 6.583/2013, em 24/09/2015, que considera a família apenas como a união entre homem e mulher, totalmente contrária às decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhece, com base em fundamentos constitucionais, entidade familiar a união entre casais do mesmo sexo.

A Resolução nº 2.168/2017 dispõe que “as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Os demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”, entendendo-se que esta resolução não está em concordância com o princípio do livre planejamento familiar.

Não pode se admitir que o casal que não tenha um parente de até quarto grau seja impedido de exercer seu direito fundamental à reprodução. Os casais que desejam submeter-se à maternidade de substituição devem receber o mesmo tratamento, considerando o princípio da liberdade e do livre planejamento familiar, para que possam escolher a pessoa que desejam para ser a barriga solidária (GOULART, 2014).

O Conselho Federal de Medicina dispõe que a adoção temporária do útero não pode visar lucro por parte da doadora. Assim, a resolução tem por finalidade evitar a exploração comercial de pessoas em estado de vulnerabilidade e em situações de pobreza.

Esta regra é passível de discussão, pois o contrato entre a mãe substituta e o casal idealizador não tem relação com a atuação médica. Logo no nosso ordenamento jurídico não há proibição dessa contratação. Ademais, o Estado, juntamente com o Conselho Federal de Medicina, não detém de competência para intervir na vida familiar (MOREIRA, 2016).

Todas as disposições da Resolução nº 2.168/2017 estabelecem e visam a proteção das famílias envolvidas, assim como a filiação da criança gerada através das técnicas de reprodução assistida; os acertos e erros da mesma confirmam o da lacuna legislativa sobre o assunto.

Desta forma, percebe-se que o Brasil ainda necessita de legislação específica para os casos, não podendo delegar tal função a órgãos diretamente ligados à Administração

Pública, no caso, o Conselho Federal de Medicina, não havendo a competência indireta para legislar, haja vista que tal prerrogativa deveria ser do Poder Legislativo.

Deste modo, pretendeu-se nesse capítulo analisar as formas da fertilização humana, bem como as situações que podem ocorrer a partir do uso das mesmas, as consequências e danos que podem causar aos casais e aos terceiros envolvidos. Foram abordados os argumentos éticos-jurídicos, assim como as consequências jurídicas que podem originar do uso discriminado. E, por fim, analisou-se a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, não deixando de falar de como o ordenamento jurídico necessita de uma legislação específica sobre o caso.

Sendo assim, o próximo capítulo tratará da dignidade da pessoa humana como paradigma na ordem jurídica e da cessão temporária do útero, analisando a liberdade de contratar no direito brasileiro e como a normalização da livre disposição do corpo e, por fim, como funciona a maternidade de substituição no direito estrangeiro.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO REGRA DA ORDEM JURÍDICA É A CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO

Este capítulo analisa a dignidade da pessoa humana como paradigma da ordem jurídica, a qual mostrará como o princípio da dignidade humana reflete nas escolhas do indivíduo. Será estudado se atualmente há a liberdade de contratar no direito brasileiro, bem como, a normalização da livre disposição do corpo, e, por fim, como é discutido no direito comparado à maternidade de substituição.

O Estado democrático de direito traz como fundamento expresso no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade humana que é a base fundamental de todo ordenamento jurídico. A pessoa humana e a sua dignidade estabelecem fundamentos a fim do Estado e da sociedade, e é esse o valor que prevalecerá sobre todos os avanços tecnológicos e científicos.

Desse modo, não se admite que a bioética e o biodireito pratiquem ações que reduzam a pessoa humana à condição de objeto, afastando do indivíduo o direito de uma vida digna e a sua dignidade (DINIZ, 2017).

Sob esse ponto de vista, a vida humana é um bem indisponível, proibindo, assim, que a mesma seja objeto de comércio. Por tal razão, a cessão temporária do útero, executada a partir de um contrato de gestação, atinge o princípio constitucional mais essencial da pessoa humana: a sua dignidade.

Por outro lado, entende-se que o contrato de cessão do útero não fere o princípio da dignidade humana, porque a pessoa que contrata não estaria pagando pela criança, mas sim por um serviço, já que o corpo é um direito indisponível quando utilizado de maneira legal.

Desse modo, percebe-se que há muita divergência, tanto jurídica como ética, em relação à prática da cessão do útero. Sabe-se que o direito deve acolher as descobertas científicas que os meios utilizados não vão contra a natureza humana e sua dignidade. Sendo assim, a biologia também deve sempre observar os fatos, devendo sempre as ciências desconsiderar tudo o que estiver em desvantagem com o ser humano.

A ciência é um importante colaborador que a auxilia para que a vida do ser humano seja cada vez mais digna de ser vivida. Portanto, “nem tudo que é cientificamente possível é moral e juridicamente admissível” (DINIZ, 2017, p.42).

Impondo, assim, limites à medicina moderna, considerando que o respeito ao ser humano em todas as suas fases de evolução só será obtido se estiver atento à dignidade

humana. Isto porque o biodireito e a bioética entendem que a vida humana não é, e nem pode ser, mas simplesmente uma questão de sobrevivência, mas viver uma vida com dignidade.

4.1 A LIBERDADE DE CONTRATAR NO DIREITO BRASILEIRO

A liberdade é um dos direitos fundamentais da primeira geração fundamental para toda a relação jurídica. O direito à liberdade inclui, praticamente, tudo o que é garantido pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, visto que é uma garantia que está relacionada ao desenvolvimento da personalidade humana e à liberdade em geral.

Segundo Novellino (2010), a liberdade não deve ser associada à arbitrariedade, mas à ideia de responsabilidade que deve ser usado como limite ao exercício. É assegurado proteção ao núcleo essencial dos direitos de liberdade e que impede a supressão por emendas ou por lei infraconstitucional, mas que “não impede as restrições decorrentes do acordo com alguns padrões éticos jurídicos e com a liberdade de terceiros” (NOVELINO, 2010, p.399).

No entanto, essa liberdade não pode ser absoluta, cabendo ao Direito estabelecer limites do exercício, pois ao condicionar a liberdade individual ou coletiva, o direito tende a garantir condições essenciais à liberdade de todos.

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão, em virtude de lei”, ou seja, a liberdade só poderá sofrer restrição se o sujeito praticar atos que viole a legislação. Entende-se que a liberdade é a regra geral, enquanto a proibição é uma exceção que deve sempre estar expressa em lei.

Juntamente com a liberdade pode ser encontrada a autonomia da vontade, que é definida como o direito de autodeterminação, sendo garantido a qualquer ser humano e é com base na liberdade e na autonomia da vontade que mulheres dispõem a emprestar o seu útero, uma parte do seu corpo para um terceiro.

O ordenamento jurídico brasileiro considera que as limitações expressas em lei para a liberdade de contratar dissertam desde as condições materiais ao exercício da liberdade contratual até as condições formais de validade do contrato. Ou seja, as partes tem a liberdade de se sujeitarem aos seus interesses.

Dessa forma, pode-se afirmar que, assim como os direitos fundamentais, a liberdade de contratar também não é absoluta. Por essa razão, as partes deverão sempre estar atentas às restrições que o ordenamento jurídico os impõe.

Para Pablo Stolze “o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades” (STOLZE, 2017, p.63).

Entende-se, daí, que deve haver a manifestação da vontade, o querer das partes, pois esses são requisitos principais para que se tenha uma relação contratual. Acontece que a manifestação de vontade deverá ser acompanhada pela responsabilidade, o respeito às normas superiores e ponderação à Constituição Federal (STOLZE, 2017).

O artigo 104 do Código Civil dispõe sobre as condições formais comuns a todos os negócios jurídicos. É necessário que o agente tenha capacidade jurídica para expressar a sua vontade, além de ser necessário no negócio um objeto que seja lícito, possível e determinado ou determinável e que a forma contratual prescrita ou não defesa em lei. A inobservância desses requisitos poderá levar à nulidade do negócio jurídico.

Com base no Código Civil entende-se que a vida é indisponível, o que torna a sua comercialização ilícita. Desta forma, a vida não pode ser objeto de negócio jurídico, sendo este um requisito indispensável para que a contratação seja lícita.

Para o doutrinador Silvio Venosa, “qualquer contrato de cessão de útero que seja oneroso deverá ser nulo, pois é um objeto imoral, e a obrigação que decorre deste acordo deve ser uma obrigação natural” (VENOSA, 2017, p.255).

No Brasil não há nada que incrimine o acordo de gestação entre a doadora e os pais idealizadores, não ferindo, assim, a moral e os bons costumes, desde que seja feito gratuitamente, pois a finalidade é de caráter preponderante de humanitarismo. Diferente de outros países, conforme já discutido neste trabalho.

Nesta perspectiva, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 2.168/2017, veda a maternidade por meio de um suposto contrato de cessão do útero. A resolução dispõe que a reprodução humana assistida deve se dar através do empréstimo do útero de um membro familiar até quarto grau consanguíneo, pois, neste caso, seria um empréstimo afetivo, impossibilitando, assim, que seja de título oneroso.

Vale ressaltar que, mesmo que o contrato seja feito de forma gratuita, o casal idealizador do projeto deverá arcar com os gastos que advir com a gestação, como consultas, exames, alimentos, roupas e medicamentos e tudo o mais que a gestante precisar durante o período da gravidez. É um dever natural dos pais conforme a Lei nº 11.804/2008 que dispõe sobre os alimentos gravídicos. Essa lei possibilita que seja pedido aos pais mediante a justiça.

Nos casos que mulheres cedem o útero de forma onerosa, na maioria das vezes, são as condições financeiras que fazem com que elas celebrem um contrato com casais impossibilitados de serem pais. Isso não é o bastante para dizer que há vício no contrato, já que são todas mulheres capazes e conscientes das possíveis consequências. Se advir a exploração econômica da mulher que vai portar a criança, será um problema social e não jurídico, já que há consentimento das partes.

Entende-se que os pais que optam por um contrato oneroso só demonstram o quanto é grande a vontade de serem pais, não afetando, assim, a dignidade da criança, pois ao nascer ela vai ter um lar, educação e o principal, pais com muito amor para essa criança.

Ao utilizar o negócio jurídico, os pais adquirem mais segurança, como é o caso de acontecer que a mãe substituta recuse a entregar o filho após o parto. Desse modo, com o contrato não há a possibilidade de a mãe portadora tomar tal atitude, pois o contrato é celebrado por atos bilaterais. Logo, a prestação de um dos contratantes está ligada a contraprestação da outra parte.

Entende-se que sempre vai prevalecer o interesse do infante. É com base no interesse do mesmo que serão feitas análises e julgados, sempre de forma que não prejudique a criança. Diante dos argumentos expostos, conclui-se que a maternidade de substituição pode ser totalmente válida e legitimada, sendo, portanto, incoerente a ligação desta técnica com a teoria dos contratos.

4.1.2 A NORMALIZAÇÃO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DO CORPO

O século XIX foi marcado por muitas injustiças e revoltas e foi nesse período que surgiram as primeiras concepções em torno dos direitos da personalidade. Essa expressão foi desenvolvida pelos jus naturalistas alemães e franceses, para determinar direitos específicos aos homens considerados preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado (SCHEREIBER, 2013).

Começaram, assim, a aparecer os direitos da personalidade que são estabelecidos como direitos subjetivos, que tem por objetos e valores essenciais para o indivíduo no seu aspecto moral, físico e intelectual.

Os direitos da personalidade expressos no capítulo II do Código Civil citam, de um modo geral, o direito à liberdade, à vida, ao próprio corpo, ao nome, à imagem e à honra. A respeito do direito ao corpo, pode ser considerado uma proteção destinada à vida, à

integridade física, integrando, assim, não só o corpo com vida, mas, também o seu cadáver, tecidos e órgãos, os quais o dono exerce o direito de dispor ou não o seu corpo.

A autonomia corporal é entendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo sobre o seu próprio corpo que, como já discutido no decorrer deste trabalho, não pode ser absoluta, já que o nosso ordenamento jurídico impõe limites de ordem constitucional, civil e penal a este direito.

De acordo com o art. 13 do Código Civil, determina em relação ao ato de disposição do corpo que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Dessa forma, entende-se que quando não houver redução da integridade física do indivíduo, será possível a disposição do corpo no todo ou em parte (BRASIL, 2002).

A Constituição Federal no art.199, § 4º veda qualquer tipo de comercialização do corpo.

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

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1998).

Assim como a lei dos transplantes, Lei nº 9.434/1997, no seu art. 1º, sustenta que a disposição do corpo deverá ser gratuita, seja em vida ou *post mortem*, para fins de transplantes e tratamentos, com exceção do óvulo, sangue e o esperma. São previstas no art. 14 e 15, as sanções para casos de desacordos com o disposto em lei (BRASIL,1997).

Em relação à disposição do corpo em vida para tratamento, a lei citada, no seu art. 9º permite juridicamente, desde que a pessoa seja maior e capaz, devendo ser autorizado, preferencialmente, por escrito, podendo ser revogado pelo mesmo ou por seus pais a qualquer momento antes de realizar o procedimento.

A proteção à livre disposição do corpo por seu titular está prevista no art. 15 do Código Civil, o qual dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica”. Dessa forma, entende-se que, quando for necessário em casos mais graves, os médicos só poderão agir mediante prévia autorização do paciente (BRASIL, 2002).

Ainda dentro do tema proteção ao corpo temos a Lei nº 11.105 de 2005 que estabelece a possibilidade de usar das células-tronco, produzidas por meio da técnica fertilização *in vitro*, para o uso em terapias e pesquisas.

Essa lei estabelece, no art. 5º, algumas das condições necessárias para haver a possibilidade de usar as células-tronco embrionárias, sendo elas: o consentimento dos genitores; a inviolabilidade do embrião; é necessário que os embriões estejam congelados há três anos ou mais; as instituições de pesquisa e serviços de saúde deverão ter seus projetos aprovados pelos comitês de ética para que sejam realizadas as pesquisas ou terapias com células-tronco embrionárias humanas (BRASIL, 2005).

Sendo assim, é expressamente proibida a comercialização do material biológico, podendo ser caracterizado como crime, assim como é expressamente proibida, no art. 6º, inciso III da Lei nº 11.105/2005, a engenharia genética em célula germinal humana, o embrião humano e zigoto humano.

Portanto, entende-se que os entendimentos que não há impedimentos para que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, juntamente com as garantias e direitos aos indivíduos.

4.2 O DIREITO COMPARADO APLICADO EM RELAÇÃO A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A reprodução humana assistida vem, a cada dia, avançando mais cientificamente. O que causa estranheza é o fato de a legislação estrangeira de países europeus e a comunidade europeia não ter qualquer dispositivo ou entendimento sobre casos consequentes das técnicas da fertilização medicamente assistida.

No direito comparado analisa-se que há vários países que a maternidade de substituição é um fato lícito, até mesmo de forma comercial, mas há algumas diferenças de um país para outro.

Há três formas de entender o tratamento legal de cada país. Há países que permitem a maternidade de substituição sem nenhuma restrição ou com poucas, aceitando até mesmo que seja feito o contrato oneroso; há países que aceitam, mas com restrições; e tem os países em que são expressamente proibida a prática, independentemente da condição (LAGO, 2015).

Em um estudo comparado pode-se perceber como se dá a maternidade de substituição pelo mundo. O direito argentino não se prevê nada em relação à maternidade de

substituição, ou seja, a legislação é omissa. A legislação vigente só dispõe em relação à adoção é à filiação biológica (LAGO, 2015).

A Austrália foi o primeiro país a regulamentar os procedimentos que ensejam da reprodução assistida, para evitar conflitos em relação à maternidade e à paternidade das crianças concebidas através da técnica. Ou seja, “a legislação australiana, em regra, nega a maternidade de substituição como uma situação legal no país” (LAGO, 2015, p.26)

“Na Alemanha, a legislação dispõe que mãe é quem gera a criança, não podendo a criança tornar um objeto de litígio entre duas mulheres. Fica proibida a transferência de óvulos estranhos não fecundados ou de um embrião para terceiros” (LAGO, 2015, p.26).

A China ainda não tem uma lei específica que trate da reprodução assistida. Mas” é permitida a criopreservação de sêmen, embrião e o ócito, assim como a doação do material para terceiros interessados nos procedimentos da reprodução assistida. Sendo proibida a reprodução post mortem, e a maternidade de substituição” (MORREIRA, 2016 apud LEITE, 2014).

“No Canadá, a legislação proíbe o aluguel do útero. Somente nos estados de Yukon e Quebec é que há uma legislação específica com relação às técnicas de reprodução assistida, mas é proibido qualquer tipo de pagamento a mães substitutas” (DINIZ, 2017, p.756).

No direito Espanhol entende-se que mãe é quem deu a luz. No entanto, é permitida a maternidade de substituição, desde que não seja de forma onerosa. “É considerado ilícito todo contrato de gestação,” no qual uma mulher renuncie à maternidade em favor de outrem, pois o corpo humano não pode ser objeto de contrato (LAGO, 2015, p.26).

Nos Estados Unidos da América entende-se também que mãe é quem deu a luz, devendo o casal contratante adotar a criança assim que ela nascer, se houve a locação do útero regularizando, assim, a situação. A maternidade de substituição é considerada um negócio jurídico de natureza contratual. Na Inglaterra, admite-se a maternidade de substituição, desde que ao nascer a criança seja entregue aos pais idealizadores do projeto (DINIZ, 2017).

No direito Francês, a prática da maternidade de substituição é estritamente proibida, sendo um dos países que há mais conflitos envolvendo esse assunto no direito internacional privado, logo, por ser proibido pela a legislação expressamente. “Na Nova Zelândia atualmente a prática da maternidade de substituição é ilegal, no entanto há projetos para tornar a maternidade de substituição mais permissível” (SANTIAGO, 2016, p.24).

Na Grécia não há regulamentação, sendo o país omissa a essa prática. Mas, mesmo assim, facilita o uso discriminado do método. É proibida a onerosidade, envolvendo a maternidade de substituição. “Na Índia não há nenhuma regulamentação sobre a prática da maternidade de substituição, mas, assim como a Grécia, o país facilita o uso indiscriminado do uso do método. Sendo permitido o pagamento à mãe substituta” (LAGO, 2015, p.27).

“No Reino Unido não há regulamentação para a prática no país, mas facilita o uso descontrolado do método. Não podendo ter remuneração pela prática, podendo quem descumprir sofrer sanções” (LAGO, 2015, p.27).

A Suécia foi pioneira na realização dos primeiros casos de inseminação heteróloga, mas as leis suecas só dispõem sobre a fertilização in vitro, exigindo que os casais estejam em pelo menos união estável; a inseminação artificial, sendo vedada a prática em mulheres solteiras ou casal homossexual. Em Portugal a legislação proíbe a maternidade por substituição, podendo a conduta ser classificada como ensejando a detenção e pena pecuniária (LAGO, 2015).

A Tailândia é destino para casais que idealizam ter uma criança. A legislação tailandesa só estabelece que a mãe legítima é aquela que dá a luz. A legislação também estabelece que a criança nascida de pais que não são casados a torna ilegítima. Sendo a legislação omissa à maternidade de substituição, mas dispondo que a prática da mesma deve ser gratuita (SANTIAGO, 2016).

Conclui-se, dessa forma, que a maternidade de substituição não é um assunto incontestável no direito internacional, como foi relacionado no trabalho acima, a países que aceitam, outros que tratam o método como um contrato comercial e outros que proíbem estritamente a prática.

Assim este capítulo trouxe a definição da dignidade da pessoa humana como paradigma da ordem jurídica, fazendo entender que este princípio norteia todas as decisões do ser humano. Tratou-se da liberdade de contratar no direito brasileiro, bem como a normalização da livre disposição do corpo, e, por fim, analisou-se o direito comparado aplicado na maternidade de substituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa teve como objetivo discorrer sobre a maternidade de substituição, que é uma técnica de reprodução assistida, na qual a sua prática se dá a partir da implantação do material genético do casal idealizador ou doadores no útero de uma mulher, que se dispõe em ceder o seu útero para gerar a criança para terceiros interessados. Também procurou compreender, com base nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade humana, se é possível a mulher dispor do seu corpo para terceiros.

O princípio da dignidade da pessoa humana é composto por diversos elementos: o valor próprio da pessoa, igualdade, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento intersubjetivo. Esses elementos não atuam de forma isolada, mas por meio de relações interligadas, sendo passível de conflito a dignidade humana, o valor intrínseco e a autonomia.

Um dos elementos que compõe a dignidade da pessoa humana mais importante seria a autonomia de vontade, que é a capacidade do indivíduo de tomar decisões no seu meio particular, de acordo com seus próprios interesses e preferências. Ou seja, o indivíduo dentro do seu direito individual poderá fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas.

Desta forma, entende-se que toda pessoa que está em pleno gozo de sua capacidade mental e tem condições para tomar suas próprias decisões tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo da maneira que bem entender, desde que não prejudique o direito de terceiros, pois, cada um é responsável por si só, sendo o indivíduo unicamente responsável por seus atos e suas escolhas.

Logo, compreende-se que, com base no direito à dignidade humana e nos princípios da liberdade e da autonomia de vontade, há sim a possibilidade por parte de mulheres cederem parte do corpo para a concretização do planejamento familiar de casais homossexuais e pessoas solteiras que sonham em formarem uma família e são de alguma forma impossibilitados.

Entende-se que a ausência de legislação que dispõe sobre a maternidade de substituição, bem como das técnicas de reprodução assistida no ordenamento jurídico brasileiro, ocasiona conflitos jurídicos, éticos e sociais.

Com isso, no decorrer deste trabalho podemos perceber que há urgência de uma lei que ampare, não só a maternidade de substituição, como também a prática das

técnicas de reprodução assistida. Considera-se que o Brasil necessita de legislação específica para os casos, não podendo delegar tal função a órgão diretamente ligado a Administração Pública, no caso, o Conselho Federal de Medicina, não havendo a competência indireta para legislar, sendo que tal prerrogativa deveria ser do Poder Legislativo.

Enfim, a partir do resultado alcançado e todo o conteúdo exposto nesse trabalho é preciso considerar os possíveis questionamentos que podem gerar no futuro: O que seria a vida que estudamos? As técnicas de reprodução desumanizam o ser humano a ponto de serem tratados como objetos? Qual será o papel da maternidade futuramente? Seria a maternidade algo puramente social? Caso os doadores do material genético ou a que cedeu o útero queiram reconhecer como seu filho, como solucionar esse litígio judicialmente? O que aconteceria se os pais viessem a óbito durante a gestação por substituição, ou se recusarem a criança após o nascimento? Essas são questões que merecem ser discutidas e podem ser objeto de um novo estudo a partir deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ABREU, Laura Dutra. **A Renúncia da Maternidade: Reflexão Jurídica sobre a Maternidade de Substituição Principais Aspectos nos Direitos Português e Brasileiro.** Disponível em: https://www.academia.edu/23967335/ARenúncia_da_Maternidade_Reflexão_Jurídica_sobre_a_Maternidade_de_Substituição_Principais_Aspectos. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 25 set. 2018

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2018.

CHAVES, Marianna. **Famílias Ectogenéticas- os Limites Jurídicos para utilização de Técnicas de Reprodução Assistida.** Disponível em: http://www.academia.edu/27632388/famílias_ectogenéticas_os_limites_jurídicos_para_utilização_de_técnicas_de_reprodução_assistida. Acesso em: 01 out. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, 3: contratos / Fábio Ulhoa Coelho.** 5.ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº2168/2017.** Disponível em: www.portalmedico.org.br/resoluções/CFM2017/2168. Acesso em: 01 out. 2018.

DARYELL, Cristiano de Castro. **A filiação na gestação por substituição.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias/ Maria Berenice Dias.** 4.ed. São Paulo. Editora dos tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito/ Maria Helena Diniz.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, vol. 4, tomo I: contratos, teoria geral /Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho.** 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOULART, Flávia Campos Barbosa. **Maternidade por sub-rogação e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Disponível em:<http://fapam.web797.kingghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/12062015191716Flavia_Goulart.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

GUALBERTO, Ana Paula Felix de Souza Carmo. **Reprodução humana assistida no brasil: necessidade de regulação do procedimento para preservação de direitos fundamentais**. Disponível em:<<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/2741>>. Acesso em: 15 mar.2019.

LAGO, Andressa Ribeiro. **Gestação de substituição e reprodução humana artificial: Controvérsias no ordenamento jurídico nacional e estrangeiro**. Disponível em:<<https://www.fdsu.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo-de-pesquisa/iniciacao-cientifica/anais-2015/resumos/05.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

LAMM, Eleonora. **Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución**. Disponível em:<http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S021391112017000600539>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 01 mai.2019.

_____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 30 abr.2019.

_____. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 24 de abr.2019.

_____. Lei nº 9263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 03 dez.2018.

LUNA, Naara. **Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos**. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010483332002000200010&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 30 de abr. 2019.

_____. Projeto de Lei nº 6583/2013. **Institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar**. (Em tramite no Congresso Nacional). Brasília, 2013. Disponível em:<

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005&ord=1>
>. Acesso em: 30 abr.2019.

MACHADO, Amanda Guimarães. **As dificuldades para a determinação da maternidade jurídica quando se trata de uma criança gerada através de sub-rogação de útero.** Disponível em:< <http://repositorio.unesc.net/handle/1/3432>>. Acesso em: 31 ago.2018.

MADEIRA, Juliana de Alencar Auler. **Reprodução assistida: limites éticos à legislação.** Disponível em:< <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: 10 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco.**12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Caroline Soares. **Reprodução humana assistida “barriga de aluguel” sob a luz da bioética.**Disponível em:<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/369/3/20682615.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes.** 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAIS, Leonardo Stoll; FERNANDES, Márcia Santana. **Aspectos médicos, bioéticos e jurídicos do uso de material genético na reprodução humana assistida “post mortem” a partir de um estudo casuístico.** Disponível em:<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/334>>. Acesso em: 05 dez.2018.

MOREIRA, Raquel Veggi. **Maternidade Construída: Implicações Filosófico- Jurídicas do Útero de Substituição.** Disponível em:<<https://sucupira.capes.gov.br>>. Acesso em: 01 nov.2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional. 4.ed. rev. e atual. e ampl.** Rio Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

SANTIAGO, Juliana Faria. **Maternidade por substituição: A vulnerabilidade de mulheres e crianças frente à ausência de normatização.** Disponível em:<

http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14727/1/2016_JulianaFariaSantiago_tcc.pdf>. Acesso em: 05 mai.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2.ed. São Paulo: Atlas.2013.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. **Gestação de substituição: direito a ter um filho**. Disponível em:< <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/view/914>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TRUZZI, Marcelo Otero. **Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa: Legalização, Efeitos e o Melhor Interesse da Criança**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Bimestral, p.22. Magister. 2007.

VIANA, Juliana Moura Lopes. **A maternidade substitutiva nas relações familiares contemporâneas**.Disponívelem:<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10577/1/21211722.pdf>. Acesso em: 04 abr.2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas,2017.