

DIREITO FUNDAMENTAL À MATERNIDADE SUBROGADA COMO FORMA DE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Eliane Cristina Dutra¹

Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves²

Sumário: 1 Introdução; 2 A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à vida; 3 A Reprodução Humana Assistida e a discussão jurídica sobre o início da vida; 4 O uso da Maternidade subrogada como forma de planejamento familiar; 5 Conclusão; 6 Referências.

Resumo: O presente estudo visa analisar as diferentes teorias sobre o início da vida e suas implicações para o Direito Civil. Para tanto, abordar-se-á a teoria natalista, a concepcionista, a da personalidade condicional, a do embrião como pessoa em potencial e a teoria genético-desenvolvimentista, dando-se ên-

¹ Acadêmica do 2º ano de Direito da Faculdade Cidade Verde, tendo desenvolvido o projeto de pesquisa – PIIC denominado “O princípio da dignidade da pessoa humana, suas relações a paternidade por fertilização assistida e a maternidade subrogada”.

² 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.

*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.

fase a concepcionista. Com base nesta, se fará a análise da proteção dada ao nascituro na codificação civilista, a qual traz em si aspectos controvertidos, o que restou destacado quando do aprimoramento das tecnologias reprodutivas. Acerca destas, tem-se como objetivo analisar a Maternidade subrogada enquanto possibilidade para reprodução humana assistida e sua defesa como forma de planejamento familiar protegida no texto constitucional. Como metodologia utilizar-se-á dos métodos indutivo e dedutivo para análise da doutrina especializada.

Palavras-Chave: Vida. Fertilização Assistida. Maternidade subrogada.

THE BASIC RIGHT TO SURROGATE MOTHERHOOD AS A FAMILY PLANNING TOOL

Abstract: This study aims to analyze the different theories about the beginning of life and its implications for civil law. To do so, will be addressed to natalist theory, the Immaculate Conception, the conditional personality, the embryo as a potential person and the genetic -developmental theory, giving emphasis to Conceptionist. Based on this , it will analyze the protection given to the unborn child in civil law codification , which brings itself controversial aspects , which remains highlighted when the improvement of reproductive technologies . About these, one has to analyze the Maternity subrogated as a possibility for assisted human reproduction and its defense as a means of family planning protected in the Constitution. The methodology will be used for inductive and deductive methods for analysis of academic writers.

Keywords: Life. Assisted Fertilization. Maternity subrogated .

DERECHO FUNDAMENTAL A LA MATERNIDAD

SUBROGADA COMO FORMA DE PLANIFICACIÓN DE LA FAMILIA

Resumen: Este estudio tiene como objetivo analizar las diferentes teorías sobre el origen de la vida y sus consecuencias para el derecho civil. Para este propósito, se dirige a la natalidad teoría, concepcionistas, la personalidad condicional, el embrión como una persona en potencia y la teoría genética del desarrollo, dando énfasis a las Concepcionistas. En base a esto, se analizará la protección dada para el feto en la codificación civil, que a su vez trae aspectos controvertidos, que queda resaltado cuando el mejoramiento de las técnicas de reproducción. Sobre estos, uno tiene que analizar la maternidad subrogada como una posibilidad para la reproducción humana asistida y su defensa como un método de planificación familiar protegida por la Constitución. La metodología se utiliza para los métodos inductivos y deductivos para el análisis de la doctrina especializada.

Palabras-Clave: La vida. Fertilización Asistida. Maternidad subrogada.

1 INTRODUÇÃO



presente estudo inicia-se com a discussão sobre questões de grande relevância, no tocante as teorias sobre início da vida, discorrendo sobre estas e as polêmicas que cercam o início da personalidade e da vida, e como as mesmas encontram-se dispostas no ordenamento jurídico. Cabe destacar que, as novas formas de reprodução humana fizeram uma revolução na seara médica e, por consequência, tem gerado questionamentos no mundo jurídico que devem ser analisados pelo operador do direito. Em relação a isto, destaca-se a reprodução humana rea-

lizada por maternidade subrogada, tratando-a a partir da vertente do planejamento familiar.

Consubstancia-se o planejamento familiar como direito fundamental, destacando-se a liberdade que o legislador constitucional insculpiu em seu texto permitindo a sua realização por livre escolha do casal, sendo garantido a todos dessa forma e, portanto, não podendo ser limitado pelo Estado ou pela sociedade.

Dessa forma, tratar-se-á da maternidade por substituição, também conhecida vulgarmente como “barriga de aluguel”, que é uma das formas de reprodução humana assistida possibilitada pela Resolução 2013/2013 do CFM que regula o tema, como forma de planejamento familiar, protegida assim no texto constitucional.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA

A teoria constitucional traz várias definições sobre o termo dignidade da pessoa humana. José Afonso da Silva³ descreve-a como sendo um valor soberano: “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do Homem, desde o direito à vida”.

Destaca-se com relação à ideia de dignidade humana, “que este foi um conceito desenvolvido, na forma como hoje é estudado, principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial, em face das atrocidades cometidas pelo nazismo”.⁴

Este princípio está inserido no art. 1º, III da CF/88, o qual diz:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união

³SILVA, José Afonso da: *Poder constituinte e poder popular*: estudos sobre a constituição. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 147.

⁴GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. *Direito à vida e direito a viver melhor*: um conflito de direitos fundamentais. 2 ed. Maringá: Humanitas Vivens, 2014, p. 51.

indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

(...)

III – a dignidade da pessoa humana; (...).

O mesmo é considerado “valor fundante do ordenamento, porquanto é a partir dele que se tem o indivíduo como limite e fundamento da formação do Estado Democrático de Direito”⁵, visto que é a pessoa humana “a fonte e a base mesma do direito, revelando-se, assim, critério essencial de legitimidade da ordem jurídica”.⁶

Com relação ao tema, Ingo Wolfgang Sarlet⁷ destaca que:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Assim sendo, entende-se “que o Direito existe para regular as relações humanas, cabendo ao Estado o papel de tutelar essas ações, possibilitando a todos a plena convivência em harmonia”.⁸

Nesse sentido, volta-se o Estado para o bem comum, tendo por fim estabelecer regras que visem proteger os valores que a sociedade elenca como importantes.

Dessa forma, “o princípio da dignidade da pessoa hu-

⁵ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit 51.

⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 57.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 101.

⁸ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit 61.

mana tem esse papel de proteger o ser humano, já que ele traduz o valor da pessoa humana”⁹, assegurando um “*minimum* de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, uma vez que todos os homens são dotados por natureza de igual dignidade e ‘têm direito a levar uma vida digna de seres humanos’”.¹⁰

Antes mesmo de se entender as definições que a doutrina apresenta sobre o princípio de dignidade humana é necessário compreender em primeiro lugar quando se inicia à vida e o direito a ela.

Os Direitos fundamentais apresentados em nossa legislação constitucional, em seu art. 5º, exibem os direitos da pessoa humana como sendo personalíssimos, os quais englobam um conjunto de direitos que resguardam dentre eles, o direito à vida, que se apresenta no caput do artigo citado e deve ser respeitada de forma única.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, do qual se pode concluir que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens” e, em sendo assim, todos os seres humanos seriam destinatários do direito à vida, independentemente da forma como foram criados, situação esta que será analisada posteriormente.

Quanto à questão do início da vida (e o dos direitos que a mesma representa), coloca-se que esta, sem dúvida, não é uma pergunta fácil de responder, tendo em vista que existem divergências na doutrina, tanto no campo biológico quanto no campo jurídico. Contudo, considerando-se que se trata de um trabalho na seara do último, atentar-se-á à análise que este campo faz acerca de teorias que tratam do tema. Por outro lado, ao se definir o princípio da vida, cabe destacar que os juristas

⁹ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit 61.

¹⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. op. cit, p. 60.

não estabeleceram com exatidão seu conceito, visto que o objeto do Direito não é este, e sim o de evidenciar, preservar e proteger a vida e o que ela representa.

Com relação às teorias acerca do início da vida e dos direitos a ela inerentes (que se ligam a ideia de personalidade), evidencia-se que estas discutem e buscam demonstrar a partir de várias percepções, quando se dá o início dos direitos a ela imanente, estabelecendo-se no ordenamento pátrio, três correntes principais que tratam da matéria, ou seja, a Teoria Natalista, a Conceptionista e a da personalidade condicional.

Segundo a Teoria Natalista, o início da personalidade se dá com nascimento com vida, sendo somente a partir deste fato, possível conferir a proteção jurídica plena ao nascituro, ou seja, a estes serão concedidos todos os direitos após o nascimento com vida, já que antes disto o nascituro tem somente a expectativa de direitos.

Desde o Código Civil 1916 que tratava do tema no art. 4º, esta teoria foi adotada pelo Brasil, estando descrita no art 2º do Código Civil de 2002: *A personalidade civil da pessoa começa a partir do nascimento com a vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*¹¹

Com as reformulações do Código Civil de 1916 para o Código de 2002, esperava-se, que algumas questões polêmicas se esgotassem, contudo isto não aconteceu, inclusive o artigo 4º do CC/16 já citado, ficou praticamente idêntico ao ser trazido para o art. 2º do Código Civil 2002, tendo sido o único termo alterado, a troca da palavra homem pela palavra pessoa, com o intuito da valoração da pessoa independentemente de gênero, homem ou mulher.

Acerca do tema, alicerçada ainda no disposto do CC/1916, Silmara J. A. Chinelato e Almeida faz uma crítica à

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 378: “Nascituro é justamente aquele que foi concebido e ainda não nasceu”.

teoria, afirmando que:

A teoria natalista – encontra grande número de adeptos que afirmam que a personalidade civil começa do nascimento com vida, alicerçando-se na primeira parte do artigo 4º. do Código Civil (...). Mencionada corrente não explica, no entanto, porque o mesmo artigo reconhece direitos e não expectativas de direitos ao nascituro (...)”¹²

Outra teoria muito importante discutida entre vários doutrinadores é a Concepcionista. Esta defende que o início da vida se dá a partir da concepção, ou seja, quando ocorre a união do óvulo com o espermatozoide, estabelecendo-se direitos para a pessoa a partir deste momento. Desta forma a vida deve ser protegida desde a sua concepção independentemente da forma como esta é realizada, seja de forma natural, ou mesmo que esta fecundação tenha sido feita de forma artificial, *in vitro*. A partir desta condição, o embrião já pode ser considerado pessoa de direito.¹³

Cabe ainda tratar da teoria da personalidade condicional, entendendo os defensores desta que a vida e a personalidade se iniciam com a concepção, dependendo do nascimento com vida para sua tutela de forma plena.

Contudo, estas teorias, por tratarem de aspectos jurídicos, acabam por se ater mais a questão do início da personalidade e dos direitos que ela traz em si, do que do início da vida em si, tema este tratado pela biologia. Por isso mesmo, cabe ainda destacar duas teorias que falam do início da vida: a genético-desenvolvimentista¹⁴ e a do embrião como pessoa em potencial.

A teoria genético-desenvolvimentista analisa quando se

¹² ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Direitos de personalidade do nascituro. *Revista do Advogado* n. 38, dez/92, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, 1992. p. 22.

¹³ ROCHA, Carvalho João Carlos. *Direito civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 128: “Capacidade de direito é portanto, o potencial inerente a toda a pessoa para exercício de atos da vida civil”.

¹⁴ ROCHA, Renata. *Direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 79.

dá o início da vida, através das várias fases da fecundação, estabelecendo que o pré-embrião seria aquele que inicial, até o até o 14º dia de gestação, enquanto ainda está se formando seus neurônios, “sendo apenas um agregado de células antes de tal especialização”¹⁵, e por isso mesmo, não seria considerado pessoa. Ela é defendida pelo Relatório Warnock, que entende que não há limitações ao uso de embriões em pesquisas científicas antes desse período.¹⁶

E quanto a última teoria, a do embrião como pessoa em potencial, defende-se nesta que existem duas espécies de vida, a intra-uterina pelo método natural e, outra, que se realiza na fertilização *in vitro* por métodos artificiais. Para esta teoria,

O embrião, então, somente seria considerado pessoa em potencial se, estando no útero, chegasse à nidação; para aqueles que fossem criados na fertilização *in vitro*, e não fossem devidamente implantados, não se daria a prerrogativa de ser tratado como pessoa, mas somente como uma célula especializada.¹⁷

Como se disse anteriormente, tendo em vista as diferentes teorias acerca do início da vida e o momento em que se dá proteção jurídica a pessoa por nascer, o tema, apesar de amplamente debatido pela doutrina, está longe de ser pacificado na seara do direito, sendo necessário, ainda, amplo debate sobre o tema.

3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A DISCUSSÃO JURÍDICA SOBRE O INÍCIO DA VIDA

Um grande problema ocasionado pelas novas técnicas de reprodução assistida consiste em definir o conceito de pessoa estabelecido para o nascituro e para o embrião *in vitro*. O

¹⁵ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit 68.

¹⁶ VARELLA DIAS, Marcelo. ROCHA, Fernando A N Galvão. *Biossegurança e biodiversidade: contexto científico e regulamentar*. . Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p 207.

¹⁷ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit 67.

direito, ao analisar o conceito de pessoa, o faz a partir da ideia de que este é um sujeito de direitos e deveres, sendo, portanto, capaz do exercício destes por si ou por outrem, quando a capacidade não for plena. Pessoa, para o direito é, então, aquele que é sujeito das relações jurídicas, elemento subjetivo desta, sendo-lhe, portanto, conferida a personalidade, a qual “exprime aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”.¹⁸

Há muito tempo, o ser humano encontra-se envolvido com a ideia de reprodução, tendo-se iniciado, no passado, esse tipo de pesquisa com animais e plantas. Mas com relação a pesquisas relacionadas aos seres humanos, esta deu seu grande salto com o nascimento de Louise Joy Brown, em 25 de julho de 1978, já que ela foi o “primeiro ser humano concebido fora do útero da mãe”¹⁹, em uma proveta. A reprodução assistida, criada por Patrick Steptoe e Robert Edwards, foi “desenvolvida originalmente com o objetivo de curar um tipo de esterilidade”²⁰, “e, assim, permitir as pessoas com dificuldades de reprodução, a oportunidade de ter filhos”.²¹ Acerca dela, pode-se dizer que:

Mas, em que consiste essa reprodução? De forma sucinta, pode-se dizer que a reprodução humana assistida, que também é conhecida como FIV ou Fivete, conforme acima fora relatado, é o meio pelo qual se dá a “criação” de um novo ser humano, ao se retirar um óvulo da mulher, a qual tem a intenção de ter um filho, para fecundá-lo na proveta com sêmen de seu marido, companheiro ou outro homem, para depois introduzir o embrião em seu útero (ou de outra, no caso das “barrigas de aluguel”), quando se dará o crescimento do novo ser. Chama-se, também, o processo de ectôgenese ou fertilização *in vitro* pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*).²²

Contudo, este não é o único meio de reprodução huma-

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. op. cit. p.4.

¹⁹ SILVER, Lee M. *De volta ao éden: engenharia genética, clonagem e o futuro das famílias*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Mercuryo, 2001, p. 79.

²⁰ SILVER, Lee M. op. cit. 79.

²¹ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit 84.

²² GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit 84.

na assistida, tendo sido desenvolvidos vários métodos como, por exemplo, o ZUT (*zygote uterine transfer*) ou transferência uterina de zigoto e o GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), entre outros.

Como outrora fora exposto, no ordenamento jurídico pátrio, entendeu-se que a teoria natalista seria a aceita, e esta adota a tese de que o início da personalidade se dá a partir do nascimento com vida; todavia, fazendo uma análise sobre a proteção dada ao nascituro pelo Código Civil, pode-se verificar aspectos controvertidos em se assegurar a adoção desta teoria, quando da leitura do art. 2º CC, segunda parte. Tal controvérsia, pode ser vista quando no texto apresenta que é somente a partir do nascimento com vida que se adquire a personalidade jurídica, mas assegura direitos que põem a salvo o nascituro desde a concepção. Através desta expressão o artigo não define precisamente se é a teoria natalista adotada efetivamente.

Segundo o Código Civil a legislação resguarda os direitos do nascituro desde a concepção e, desta forma, o texto se aproxima da teoria concepcionista, por outro lado, e da mesma maneira, afirma também que é com nascimento com vida que se inicia a personalidade jurídica adotando igualmente a teoria natalista. Vê-se aqui um conflito exposto pelo texto, não definindo de forma clara a teoria adotada, o que pode levar a dedução de que, apesar de estar descrita na lei civil uma proteção à personalidade com base na teoria natalista, “houve uma real intenção do legislador em se estender essa proteção ao momento da concepção, porque é esse o momento que aquele entende como inicial para o ciclo da vida”.²³

Ademais, na legislação brasileira, há vários artigos que protegem o nascituro e esta proteção é idêntica aos nascidos com vida, podendo se destacar entre essas proteções o fato de que se pode fazer o reconhecimento da paternidade antes do nascimento, o nascituro pode figurar no contrato de doação

²³ GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. op. cit, p. 88.

como donatário, o nascituro possuir vocação hereditária, os alimentos gravídicos da Lei n.º 11.804/2008²⁴, e também em julgado do Superior Tribunal de Justiça ter indenização do DPVAT²⁵ e do Supremo Tribunal Federal ter direitos aos danos morais. Cabe destacar que na jurisprudência lusitana, também se fala em direitos ao que está por nascer.²⁶

²⁴ Alimentos gravídicos. Possibilidade. (Fonte: IBDFAM)

Tribunal TJRS

Data: 04/11/2014

(...) "No caso, considerando os exames médicos que comprovam a gestação e os documentos a evidenciar a existência de relacionamento amoroso no período concomitante à concepção (fotografia, declaração de terceiro e mensagens de celular), há plausibilidade na indicação de paternidade realizada pela agravante, restando autorizado o deferimento dos alimentos gravídicos, no montante de 30% do salário mínimo." (...)

²⁵ Indenização. Seguro DPVAT. Morte de nascituro (Fonte: IBDFAM)

Relator: Luis Felipe Salomão

Tribunal STJ

Data: 16/10/2014

(...) "Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que, garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito presumido a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do art. 3º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina." (...)

²⁶ Jurisprudência estrangeira. Lisboa. Nascituro. Personalidade jurídica. (Fonte: IBDFAM)

Tribunal Jurisprudência Portuguesa

Data: 28/04/2014

(...) - Quando a lei prevê casos específicos em que reconhece direitos aos nascituros, não está a afastar, por exclusão de partes, a possibilidade de aplicação aos nascituros dos direitos que na lei surgem como próprios dos filhos. Como se diz no Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 2000.03.20, não há razão para criar distinções onde a lei não distingue. «Ubi lex non distinguit, necque nos distinguere licet» (...) Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respecti-

No entanto para o direito pessoa é uma coisa e a vida biológica é outra, apesar daquela depender desta. Nesse sentido, a vida e os direitos plenos dela decorrentes, para o *Jus*, pela teoria natalista, se dão com o nascimento com vida, e isso foi consignado em voto decisivo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3510, que ratificou a constitucionalidade das pesquisas relacionadas às células-tronco embrionárias colocada na Lei de Biossegurança (Lei n° 11.105/05). Neste evento, o Supremo Tribunal Federal, após discutir com especialistas da área da filosofia, medicina, biologia, ética e religião, entendeu pela possibilidade do uso de embriões humanos em pesquisas médicas desde que seguindo as normas estabelecidas.

Destaca-se, ao final que a teoria Natalista foi adotada no Brasil, segundo Clovis Beviláqua,²⁷ por ser mais prática. No entanto, é necessário analisar tantos outros aspectos que influenciaram nesta decisão e os direitos que foram sendo adquiridos com o tempo, para sua reavaliação.

Tal discussão mostra-se de grande relevância para a proteção do início da vida humana, vida esta que, com as técnicas de reprodução assistida, podem ser geradas das mais diferentes formas, sem que se perca o direito a sua realização, destacando-se adiante, a maternidade por substituição, mais conhecida vulgarmente como “barriga de aluguel” como técnica reprodutiva que também se insere como possibilidade para a realização do planejamento familiar.

vamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai. (...)

III - O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.

IV - Ainda na fase intra-uterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação.

²⁷BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil apud* DINIZ, Maria Helena. op. cit. 342.

4 O USO DA MATERNIDADE SUBROGADA COMO FORMA DE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Maternidade Subrogada ou por substituição pode ser definida como sendo uma nova técnica de constituição familiar, que se dá por uma prática e forma de representação da mesma²⁸, no qual separa a maternidade em duas situações distintas: neste modelo, existe então a mãe idealizadora, a qual doa o embrião que é fertilizado fora do corpo e, depois, inserido na outra mãe, a gestacional, que é a receptora do embrião. Esta situação acontece quando a mãe idealizadora, por algum motivo, principalmente médico, não pode ter uma gestação natural e recorre a outra mulher que possa se submeter a esse procedimento. Pode ocorrer também quando um casal homoafetivo masculino quer ter um filho e se utiliza deste procedimento para a realização do feito²⁹.

²⁸ LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. *Caderno Pagu* [online]. 2002, n.19, pp. 233-278. ISSN 0104-8333. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332002000200010>.

²⁹ Pais. Casal homoafetivo. Registro de nascimento. (Fonte IBDFAM)

Tribunal TJRS

Data: 05/08/2014

Caso: D. K. e J. C. ingressaram com ação declaratória de dupla paternidade, alegando que:

- a) os autores convivem em união estável desde 16/02/2011, conforme escritura pública;
- b) devido ao desejo mútuo de ter filhos, procuraram uma clínica de fertilização, a qual sugeriu a participação do casal – na companhia de Marlene Bernadete Correa, irmã de Jonas – em um programa de inseminação artificial; c) D. e M. se submeteram ao ciclo de reprodução assistida de baixa complexidade (intra uterina), culminando na concepção de um embrião, em 28/10/2012;
- d) a gestante renunciou, por meio de escritura pública, ao seu poder familiar em relação ao nascituro.

Ao final, requereram a procedência dos pedidos iniciais para reconhecer a dupla paternidade dos autores em relação ao nascituro. Assim, observado o princípio do interesse superior da criança, impõe-se conferir a dupla paternidade e suprimir qualquer identificação acerca da gestante no registro de nascimento de S., a fim de adequar a situação jurídica da infante à realidade vivenciada e planejada com o objetivo

As recentes tecnologias na área da reprodução humana fizeram prosperar as biotecnologias, possibilitando até mesmo a pesquisa com células-tronco, que trouxeram avanços na área médica e para a sociedade como um todo. Todavia, apesar dos avanços serem benéficos, questões relacionadas à ética, e mais especificamente a bioética e ao biodireito, devem ser consideradas e revistas. A ausência de leis específicas, bem como as grandes lacunas na legislação brasileira, corroboram para esta reflexão. Há carência de normas que regulamentem os procedimentos, visto que hoje, o documento disponível na legislação brasileira para orientar tais procedimentos é a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, a qual, embora não seja uma lei formalmente posta, ou seja, realizada pelo Congresso Nacional, diz como deve ser o uso ético das tecnologias reprodutivas. Nesta resolução, aponta-se que a maternidade por substituição poderá ser utilizada quando:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, *desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.*

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (grifou-se)³⁰

de constituir família, cujos vínculos nascem na socioafetividade.

Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais para declarar os autores, D. K. e J. C. como pais da menina S. A. C. K., nascida em 08.08.2013, às 17:45 horas, sexo feminino, tendo como avós paternos B. F. K. e T. V. K., além de M. E. C. e B. B. C. C. O registro de nascimento deverá manter em branco os campos relativos aos dados da genitora, uma vez que a concepção foi decorrente inseminação artificial heteróloga e a gestação por substituição.

³⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. *Resolução 2013/2013*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf Acesso em: 04/03/2015.

Esses novos métodos de reprodução geram divergências jurídicas e situações diversas, tanto em relação à definição do parentesco quanto com relação à compreensão, antes certa, do conceito de maternidade. Contudo, a discussão sobre as várias formas de reprodução e suas garantias, estão estabelecidas na Carta Magna de 1988, em seu art. 226, §7º, quando determina que, “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”.³¹ Tal fundamento vem também disposto no art. 1565, § 2º do Código Civil, quando, de certa forma, repete o disposto no § 7º do art. 226 da CF, e encontra-se regulamentado pela lei 9.263/96 que trata do planejamento familiar.

Em sendo assim, o planejamento familiar é garantido a todos de maneira livre, não podendo ser cerceado nem pelo Estado, nem pela sociedade, que não tem prerrogativa para estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo. Posto isto, a maternidade subrogada como forma de reprodução humana assistida, se sustenta como possibilidade, devendo, contudo, como as técnicas de reprodução humana em geral, receber atenção do legislador pátrio para que se estabeleça legislação a respeito, que permitam um acesso mais justo a estes procedimentos, tendo em vista que, da forma como se apresenta, fica suscetível a geração de conflitos.³²

³¹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 226, § 7º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm Acesso em: 04/03/2015.

³² Planejamento familiar. Livre decisão do casal (Fonte: IBDFAM) Tribunal TRF 2ª
Data: 18/02/2014

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 226 DA CF E LEI Nº 9.263/96. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTI-

5. CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana bem como o direito à vida, encontram-se dispostos no texto constitucional e, como princípio e direito consagrados, têm por fim proteger o ser humano e assegurar condições a constituição familiar. Como se demonstrou, continua atual a discussão que envolve as teorias sobre início da vida em nosso ordenamento jurídico, sendo cabível a sua reavaliação, diante dos problemas derivados das novas formas de reprodução.

Para tanto, faz-se necessário definir novos conceitos sobre o tema, assegurando as garantias fundamentais apresentadas no texto constitucional para a constituição da família, sempre permeando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

Com advento de novas tecnologias, e o avanço da biotecnologia no ramo da reprodução surgiram novas formas de reprodução, e entre elas a maternidade subrogada. Esta deve ser defendida como um direito inerente ao ser humano, dispo-

FICIAL. TRATAMENTO. DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

I - A norma constitucional que cuida do planejamento familiar (art. 226, da CF), bem como a Lei nº 9.263/96, que o regula em nível infraconstitucional, determinam o respeito à liberdade de decisão do casal acerca da prole e, abarcados nessa seara, o dever estatal de propiciar recursos (educacionais e científicos) para o exercício desse direito, assim como, por consectário lógico, a vedação de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas que impeçam a implementação do planejamento familiar. II - Nessa esfera de respeito e garantia à liberdade de planejamento familiar assegurados constitucionalmente, que se insere o dever estatal (educacional e científico) previsto no tratamento normativo. Não se olvida que ao Estado incumbe, em seu papel solidarista e humanista, dispensar a assistência necessária ao exercício do direito de planejamento familiar, inserida nesse contexto a assistência à concepção e à contracepção. Tal dever de assistência, todavia, não inclui nem autoriza direito subjetivo constitucional à reprodução *in vitro*. III - Não se vislumbra imprescindibilidade à saúde da Autora do tratamento pleiteado (inseminação artificial), de forma a comprometer a sua integridade física, não obstante respeitar-se a louvável pretensão deduzida, a maternidade. Decisão – foi negado porque como não há risco de vida, e os recursos do Estado são limitados, não cabe a este arcar com tais custos.

to em nosso ordenamento jurídico quando trata do planejamento familiar e, por isso mesmo, este direito não deve ser mitigado pelo Estado ou pela sociedade.

Dessa forma, faz-se necessário que o legislador pátrio consolide uma legislação acerca deste tema, que venha proporcionar um acesso mais justo a todos os procedimentos, amenizando possíveis conflitos sobre esta matéria.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Direitos de personalidade do nascituro. *Revista do Advogado* n. 38, dez/92, São Paulo: AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, 1992.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 04/03/2015.
- CHAGAS, Márcia Correia; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. Maternidade de Subrogação e direitos fundamentais: o planejamento familiar e a gestação em útero alheio. In *Revista da Faculdade de Direito*, v. 34, n. 1. Fortaleza: UFC, 2013.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. *Resolução 2013/2013*. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf Acesso em: 04/03/2015.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.
- GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. *Direito à Vida e Direto a Viver Melhor: um conflito de direitos fundamentais*. 2 ed. Maringá: Humanitas Vivens, 2014.
- GONÇALVES, Carlo Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. V.1 São Paulo: Saraiva, 2014.
- LUNA, Naara. Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos. *Caderno Pagu* [online]. 2002, n.19, pp. 233-278. ISSN 0104-8333. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332002000200010>.
- ROCHA, Carvalho João Carlos. *Direito civil: Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROCHA, Renata. *Direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SILVA, José Afonso da: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVER, Lee M. *De volta ao éden: engenharia genética, clonagem e o futuro das famílias*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Mercuryo, 2001.
- VARELLA DIAS, Marcelo. ROCHA, Fernando A N Galvão. *Biossegurança e biodiversidade: contexto científico e regulamentar*. . Belo Horizonte: Del Rey, 1999.