

# LIMITES ÉTICOS E LEGAIS DA ATUAÇÃO CIENTÍFICA NA REPRODUÇÃO HUMANA COMO GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À MATERNIDADE\*

Silvano Aparecido de Souza <sup>1</sup>

Julia Marciely C. Pereira <sup>2</sup>

Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves <sup>3</sup>

Sumário: 1 Introdução; 2 A Ascensão das Tecnologias Reprodutivas; 3 Consequências Relevantes das Técnicas Modernas de Reprodução em alguns países; 4 Desenvolvimento de uma legislação brasileira a respeito das tecnologias reprodutivas; 5

---

\* Artigo publicado nos Anais do IX CONJURI – Congresso Jurídico Integrado de Maringá, com o tema “Direito e Democracia: estudos jurídicos integrados de Maringá em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza”, realizado em Maringá, 2015, publicado pela Gráfica Caniatti.

<sup>1</sup> Acadêmico do 3º ano da graduação em Direito (2014) pela Faculdade Cidade Verde / FCV de Maringá-PR. – silvanoasouza@gmail.com, , tendo desenvolvido o projeto de pesquisa – PIIC denominado “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sua relação a Paternidade por fertilização assistida e a Maternidade Subrogada”.

<sup>2</sup> Acadêmica do 3º ano da graduação em Direito (2014) pela Faculdade Cidade Verde / FCV de Maringá-PR. – juliamarciely2011@hotmail.com, , tendo desenvolvido o projeto de pesquisa – PIIC denominado “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sua relação a Paternidade por fertilização assistida e a Maternidade Subrogada”.

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Pós-graduada em Bioética pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), em Metodologia para o Enfrentamento a Violência contra crianças e adolescentes – à distância na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, em Direito Tributário pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná - IBEJ Cursos Jurídicos Ltda, Especialização em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná e pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Advogada, Professora dos Curso de graduação em Direito da Faculdade Cidade Verde – FCV e da pós-graduação em Direito da Faculdade Metropolitana de Maringá – FAMMA.

Conclusão; 6 Referências.

Resumo: A infertilidade humana seria um grande obstáculo para a perpetuação da espécie se não fosse à capacidade da comunidade científica de promover os avanços tecnológicos necessários e capazes de contornarem o problema. As técnicas reprodutivas, desenvolvidas pela Engenharia Genética, constituem-se a resposta que a ciência encontrou para continuar garantindo ao homem a capacidade de reprodução mesmo quando a sua natureza inviabilizar a ocorrência natural desse processo. Embora sejam nobres os motivos, o avanço científico precisa ser observado e devidamente regulamentado pela ciência jurídica para que não ceda à motivação capitalista e venha a se desvirtuar de elementos éticos e morais que devem nortear todo o desenvolvimento da humanidade, mantendo a devida correspondência entre as técnicas de reprodução artificial e o direito fundamental à maternidade. Conhecer os avanços tecnológicos nessa área e o tratamento jurídico a eles dispensado constitui o objeto de estudo pretendido, que foi perseguido empregando-se com maior atenção o método indutivo-dedutivo. Ao final, concluiu-se que o tempo do desenvolvimento tecnológico na área de reprodução humana pelos métodos artificiais se revela distinto do tempo do desenvolvimento das ciências jurídicas dedicadas ao mesmo contexto.

Palavras-Chave: Técnicas reprodutivas. Direito fundamental. Maternidade Sub-rogada.

ETHICAL AND LEGAL LIMITS OF SCIENTIFIC ACTIVITY IN HUMAN REPRODUCTION WARRANTY AS TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO MATERNITY

Abstract: The human infertility would be a major obstacle to the perpetuation of the species if not the ability of the scientific

community to promote the necessary technological advances and able to circumvent the problem. Reproductive techniques, developed by Genetic Engineering, constitute the answer that science found to continue guaranteeing the man playability even when their nature derail the natural occurrence of this process. Although the motives are noble, scientific progress needs to be noted and duly regulated by legal science not to give in to the capitalist motivation and will be emptied of ethical and moral elements that should guide all development of humanity, maintaining proper correspondence between the artificial reproduction techniques and the fundamental right to motherhood. Knowing the technological advances in this area and the legal treatment of them is the desired object of study, which was pursued employing more carefully the explanatory method. In the end, it was concluded that the time of technological development in the field of human reproduction by artificial methods reveals distinct from the time of development of legal sciences dedicated to the same context.

Keywords: Reproductive techniques. Human rights. Maternity subrogated.

## LÍMITES ÉTICOS Y LEGALES DE CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA COMO GARANTIZAR EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA MATERNIDAD

Resumen: La infertilidad humana sería un obstáculo importante para la perpetuación de la especie si era la capacidad de la comunidad científica para promover los avances tecnológicos y capaces de sortear el problema es necesario. las técnicas de reproducción, desarrollados por ingeniería genética, constituyen la respuesta que la ciencia ha encontrado para seguir garantizando la capacidad de juego del hombre, incluso cuando su

naturaleza descarrilar la ocurrencia natural de este proceso. Aunque los motivos son nobles, el progreso científico necesita ser observado y debidamente regulado por la ciencia jurídica no ceder a la motivación capitalista y llegado a falsificar elementos éticos y morales que deben guiar todo el desarrollo de la humanidad, manteniendo la correspondencia adecuada entre las técnicas de reproducción artificial y el derecho fundamental a la maternidad. El conocimiento de los avances tecnológicos en esta área y el tratamiento legal de ellos es el objeto que se vaya del estudio, que fue perseguido emplea a más método inductivo-deductivo atención. Por último, se concluyó que el tiempo de desarrollo tecnológico en el campo de la reproducción humana por métodos artificiales revela distinta del tiempo, el desarrollo de las ciencias jurídicas dedicada al mismo contexto.

Palabras Clave: técnicas reproductivas . derecho fundamental. Maternidad subrogada .

## 1 INTRODUÇÃO



É senso comum que ao Direito incumbe a tarefa de impor limites jurídicos ao desenvolvimento científico que se faz existir no âmbito das tecnologias reprodutivas humanas por métodos artificiais. Nortear o avanço do conhecimento científico neste campo através do Direito viabilizaria preservar a ética e os valores morais inerentes à sociedade atual.

O tema suscita importantes debates e atrai a atenção de um público formado por representantes de diferentes áreas de interesse científico, entre eles profissionais, pesquisadores e acadêmicos de Medicina e não menos, da Ciência Jurídica. Abordá-lo representa uma tarefa árdua, pois a ideia de ser um

assunto polêmico – o que denotaria existir um vasto conteúdo literário publicado a seu respeito, inclusive no âmbito jurídico que vem a ser um norte para esse estudo – coexiste com uma realidade em que a dedicação científica eminentemente jurídica ainda não avançou muito desde que inaugurou os trabalhos nessa área.

As tecnologias de reprodução possuem um caráter de elevada importância para a Humanidade desde que se desenvolvam isentas de práticas capazes de macular o objetivo pelo qual foram criadas. Nesse sentido, buscar-se-á fazer uma análise da evolução das técnicas utilizadas para a reprodução humana partindo de uma apreciação ética e, dessa forma, levantando questões acerca de assuntos diretamente relacionados com a impossibilidade de acesso a estas tecnologias, o uso de material genético ou da maternidade de substituição para a realização da reprodução e as polêmicas que cercam o tema e, por fim, a Resolução do CFM 2013/2013 que na atualidade, é o instrumento de regulação destas técnicas no Brasil.

Daí a motivação para estudar o tema em busca de conhecer a atenção que a comunidade jurídico-científica lhe tem dedicado.

O expediente de que se valerá a equipe responsável por esse estudo, para cumprimento do propósito estabelecido será, principalmente, a pesquisa literária.

## 2 A ASCENSÃO DAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS

Todo o conhecimento científico construído ao longo da história das civilizações humanas jamais teria outra justificativa para a sua razão de existir se não o próprio homem e sua necessidade de transformar o ambiente em que vive e de elaborar respostas capazes de conduzi-lo a um meio de vida propício à manutenção de sua existência e, principalmente, a perpetuação de sua espécie.

Da sua capacidade de ser racional advém, em teoria, a destreza para se adaptar às adversidades que a natureza lhe impõe. Não por acaso, desde a antiguidade o homem já era considerado a razão de tudo, tal como afirmara Protágoras ao pronunciar a célebre frase: “O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são e das coisas que não são, enquanto não são.”<sup>4</sup>

Entender o homem como a medida de todas as coisas, entretanto, pode não representar uma verdade absoluta entre as tantas comunidades nas quais os homens se agrupam e através das quais individualizam os valores reconhecidos em seu universo cultural. Assim, considerando que é a partir desses valores que cada comunidade humana orienta as escolhas que melhor representam a sua forma de vida, esses valores se tornam responsáveis pelos conflitos que passam a existir quando a ciência avança sobre eles.

Eis que, então, deve se supor, que os valores inerentes a cada cultura podem ser associados à noção de fronteira entre o que pode e o que não pode ser considerado ético em uma determinada sociedade.

O estudo acerca desse caráter ético não admite uma única resposta para os diversos ramos da ciência, haja vista que cada um deles observa o problema a partir de determinada perspectiva. Aqui interessa a perspectiva jurídica, ou seja, interessa saber como o Direito se relaciona com os limites que devem existir para que o avanço científico não se torne indigno de aprovação social, mesmo quando o trabalho de pesquisa se pautar em produzir conhecimento científico dedicado aos objetivos da própria existência da espécie humana.

Observar e se orientar pelos limites éticos estabelecidos na própria comunidade científica pode representar um freio ao

---

<sup>4</sup> PROTÁGORAS *apud* GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 213.

avanço tecnológico, mas é também um requisito que se destina a controlar as ações humanas de modo que a afirmação de que o homem é a medida e o fim de todas as coisas continue a fazer sentido, pois do contrário poderia resultar em consequências facilmente equiparáveis a atos bárbaros como já se especulou em experimentos supostamente desenvolvidos na clandestinidade a exemplo do que se tem na ficção.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> “Na obra ‘Admirável Mundo Novo’, escrita por Aldous Huxley, em 1932, o autor descreve uma sociedade na qual os seres humanos não nasceriam mais de pais e mães, mas sim de provetas, nas quais são depositados os gametas que formarão os destinados a serem embriões manipulados, geneticamente, a fim de atender as necessidades sociais, já que, desde a sua criação e até mesmo durante o seu crescimento, seriam, manipulados, constantemente, induzidos e ensinados a serem apenas aquilo que o Estado lhes permitisse ser.

Descreve, ainda, a formação de um Estado totalitário que, para manter a estabilidade, tiraria toda liberdade dos cidadãos, os quais, aliás, não teriam a mínima ideia do que seja isso, já que seriam condicionados, tanto, geneticamente, como por lavagem cerebral, na infância e na puberdade, a aceitarem sua condição social.

Os avanços científicos são as grandes armas usadas por esse Estado totalitário para manter a ordem por ele estabelecida. Essa estabilidade, quando abalada por algum ser humano que se insurgisse contra essa situação (o que se explicaria por meio de manipulação genética que não teria saído em conformidade com o esperado, uma vez que este ficou mais próximo da normalidade que, hoje, se conhece), seria banido, porquanto aquele ser que “pensa” representaria um risco àquela sociedade e poderia ser prejudicial à forma de governo estabelecida.

Valores como família, fé, amor, amor ao próximo, relacionamentos humanos de amizade e cuidado com o ambiente em que se vive seriam eliminados. A sociedade se formaria em uma base de consumo exacerbado, em que somente se priorizaria o que fosse útil, sendo descartado tudo que não fosse perfeito; na qual haveriam diversas castas, as quais seriam geneticamente desenvolvidas para desempenhar certo tipo de serviço por toda a vida, sem que houvesse qualquer oportunidade de mudanças; e na qual, ainda, os problemas surgidos seriam resolvidos com o uso de drogas que manteriam as criaturas tranquilas, a ponto de nunca questionarem o meio em que vivem.

Considerada uma obra de ficção científica, há muito tem sido analisada, causando estremecimento em relação ao que está ali descrito, tem levado a se questionar até que ponto, realmente, sugere que a humanidade deva se preocupar acerca do desenvolvimento científico.

Pergunta-se, portanto, até onde deve ir o desenvolvimento da ciência? Quais são os limites a serem estabelecidos para as pesquisas científicas, principalmente, em relação àquelas que envolvem seres humanos? Esta análise deve ser realizada, exclusivamente, pelo meio científico-médico-biológico, ou – indaga-se – deverá ser por intermédio de uma equipe multidisciplinar, na qual profissionais de várias áreas

Sabe-se que a origem das técnicas reprodutivas tem a sua história fincada na esterilidade humana. Durante muito tempo acreditava-se que a esterilidade era algo inerente à mulher. É a partir do século XVII que se descobriu que tal condição também acometia o homem.

Com pesquisas mais avançadas, no campo da genética, o homem pôde finalmente conhecer a estrutura do DNA. Isso se deu por volta do ano de 1953 a partir dos estudos desenvolvidos pelos ingleses James B. Watson<sup>6</sup> e Francis H. C. Crick.<sup>7</sup>

Conhecer a estrutura do DNA representou o ponto de partida para uma revolução científica e por essa razão o trabalho de James Watson e Francis Crick é considerado um marco da engenharia genética. Como consequência disso, cerca de vinte anos mais tarde se acentuou o número de estudos na área de reprodução humana artificial, especificamente a respeito da fertilização *in vitro* com óvulos humanos, culminando com o nascimento do primeiro bebê de proveta, em 1978, por obra do trabalho realizado pelo cientista Robert Geoffrey Edwards<sup>8</sup> e

---

deverão ser ouvidos e cujo os pareceres deverão ser considerados para a formação de um regramento que determine os parâmetros éticos, morais e legais a serem utilizados em pesquisas científicas que envolvam seres humanos?

Essas questões, que muito têm incomodado a toda sociedade, não poderiam deixar de serem analisadas pelo Direito, tendo em vista que, nos dias atuais, a pesquisa na área biomédica tem conseguido grandes descobertas, as quais têm gerado as mais diversas discussões sobre temas que antes pareciam estar já pacificados.

E, por isso mesmo, não se pode furtar o operador do Direito a delas participar, como um dos muitos colaboradores na formação de uma equipe multidisciplinar de análise dessas novas descobertas. Contudo, para tanto, entende-se necessário buscar antes o conhecimento acerca dos temas que as envolvem, para melhor colaborar com os resultados que se buscam alcançar quando se realizar a análise". (GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. *O direito à vida e o direito de um viver melhor* – um conflito de direitos fundamentais. 2 ed. Maringá: Humanitas Vivens, 2014, p. 1-3).

<sup>6</sup> James Dewey Watson é um biólogo molecular, geneticista e zoologista americano. É um dos autores do "modelo de dupla hélice" para a estrutura da molécula de DNA.

<sup>7</sup> Francis Harry Compton Crick foi um biólogo molecular, biofísico e neurocientista britânico, mais conhecido por sua participação na descoberta da estrutura da molécula de DNA, em 1953, com James Watson.

<sup>8</sup> Sir Robert Geoffrey Edwards foi um biólogo e pesquisador britânico, pioneiro na



sua equipe.

### 3 CONSEQUÊNCIAS RELEVANTES DAS TÉCNICAS MODERNAS DE REPRODUÇÃO EM ALGUNS PAÍSES

Inegavelmente, as tecnologias reprodutivas representam um fenômeno social de elevada importância para o direito. Sua ocorrência e seu crescimento implicam repercussões nem sempre desejadas, razão pela qual se torna indispensável conhecer todos os vértices de sua existência.

Em princípio, as tecnologias reprodutivas se desenvolvem de maneira relativamente complexa, como asseveram GUILHEM e PRADO:

A maneira esquemática como as técnicas são apresentadas transmite a ideia errônea de que representariam um processo simples e seguro. Houve, assim, uma clara banalização e fragmentação de procedimentos complexos – nem sempre inofensivos para as mulheres e bebês, quando se consideram, por exemplo, os efeitos colaterais das medicações utilizadas para a hiperestimulação ovariana, ou as altas taxas de ocorrência de paralisia cerebral em bebês no caso de gravidez múltipla –, trazendo profundas implicações éticas e legais para as pessoas e serviços envolvidos.<sup>9</sup>

Em sua obra, GUILHEM e PRADO<sup>10</sup> criticam o fato de que as tecnologias reprodutivas, por causa do elevado custo de investimento exigido, tornaram-se práticas próprias de uma classe social de maior poder aquisitivo, crescendo, portanto, no âmbito da iniciativa privada e fugindo, assim, a um controle efetivo dos órgãos competentes por fiscalizar essas práticas. Por esse motivo é que, boa parte dos resultados desencadeados dessas técnicas, são sensivelmente qualificados de “perversos”.

---

medicina reprodutiva, em particular na fertilização *in vitro*. Juntamente com sua equipe, é considerado o responsável pelo nascimento do primeiro bebê de proveta.

<sup>9</sup> GUILHEM, Dirce e PRADO, Mauro Machado do. *Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas*. Bioética. Vol. 9, nº 2 – 2001. Brasília, p. 114.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Óbvio que a afirmação encontra fundamentação em fatores que compõem o panorama das técnicas reprodutivas, como é o caso dos motivos que deram origem ao debate acerca de quando se inicia a vida humana. Para muitos, os métodos empregados na reprodução artificial representam, em certos aspectos, um ônus relativamente alto a se pagar até que se alcance o objetivo pretendido.

Imagina-se, que a disponibilidade das técnicas reprodutivas apenas para um público seletivo faz prevalecer à ausência de preocupações éticas ou morais com as consequências do emprego indiscriminado das tecnologias reprodutivas. Adstrita a uma classe social abastada, a tecnologia reprodutiva tornou-se mero objeto de consumo a serviço da satisfação de objetivos desprovidos de sentimento moral e de responsabilidade ética. O panorama da maternidade aqui assume a aparência de mero *status* social, um modismo para quem dispõe dos recursos necessários a conquistá-lo.

Além disso, torna-se oportuno lembrar que em determinados casos o resultado perseguido não se pauta em um objetivo nobre, e pode, muitas vezes, corresponder à mera satisfação pessoal, motivada mais pela necessidade de dar segmento à descendência familiar – a tradição, o nome e os seus valores – do que algo maior, que justifique o ônus.

Uma das consequências da reprodução humana artificial moderna tem seu foco no debate a respeito da tênue linha que separa o processo de gestação e a maternidade propriamente dita, pois isso implica reconhecer a quem caberá o parentesco com a criança nascida a partir desse procedimento. A esse respeito a Dra. Naara Luna, aduz acerca do procedimento médico de fertilização *in vitro* que:

Sendo o óvulo fertilizado fora do corpo da mulher e depois transferido para o útero, abre-se a possibilidade de separar a maternidade genética, dada pela conjugação de gametas, da maternidade gestacional. O processo fisiológico seria o mesmo: em uma mulher é implantado um embrião gerado com o

óvulo de outra, o que corresponderia a pelo menos duas situações sociais díspares. Em um caso a mulher que dá à luz a criança será designada sua mãe, trata-se então da doação de óvulos. Na segunda possibilidade é designada mãe da criança a mulher que forneceu os óvulos ou que idealizou a gravidez, a gestante servindo apenas de veículo para o nascimento da criança. Nesse último caso, a mulher que dá à luz em favor de outra é a mãe substituta, popularmente conhecida no Brasil como “barriga de aluguel”.<sup>11</sup>

Aqui a pergunta necessária é: a quem deverá ser atribuída a maternidade? A pergunta admitiria duas respostas possíveis. Como parâmetro para a primeira resposta se tem a ideia de que naturalmente, àquela que cumpriu com a gestação da criança deveria ser reputada mãe. No entanto, à luz do próprio Direito, admite-se resposta diversa daquela desde que na concepção da criança seja decorrente de emprego de técnica reprodutiva e procedimentos considerados lícitos.

Por conta da preocupação em se determinar a relação de parentesco, alguns países adotaram diferentes pontos de vistas, cujos destaques passarão a ser conhecidos a seguir conforme estudo realizado pela Dra. LUNA<sup>12</sup>:

a) Estados Unidos: a relação de parentesco pode decorrer dos laços de sangue, também conhecida pela designação “vínculos de substância biogenética (DNA) formados na procriação”, que é considerado o fundamento real do parentesco por corresponder à “verdade biológica”; ou também do código de conduta, que consiste no reconhecimento de laços a partir do comportamento entre parentes. O primeiro caso é considerado irreversível e o segundo revogável.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> LUNA, Naara. *Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. In *Cadernos Pagu*. V.19, p. 233-278, Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Unicamp: 2002, p. 235.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Em alguns estados dos Estados Unidos, como, por exemplo, a Califórnia, bem como também na Índia, Tailândia, Ucrânia e México, o procedimento denominado vulgarmente de “barriga de aluguel” é permitido, tendo atraído muitos casais da Europa, Ásia e Austrália para lá para realização do ato. Em matéria da Folha de São

b) França: interpreta a doação de óvulos como desejo do casal e da doadora e por isso determina que a filiação se estabeleça com a mulher que dá à luz, pois entende que “o parto faz a mãe”, não importando se a gestação resultou de obrigação contratual. Nesse caso a entrega da criança pela mãe de fato à mãe de direito representaria uma forma de adoção do filho do próprio marido.

c) Alemanha: possui legislação mais rígida, que não admite a dissociação entre maternidade genética e a gestacional. Proíbe a doação de óvulos, mas permite a doação de esperma especificamente em caso de esterilidade do casal casado. A legislação alemã impede a prática de maternidade substituída.

d) Suécia: também proíbe a doação de óvulos, admitindo somente o uso de óvulos do casal. Além disso, também permite a doação de esperma.

No Brasil<sup>14</sup> o assunto ainda não recebeu uma atenção

---

Paulo, de 22/07/2014, nominada de “Estados Unidos se tornam a meca da barriga de aluguel”, dizendo que no ano de 2014 mais de 2000 bebês seriam gerados nos EUA por esse procedimento. A matéria ainda faz um destaque para o Canadá e o Reino Unido, que permitem que se realize a maternidade subrogada apenas com o pagamento das despesas com relação a gravidez e o parto, tendo em vista que nestes se teme que o procedimento “transformaria as mulheres e seus corpos em commodities”. Destaca ainda que os pais pagam em torno de US\$ 150 mil ou R\$ 330 mil por todo o processo de barriga de aluguel nos EUA, mas as mulheres que alugam seus ventres recebem apenas entre US\$ 20 mil e US\$ 30 mil desse total. Ademais, outro problema que tem surgido é com relação a bebês com deficiência que muitas vezes têm sido abandonados pelos pais que os “encomendaram”. E por fim, destacou a questão da nacionalidade, destacando que em 26/06/2014, a Corte Europeia de Direitos Humanos determinou que a França teria violado a Convenção Europeia e prejudicado a identidade das crianças nascidas nos EUA e trazidas para a França por seu pai, ao se recusar a fornecer o reconhecimento do pai biológico como pai legal, permitindo, então, uma facilitação para a cidadania francesa. (LEWIN, Tamar. Estados Unidos se tornam Meca da barriga de aluguel. In *Folha de São Paulo*, de 22/07/2014, Caderno Equilíbrio e Saúde. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/07/1488286-estados-unidos-se-tornam-meca-da-barriga-de-aluguel.shtml> Acesso em: 07/01/2015).

<sup>14</sup> “Esses procedimentos devem ser feitos sempre em clínicas autorizadas pelos respectivos conselhos regionais de medicina. O site da Sociedade Brasileira de

maior por parte dos legisladores, sendo orientado, assim, pela Resolução nº 2013/2013, editada pelo Conselho Federal de Medicina, cuja preocupação se desenvolveu no sentido de inibir a exploração comercial em procedimentos de doação de gametas. Pela resolução, somente é admitida a maternidade substituída se existir parentesco de até quarto grau entre a mulher que doará temporariamente o útero – durante o período da gestação – e a mulher que doará o material genético. De acordo com a Dra. LUNA<sup>15</sup>, no Brasil a mãe genética da criança será aquela que idealizou a gravidez.

Contudo, o Conselho de Medicina Paulista – Cremesp têm autorizado que mulheres não parentes, como, por exemplo, amigas próximas, possam emprestar suas barrigas, ou seja, não poderá ter qualquer recebimento pelo procedimento. Segundo dados da Folha de São Paulo, em matéria de 19/08/2012, naquele ano o Cremesp já teria autorizado pelo menos 15 pedidos para maternidade em substituição entre não parentes, dos quais, cinco envolveriam casais gays, e ainda teriam 16 casos por ser analisados. Cabe destacar ainda que, no Brasil qualquer tipo de recebimento seria considerado um ato ilícito, já que “o artigo 199 da Constituição proíbe o comércio de tecidos e de substân-

---

Reprodução Assistida conta com o cadastro de 22 clínicas em todo Brasil, todavia já existiam 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva desde 2008 (LOPES, 2008. p.140-143), esse número com certeza cresce a cada ano, impossibilitando a quantificação exata hoje. Todavia, também em 2008, 10% desses laboratórios já contavam com cadastro de mulheres dispostas a locar o útero, e receber por isso.

Para comunidade leiga, é justamente a questão financeira entre as “mães”, que desdobra-se em inúmeras críticas a barriga de aluguel, como bem demonstra a reportagem publicada no jornal americano *The New York Times*, pela escritora e jornalista Alex Kuczynski, na qual a escritora deixa nítido tanto as diferenças estruturais entre a mulher com útero de substituição e a mãe autora.

Para Leocir Pessini, na visão da bioética, esta prática além de imoral é ilícita, pois leva à ‘coisificação’ dos ser humano.” (QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. Barriga De Aluguel: legalizar? In *Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, de 24/09/2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/915/Barriga+De+Aluguel%3A+legalizar%3F> Acesso em: 07/01/2015).

<sup>15</sup> LUNA, Naara. op. cit, p. 236.

cias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento”.<sup>16</sup>

Por ser assunto polêmico, cabem acerca do mesmo, diferentes opiniões. Destarte, opina Rodrigo da Cunha Pereira<sup>17</sup>:

Uma das situações sobre a qual paira muito preconceito e impede a evolução jurídica é a possibilidade de homens e mulheres tornarem-se pais por meio da gravidez por útero de substituição. Conhecida também como barriga de aluguel, o método consiste em uma mulher gerar em seu útero filho de outra ou para outra. No século XIX, a medicina já havia desvendado os mistérios da concepção e ultrapassou concepções morais e teorias místicas e míticas sobre infertilidade. Foi assim que surgiu a Resolução 1957/10 do Conselho Federal de Medicina estabelecendo regras para a gestação de substituição e doação temporária de útero. Mas foi acanhada e continua deixando milhares de mulheres sem a possibilidade de serem mães por esta via. É que só podem “ceder” o útero quem for parente até segundo grau. A questão sobre a qual se deve refletir é: por que não se pode remunerar uma mulher pelo “aluguel” de seu útero? Sabe-se que no Brasil acontece na clandestinidade o que já é lei em vários países, a exemplo dos Estados Unidos, Israel, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Israel, Índia, Rússia e Ucrânia. O corpo é um capital físico, simbólico e econômico. Os valores atribuídos a ele são ligados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas. Se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado. Não seria a mesma lógica a que permite remunerar o empregado no fim do mês pela sua força de trabalho, despendida muitas vezes em condições insalubres ou perigosas, e considerado normal? O que se estaria comprando ou alugando não é o bebê, mas o espaço (útero) para que ele seja gerado. Portanto não há aí uma coisificação da criança ou

---

<sup>16</sup> COLLUCCI, Cláudia. Conselho permite “empréstimo” de útero. In *Folha de São Paulo*, de 19/08/2012, Saúde e Ciência. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saudeciencia/61635-conselho-permite-quotemprestimoquot-de-utero.shtml>

<sup>17</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Barriga de aluguel: o corpo como capital. In *Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, de 24/10/2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital+> Acesso em: 07/01/2015.

objetificação do sujeito. E não se trata de compra e venda, como permitido antes nas sociedades escravocratas e endossado pela moral religiosa. Para se avançar é preciso deixar hipocrisias de lado e aprender com a História para não se repetir injustiças. É preciso distinguir o tormentoso e difícil caminho entre ética e moral.

A regulamentação de pagamento pelo “aluguel”, ou melhor, pela doação temporária de um útero não elimina o espírito altruísta exigido pelo CFM; evitaria extorsões, clandestinidade e até mesmo uma indústria de barriga de aluguel. Afinal, quem não tem útero capaz de gerar um filho não deveria ter a oportunidade de poder buscá-lo em outra mulher? Por que a mulher portadora, que passará por todos os riscos e dificuldades de uma gravidez, não pode receber por essa trabalhadeira toda? Hoje as religiões já reconhecem que os bebês nascidos de proveta têm alma tanto quanto os nascidos por inseminação natural. Já foi um avanço. Quem sabe no futuro próximo, nesta mesma esteira da evolução do pensamento, alugar um útero para gerar o próprio filho, para aqueles que não querem adotar, passará da clandestinidade para uma realidade jurídica? Eis aí uma ética que se deve distinguir da moral estigmatizante e excludente de direitos.

Por outro lado expressa Marise Cunha de Souza, Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Ilha do Governador – RJ:<sup>18</sup>

Vale lembrar que, em decorrência da estrutura da sociedade, em que havia uma hierarquização entre homens e mulheres, na qual imperava o patriarcalismo e a família legítima se constituía apenas pelo casamento, que tinha como uma das funções primordiais a procriação, mãe era sempre certa, posto que às esposas impunha-se um dever jurídico absoluto de fidelidade, além da ostensividade da maternidade. Hodiernamente, com a evolução da medicina genética, que possibilitou fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, não mais se pode conferir caráter absoluto ao dogma *mater semper certa est* (mãe pode ser a que está ge-

---

<sup>18</sup> SOUZA, Marise da Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. In *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010, p. 357-360. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf) Acesso em: 07/01/2015.

rando o filho, a que forneceu o óvulo em banco de reprodução, a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa em banco de reprodução humana, ou a que forneceu o óvulo para fertilização *in vitro* com gestação de substituição).

Obviamente, pelo critério biológico, também é possível resolver a questão da maternidade com o exame de DNA, assim como é ele utilizado para indicar o pai biológico, porque o exame apontará quem forneceu o material genético para a criança. Contudo, a solução do problema não é simples assim, porque envolve uma terceira pessoa, a mãe hospedeira, que gerou e pariu a criança, havendo divergência doutrinária quanto à atribuição da maternidade: à mãe biológica ou à mãe gestacional? Estão em jogo noções legais, morais e éticas, ao lado do necessário alargamento do conceito de maternidade, não sendo demais dizer que, diante das novas técnicas de reprodução, especialmente com a participação de terceira pessoa, e da nova concepção da família como união de afetos, mãe pode ser a doadora do material genético, a que hospeda o embrião (no caso da barriga de aluguel), a que amamenta (antigamente conhecida como “mãe de leite”) e a que dá amor, educa e conduz o crescimento da criança, que é a mãe socioafetiva.

No caso em análise, ou seja, quando apenas as duas primeiras etapas estão em jogo (fecundação e gestação), entendemos que a razão está com aqueles que solucionam a questão atribuindo a maternidade à mãe biológica, por refletir a verdadeira filiação, com a correta inserção da ascendência genética no registro de nascimento.

A mãe gestacional apenas hospedou o embrião para que ele pudesse ser gerado e, num primeiro momento, inclusive, não espera nem pretende ter qualquer responsabilidade em relação à criança após o nascimento. Não se pode olvidar, em qualquer caso, que a solução deve se adequar ao melhor interesse do menor, princípio norteador de todas as querelas envolvendo menores.

Mas a tomada de decisão numa disputa deste gênero não é fácil e está longe de ser pacífica, se pensarmos que nos deparamos com uma situação delicadíssima, na qual, de um lado, há uma mãe biológica, que durante nove meses aguarda ansiosa a chegada do filho, e, do outro, a mãe substituta, que pelos mesmos nove meses, vê seu ventre aumentar e uma vida nele



se desenvolver, podendo, inclusive, estabelecer uma ligação afetiva com o bebê.

Fácil verificar que neste novo universo da maternidade, conforme destacado por Christine Keler de Lima Mendes, “os conceitos e sentimentos se confundem” e, por essa razão, há quem entenda que deve sempre prevalecer o melhor interesse da criança, ou seja, num conflito positivo de maternidade, sempre se deverá decidir por aquela que melhor atenderá às necessidades da criança. Nosso entendimento, como salientado antes, é de que mãe é aquela que forneceu o material fecundante, ou seja, a mãe biológica (porque a hospedeira sempre soube que deveria entregar o bebê a ela), a não ser que se evidencie, de forma robusta, que tal decisão não atenderá ao melhor interesse da criança.

Um conflito negativo (quando a mãe biológica e a gestacional não têm interesse na maternidade – o que pode ocorrer, por ex., quando a criança nasce com algum problema, alguma má-formação) é ainda pior, porque, via de regra, a guarda da criança deverá ser conferida a uma terceira pessoa, até que a questão da maternidade seja resolvida.

Em suma, atualmente, como consequência das novas técnicas de reprodução humana e do reconhecimento do feto como valor fundante da parentalidade, o princípio *mater semper certa est* não mais pode ser encarado como verdade absoluta, ou seja, o conceito de que mãe é a que gerou e deu à luz não mais satisfaz, pois, em determinadas situações, é mesmo inaplicável. A maternidade sempre foi ostensiva e a certeza exsurgia de provas diretas, como a gestação e o parto, que, hoje, não mais sustentam o princípio “a maternidade é sempre certa”, colocado em dúvida pelas novas técnicas de reprodução assistida, especialmente a que ora é tratada. Entendemos que o ideal é que os pais biológicos façam com a hospedeira um contrato de cessão gratuita do útero, onde todos expressem o seu consentimento com o procedimento. Acompanhamento psicológico é sempre aconselhável e pode até evitar futura disputa judicial. Outra providência que também pode evitar futuras demandas é o parentesco entre a mãe biológica e a mãe gestacional, exigido na Resolução do CFM.

Outra consequência das técnicas de reprodução artificiais, de igual importância em relação à anterior, se lança à preocupação com a doação de óvulos e o desencadeamento de ou-

tros trabalhos de pesquisas a partir destes. A preocupação aqui se refere às pesquisas com células-tronco, mas o assunto será abordado em outro estudo.

#### 4 DESENVOLVIMENTO DE UMA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A RESPEITO DAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS

De acordo com GUILHEM e PRADO<sup>19</sup>, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina foi a base para os projetos de lei que tramitavam na Câmara do Senado Federal” até certo momento. Anos depois da primeira experiência bem-sucedida de inseminação artificial de que se tem notícia no Brasil é que ela se tornou pública.

Importante destacar, que essa resolução configura-se um marco no histórico da inseminação artificial, pois dela destacam-se aspectos de grande relevância, como: a doação gratuita de gametas ou pré-embriões; proteção contra a comercialização de partes do corpo humano; confidencialidade; sigilo médico sobre a identidade dos doadores; número máximo de duas gestações possíveis para cada doador de sêmen por região do país; tempo máximo de catorze dias para a permanência do pré-embrião fora do corpo materno; realização de diagnóstico e tratamento dos pré-embriões permitidos somente para fins de diagnóstico de sua viabilidade ou investigação de doenças hereditárias; obrigatoriedade da utilização de “consentimento informado” para mulheres e casais inférteis; entre outros. Certamente que o principal resultado pretendido com tais medidas seria o de dissuadir a prática dessa tecnologia reprodutiva, a inseminação artificial, com objetivos puramente comerciais.

A partir da citada Resolução, alguns projetos de lei que versaram a respeito do tema surgiram, sendo o segundo deles

---

<sup>19</sup> GUILHEM, Dirce e PRADO, Mauro Machado do. *Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas*. Bioética. Vol. 9, nº 2 – 2001. Brasília.

enaltecido em sua importância por lançar vistas à definição de cada uma das técnicas de reprodução assistida. Contemporâneo às novas tentativas de regulamentar as práticas de tecnologias reprodutivas se tem o evento que ganhou notoriedade global ao divulgar as pesquisas feitas na área de clonagem de mamíferos, sendo o caso que se tornou mais conhecido o da ovelha Dolly. Correspondendo aos anseios sociais daquele momento, o ordenamento jurídico avançou, proibindo então o emprego de tecnologia reprodutiva para fins de clonagem e de seleção de sexo ou qualquer outra característica biológica e eugênica. Evidenciou-se ali a atenção necessária contra práticas discriminatórias como aquelas tentadas no seio do nazismo. Percebe-se finalmente que, o foco de atenção não é mais, ou apenas, os sujeitos que buscam nas tecnologias reprodutivas alcançar o sonho de ter um filho, mas volta-se para o ser que resultará do procedimento, passando-se, portanto, a reconhecer direitos inerentes a esse ser antes mesmo do seu nascimento, tal como defendem as diferentes teorias que discutem o momento em que se inicia à vida para fins de tutelar os direitos civis.

Posteriormente, em 2005, um novo diploma jurídico foi criado: a Lei da Biossegurança<sup>20</sup>. Nele ficaram estabelecidas normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, que dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Infelizmente o alcance obtido ainda não é suficiente para satisfazer aos anseios sociais.

Atualmente, a Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina - CFM<sup>21</sup> assume o *status* de ser o diploma

---

<sup>20</sup> Lei nº 11.105, de 24 de Março de 2005: Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal e revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

<sup>21</sup> Resolução CFM nº 2013/2013 – Publicada no D.O.U. de 09/05/2013, Seção I, p.

jurídico mais atual quando o assunto em pauta são as técnicas de reprodução assistida. Sua importância é justificada pela expectativa que a sociedade alimentava no sentido de que o Direito desse amparo ao seu clamor para que a comunidade científica se orientasse por um mínimo de comportamento ético em seus trabalhos de pesquisas ou na execução daquelas técnicas de reprodução.

Atento ao clamor social, o CFM editou a Resolução nº 2013/2013 atribuindo normas técnicas para a utilização das técnicas de reprodução assistida sob o argumento “da importância da infertilidade humana como um problema de saúde” que pode ser superado através da adoção de tais técnicas, reconhecendo como legítima a busca pela superação.

Desde o início da vigência da norma em questão, o comportamento ético pretendido para o processo de procriação que emprega as técnicas de reprodução assistida deve se espelhar nos princípios gerais trazidos anexos à Resolução do CFM. Note-se que esses princípios impõem certas limitações à comunidade científica, restringindo a utilização das técnicas de reprodução assistida, isto é, fixando critérios a partir dos quais as técnicas não são admitidas.

Embora se reconheça o avanço que a Resolução nº 2013/2013 representa nesse ambiente de clamor pela elaboração de normas ético-morais especializadas em reprodução humana, para que o direito fundamental à maternidade possa resultar, de maneira digna, da consecução das técnicas de reprodução assistida, o ordenamento jurídico continua distante de um resultado mais contundente contra as práticas moralmente condenáveis.

## 5 CONCLUSÃO

A reprodução humana é um acontecimento natural, re-

conhecido no pensamento cristão como resultante de um dom divino. Por esse motivo é que é bíblica a afirmação de que ao homem incumbe a tarefa de se reproduzir como forma de perpetuar a espécie. Mas em determinados casos esse dom natural encontrou obstáculos muitas vezes intransponíveis sem a intervenção da Ciência.

Contra as limitações naturais que inviabilizavam a reprodução humana, o avanço tecnológico encontrou desvios por meio dos quais o processo natural poderia ser reestabelecido, bastando, para tanto, que o homem aplicasse o conhecimento científico disponível. Trata-se de tecnologias reprodutivas em desenvolvimento há muitos anos e experimentos que não se permitem frear pela consciência moral cristã.

Esses experimentos certamente só aconteceram por terem sido realizados inicialmente fora do alcance dos olhos da sociedade, pois muito provavelmente não seriam permitidos se antes fossem submetidos ao crivo da aprovação social. Também contribuiu para o desenvolvimento científico no âmbito da reprodução humana por métodos artificiais o fato de não existir um ordenamento jurídico devidamente sintonizado com os acontecimentos nessa área, até porque o direito, como se sabe, quase sempre se desenvolve a partir da própria evolução dos fenômenos sociais e raramente sua existência ocorre antes desses fenômenos. Em outras palavras, os fenômenos sociais motivam a criação do direito ou provocam a necessidade de atualizá-lo.

Cúmplice da perspectiva amoral observada naquele contexto se tem a ausência de percepção dos legisladores brasileiros sobre a urgência em regulamentar as práticas de tecnologia reprodutiva, delimitando o seu alcance para que se mantenham nos limites das fronteiras do moralmente aceitável e eticamente exigível.

Dessa forma, necessário se faz estabelecer um vínculo entre a ciência jurídica e os demais ramos da ciência para que

todo o desenvolvimento científico-tecnológico seja sempre e devidamente assistido pelo Direito. Para tanto, torna-se indispensável promover uma atuação mais ágil do sistema legislativo, pois a sua morosidade representa enorme prejuízo à comunidade científica à medida que atrasa o desenvolvimento de pesquisas fundamentais à sociedade.



## 6. REFERÊNCIAS

- BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2013, de 2013*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em 07/01/2015.
- COLLUCCI, Cláudia. Conselho permite “empréstimo” de útero. In *Folha de São Paulo*, de 19/08/2012, Saúde e Ciência. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saudeciencia/61635-conselho-permite-quotemprestimoquot-de-utero.shtml>
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GUILHEM, Dirce e PRADO, Mauro Machado do. *Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas*. Bioética. Vol. 9, nº 2 – 2001. Brasília.

- GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. *O direito à vida e o direito de um viver melhor – um conflito de direitos fundamentais*. 2 ed. Maringá: Humanitas Vivens, 2014.
- 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)>. Acesso em 25/10/2014.
- LEWIN, Tamar. Estados Unidos se tornam Meca da barriga de aluguel. In *Folha de São Paulo*, de 22/07/2014, Caderno Equilíbrio e Saúde. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/07/1488286-estados-unidos-se-tornam-meca-da-barriga-de-aluguel.shtml> Acesso em: 07/01/2015.
- LUNA, Naara. *Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos*. In *Cadernos Pagu*. V.19, p. 233-278, Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas Unicamp: 2002
- MORAES, Maria Celina Bodin de e KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional* / Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder. – Rio de Janeiro. Renovar: 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Barriga de aluguel: o corpo como capital. In *Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, de 24/10/2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital+> Acesso em: 07/01/2015.
- QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. Barriga De Aluguel: legalizar? In *Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, de 24/09/2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/915/Barriga+De+Aluguel%3A+legalizar%3F> Acesso em: 07/01/2015.
- SOUZA, Marise da Cunha de. As Técnicas de Reprodução

Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. In *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010, p. 357-360. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf) Acesso em: 07/01/2015.