CENTRO EDUCACIONAL DE ENSINO SUPERIOR DE PATOS
FACULDADES INTEGRADAS DE PATOS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

KARLA JEANNE BRAZ FERREIRA

PROTEÇÃO JURÍDICA AOS BEBÊS *SURROGATES* CONCEBIDOS EM FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS

PATOS
2017

KARLA JEANNE BRAZ FERREIRA

PROTEÇÃO JURÍDICA AOS BEBÊS *SURROGATES* CONCEBIDOS EM FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof.° Esp. Henrique Mota Feitosa.

PATOS

2017

KARLA JEANNE BRAZ FERREIRA

PROTEÇÃO JURÍDICA AOS BEBÊS *SURROGATES* CONCEBIDOS EM FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Patos, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof.° Esp. Henrique Mota Feitosa.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

_____

Prof.º Esp. Henrique Mota Feitosa

Faculdades Integradas de Patos

_____

Prof.º Me. Igor de Lucena Mascarenhas

Faculdades Integradas de Patos

_____

Prof.º Esp. Delmiro Gomes da Silva Neto

Faculdades Integradas de Patos

Dedico este trabalho ao meu amor maior, minha base e alicerce, minha amada ‘mainha’ que sempre suportou todas as dores para que eu pudesse comemorar as nossas vitórias, à papai e ao bebê da família, meus Jean’s, que em todos os momentos da minha vida me deram suporte incondicional para eu conseguir realizar meu sonho. Ofereço-o à Deus e sua proteção, em seu imenso amor e com o sentimento de profunda gratidão.

AGRADECIMENTOS

Certamente nestes parágrafos não conseguirei exaurir agradecimento a todas as pessoas que fizeram parte desse importante momento, ou das outras fases da minha vida que me fizeram chegar até aqui. Por tanto, desde já, desculpo-me àqueles que não estão diretamente referenciados nestes humildes agradecimentos, mas estejam certos de que sou eternamente grata a todos vocês.

Este trabalho é a culminância de um sonho construído durante toda uma vida e compartilhado por muitas pessoas que sempre me incentivaram e me auxiliaram de algum modo. A caminhada não foi fácil, em muitos momentos tive medo, fiquei apavorada e pensei em buscar outro rumo, mas a ideia de perseguir a minha ideologia de lutar pela justiça e tentar ajudar a proteger os injustiçados, sempre foi amparada por aqueles que me rodeavam, e quando o medo aparecia e eu duvidava de mim, eles faziam o meu brilho no olhar voltar.

Logo, não posso olvidar de agradecer a todos vocês que me ajudaram a todos os dias, reascender a paixão que vive em mim e o amor que sinto pelo Direito.

Primeiramente, agradeço a Deus, pois nos momentos de fraqueza o Senhor providenciou anjos na minha vida e quando eu já estava sem forças para caminhar, me colocou em Seus braços, imensa é a minha gratidão por ter desenhado essas linhas em minha história e ter preparado tudo isso para mim.

Agradeço à Nossa Senhora, mãe maior, que enviou ao mundo toda a sua perseverança e amor de mãe à minha querida mãe, a melhor.

Mãe, meu maior exemplo de retidão, caráter, humildade, solidariedade, compaixão, solidez e de ser humana, não tenho sequer palavras para demonstrar tamanha a minha gratidão por tudo o que a senhora abdicou por mim, por ter sido o pilar forte desta casa, por ter guardado todas as suas dores para ver os seus filhos brilharem, por nunca ter demonstrado o seu sofrimento, por nunca ter titubeado em seu caráter e ensinar a nós o quanto não importa que a situação seja difícil ou oportuna, nós sempre devemos seguir o que é correto, por ter me protegido do mundo com suas mãos firmes e seu coração manso, por ter me ensinado a ser uma mulher forte, independente e com firmeza de ideias, por ter me dado espaço para compartilhar minhas ideologias, por sempre ter respeitado nossas divergências de pensamento e me ensinado com isso a tolerância. Obrigada ainda por sempre me defender e me guardar como seu bebê, pelas palavras difíceis e pelos momentos

em que me fez refletir e reconhecer o quão errada eu estava, a senhora me ensinou o perdão e o amor, ainda que eu não seja a filha mais carinhosa do mundo, eu a amo e nenhum termo linguístico é capaz de descrever esse sentimento.

Agradeço igualmente ao meu pai, que nunca mediu esforços para me apoiar e me dar suporte em todos os meus sonhos, peço desculpas pai, por em muitos momentos não reconhecer todo o empenho que o senhor sempre teve em ser um bom pai, é que também agradeço ter herdado do senhor todo esse gênio forte e essa personalidade inabalável, obrigada por ser o melhor pai do mundo, pois mesmo com as suas falhas e ainda que eu não te compreendesse e acabasse me afastando, o senhor sempre esteve ao meu lado e quando eu precisei, sempre me perdoou pelos momentos difíceis.

Meu bebê, meu querido irmão, Jeanzinho, veio completar a família insuperável que eu tenho, ainda que você despreze meus beijos e a vontade de te agarrar pra fazer você passar vergonha na frente dos seus amigos, eu tenho um orgulho imenso do homem que você está se tornando e agradeço infinitamente o seu apoio, companheirismo, amizade e por você me usar como inspiração e referência, isso é demasiado importante para mim.

Quero agradecer à Vó Geni e Vó Fátima, à minha Bisavó Apolônia, minhas primas Micheline e Stfeffany e a todos os outros familiares que me acompanharam.

Agradeço, academicamente, às minhas professoras, como mulheres do direito que me ensinaram que a força feminina destaca-se em meio aos paletós cinza, que despertaram meu senso crítico e consolidaram meus ideais feministas, em especial às professoras Clarissa, Danielle, Larissa, e Gilmara. Incluo neste momento ainda, a professora Monara que além de mulher forte, contribuiu integralmente no processo de aprendizagem da monitoria, incentivando-nos à belíssima tarefa de contribuir com a educação, em auxílio aos nossos professores, e à produção e pesquisa acadêmica e à professora Karoline que me ajudou nas dúvidas que surgiram no artigo acadêmico de conclusão da monitoria, o qual forneceu subsídios para a este estudo.

Obrigada aos meus professores que sempre foram exemplos de respeito e profissionalismo, em especial ao professor Igor que contribuiu significativamente para o desenvolvimento deste trabalho, me emprestando diversos livros e sanando algumas dúvidas relativas à temática, inclusive em finais de semana e feriados.

Quero tecer um agradecimento ao exímio professor Henrique Mota Feitosa, que foi muito importante nestes últimos cinco anos, por despertar a minha paixão pelo Direito Civil, por acompanhar-me na orientação da monitoria, na construção dos artigos científicos, de resumo expandido e projeto de pesquisa. Agradecê-lo principalmente, por ter me presenteado com meu tema, ao propor a discussão dos bebês *surrogates* enquanto eu era monitora de sua disciplina, o que me possibilitou o estudo voltado às diversas situações que envolvem a temática, desencadeando a escolha do presente objeto, por todos os momentos de desespero que lhe procurei, buscando compartilhar minhas indagações e demonstrando como eu estava perdida, para então ele apontar-me um norte, como um verdadeiro Mestre, obrigada.

Agradeço ainda à Raniere, meu primeiro chefe, que me deu a oportunidade de manusear processos, manter contato com advogados e confiou em mim para construirmos um departamento jurídico, consolidando, ainda mais, o meu desejo de ingressar no meio acadêmico do direito.

Ao meu tio e também ex-colega de trabalho, Avani, por reconhecer o meu potencial profissional e acreditar em cada batalha que travei, sempre me apoiando e admirando os meus esforços e me defendendo.

Agradeço também à Ricardo e Luciano Fortunato, colegas em meu primeiro emprego que me adotaram como seu eu fosse uma filha, os quais eu admiro muito e agradeço pelas experiências de trabalho e de vida que compartilharam comigo.

Aos meus colegas da Justiça Federal, servidores, funcionários, estagiários e conciliadores, que contribuíram e contribuem em muito para a minha educação jurídica, profissional e pessoal, obrigada a Martinho e Alba, Américo, Ingrid, Larissa e Pedro, Evânia e Aline e a minha querida amiga Illana.

Agradeço especialmente ao Dr. Claudio Girão Barreto, o senhor é para mim um exemplo de ser humano, de líder e de juiz. Obrigada Dr. Claudio, por restaurar em mim todo o amor pela magistratura através do seu compromisso com a função social do trabalho de julgador honesto e íntegro, por me dedicar momentos do seu dia para me ensinar, me instruir, o senhor foi pra mim como um Mestre e todas as oportunidades a mim conferidas, possibilitaram a solidificação da base acadêmica até então recebida.

O meu muito obrigada às minhas amigas Josicarla, Kenia, Corrinha e Tamyny, Gyselle e aos meus amigos Lyncoln e Everton, que estiveram presentes em muitas das minhas conquistas e que sentiram, mas compreenderam, a ausência que a minha dedicação aos estudos ocasionava e ainda sim, não deixaram de depositar seus incentivos e me apoiar.

Aos meus amigos, colegas de curso da turma “A”, Ronildo e Maglísia que iniciaram o curso comigo, aos quais dedico muito respeito e admiração, à turma “B” que me adotou desde o 3º período e aos companheiros de pesquisa acadêmica. Primeiramente à Mônica, que me incluiu em grupos de estudos e com quem produzi vários resumos científicos, obrigada pelo compartilhamento de informações, da sua experiência profissional e acadêmica, por sempre me incentivar, me encorajar e por eu poder contar com sua ajuda sempre, você começou como colega de faculdade, mas hoje és minha amiga.

Agradeço ao meu quinteto especial, meus amigos, confidentes, companheiros de diversão e desespero e colegas de faculdade. Allan por você sempre ser um modelo de humildade e um referencial de pensamento crítico e político. Ana Gabriela por mostrar uma perspectiva diferente do mundo, desconstruir padrões e sempre me apoiar incondicionalmente. À Ghislaine, por ser o maior exemplo de força que eu conheci e por ensinar que, mesmo diante de dias difíceis, é preciso levantar a cabeça e seguir a caminhada. E a Felipe Kamarc.

Felipe, “sua amizade, trouxe um colorido novo a minha vida, e esteve comigo nos momentos mais difíceis, e eu sou a pessoas mais sortuda do mundo por essa dádiva.” (Simplesmente Acontece). Meu amigo, muito obrigada por estar presente na minha vida, por ser minha alma gêmea, meu conjunto de panela sem tampa, por nos completarmos em nossas disfuncionalidades, mas principalmente pelas noites em claro de estudo, ou de diversão, por compartilhar conhecimento, por incentivar, apoiar, ou simplesmente pelas fofocas. Obrigada por não ser um amigo exclusivamente das horas boas, por estarmos juntos, na saúde e na doença, na alegria e na tristeza, nos estudos e nas festas, e agora, por darmos esse novo passo em nossa caminhada, juntos.

Vocês, meus amigos, são a família que Deus me permitiu escolher, e eu não poderia der laços de sangue e de afetividade melhor dos quais eu possuo, obrigada a todos vocês.

“É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

(Fernando Teixeira de Andrade)

RESUMO

Trata-se de trabalho acadêmico de conclusão de curso com abordagem acerca da proteção jurídica dos direitos do bebê *surrogate* concebido em famílias homoparentais. Tem por escopo apresentar os aspectos conceituais dos institutos jurídicos relativos aos bebês *surrogates* concebidos pela técnica de reprodução assistida heteróloga por casais em homoparentalidade, no intuito de demonstrar a necessidade de regulação jurídica do referido instituto. Cumpre destacar que, empregando-se o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento histórico, observacional, interpretativo, analítico e comparativo, tanto quanto as técnicas de pesquisa documental e bibliográficas, o estudo monográfico em comento, apresenta o contexto da reprodução humana assistida face à tutela da pessoa humana, a despeito de direitos humanos e garantias fundamentais, direitos personalíssimos e princípios específicos da área médico-jurídica, quais sejam, os da bioética e do biodireito. Em seguida, expõe as noções conceituais de reprodução humana assistida, passando a distinção entre as técnicas reprodutivas homóloga e heteróloga, aprofundando-se, nesta última, no que pesa a classificação dos elementos jurídicos envoltos na referida relação. Sequencialmente, demonstra a necessidade de regulação das técnicas reprodutivas no tocante à negativa de direitos ao bebê *surrogate,* expondo os fundamentos legais que norteiam tais preceitos conferidos ao bebê concebido nas famílias homoparentais, observando as repercussões no âmbito do direito civil, especificamente quanto aos direitos personalíssimos, o contrato de gestação, o alcance do direito de família e os reflexos sucessórios provenientes da adoção desta técnica, elucubra ainda alguns dispositivos estrangeiros em análise pertinente do direito alienígena, culminando na discussão atinente à necessidade de regular o instituto. Consequentemente, a pesquisa averigua a fragilidade da relação jurídica caracterizada pela reprodução humana assistida heteróloga, em face da ausência de respaldo legislativo capaz de assegurar e efetivar direitos já incorporados aos indivíduos.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Reprodução heteróloga. Bebê *surrogate.* Gestação em substituição. Família homoparental.

ABSTRACT

It is academic completion work with approach about the legal protection of *surrogate* baby rights conceived in families with homosexual parents. The scope of this study is to present the conceptual aspects of the legal institutes for surrogate babies conceived by heterologous assisted reproduction by couples in homoparentality, in order to demonstrate the need for legal regulation of this institute. It should be highlighted that, using the method of deductive approach, the methods of historical, observational, interpretive, analytical and comparative procedures, as well as documentary and bibliographic research techniques, the monographic study in commentary, presents the context of assisted human reproduction in the face of the protection of the human as a person, in spite of human rights and fundamental guarantees, very personal rights and specific principles of the medical-juridical area, namely bioethics and bio-law. Then, it exposes the conceptual notions of assisted human reproduction, passing the distinction between the homologous and heterologous reproductive techniques, deepening, in the latter, in what weighs the classification of the legal elements involved in the measured relation. Sequentially, it demonstrates the need for regulation of reproductive techniques in relation to the negate *surrogate* babies rights, exposing the legal foundations that guide such precepts conferred on the baby conceived in homoparental families, observing the repercussions in the scope of civil law, specifically regarding the most personal rights, the contract of gestation, the reach for the rights of the concept of family and the repercussions of inheritance derived from the adoption of this technique, It also idealizes some foreign devices in relevant analysis of alien law, culminating in the discussion concerning the need to regulate the institute. Consequently, the research examines the fragility of the legal relationship characterized by heterologous assisted human reproduction, in the face of the lack of legislative support capable of ensuring and realizing rights already incorporated to individuals.

Key-words: Assisted human reproduction. Reproduction heterologous. Surrogate baby. Surrogate motherhood. Homoparental family

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BCTGs	Bancos de Células e Tecidos Germinativos
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DIFI	Inseminação Direta Intrafolicular
DNV	Declaração de Nascido Vivo
FIV	Fertilização *In Vitro*
FIVETE	Fertilização *In Vitro*
GIAT	Transferência Intra-abdominal de Gametos
GIFT	Transferência Intratubária de Gametas
IAC	Inseminação Artificial Intraconjugal
IAD	Inseminação Artificial com Esperma de Doadores
ICSI	Inseminação Intracitoplasmática
IFFS	International Federation Fertility Societes
IIU	Inseminação Artificial Intrauterina
PL	Projeto de Lei
POST	Recuperação de Óvulos do Peritônio
PZD	Perfuração da Zona Pelúcida
RA	Reprodução Assistida
RDC	Resolução de Diretoria Colegiada
RHA	Reprodução Humana Assistida
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
S.U.Z.I.	Inseminação Subzonal
TET	Transferência Tubária de Embrião
TIALS	Transferência Intra-abdominal através de Punção Vaginal

TRA	Técnicas de Reprodução Assistida
TRHA	Tecnologias de Reprodução Humana Assistida
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
ZUT	Transferência Uterina de Zigoto

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 15

2 A TUTELA DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA 18

2.1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS 19

2.2 OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS E A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 31

2.3 OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO 36

3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA ENQUANTO RELAÇÃO JURÍDICA. 42

3.1 NOÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS ... 42

3.2 A DISTINÇÃO ENTRE REPRODUÇÃO HOMÓLOGA X HETERÓLOGA 51

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS NA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA 53

4 A NEGATIVA DE DIREITOS AO BEBÊ *SURROGATE* E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA 66

4.1 O BEBÊ *SURROGATE* NO SEIO DAS FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS: FUNDAMENTOS LEGAIS 66

4.1.1 **Os direitos da personalidade 75**

4.1.2 **O contrato de gestação e suas facetas 77**

4.1.3 **O alcance do direito de família 79**

4.1.4 **Os reflexos no direito sucessório 81**

4.2 O PRISMA DO DIREITO ALIENÍGENA 82

4.3 O IMPERATIVO NECESSÁRIO DA REGULAÇÃO DAS TÉCNICAS REPRODUTIVAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO 94

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 99

REFERÊNCIAS 101

ANEXO A – TABELA 1 108

ANEXO B – TABELA 2 110

1 INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico titulado “Proteção Jurídica aos Bebês *Surrogates* Concebidos em Famílias Homoparentais” tem por objetivo analisar a técnica de reprodução humana assistida heteróloga com gestação sub-rogada utilizada por famílias homoparentais, de modo a compreender a necessidade de regulação de proteção jurídica ao referido instituto.

Objetiva ainda contextualizar as técnicas reprodutivas no panorama da tutela da pessoa humana; introduzir e apresentar a técnica da reprodução assistida heteróloga enquanto possibilidade científica e relação jurídica; caracterizar a situação da concepção do bebê *surrogate* no âmbito dos casais homoparentais em igualdade masculina, abordando alguns dos direitos civis envolvidos que são negados à criança; sendo ainda apreciada a legislação estrangeira e as instruções jurídicas pátrias.

Diante das transformações das relações sociais e afetivas, contígua aos avanços tecnológico e científico, especialmente no que tange a biotecnologia, há uma ampliação dos conhecimentos e das concepções sociais e jurídicas sobre diversos temas nunca então reconhecidos pela sociedade ou tutelados pelo Direito.

A reprodução humana assistida em sua modalidade heteróloga com auxílio da gestação sub-rogada apresenta-se como um fato social que vem ganhando notoriedade nas últimas décadas e é revestido de juridicidade, uma vez que nota-se preeminente a relevância e as consequências no âmbito do direito.

No âmbito da gestação sub-rogada através da doação temporária de útero, nascem os bebês *surrogates,* que podem ser compreendidos como os nascituros/bebês que, fertilizados *in vitro* em laboratório, através de técnicas médicas e profissionais especializados, posteriormente são inseminados no útero de uma terceira pessoa estranha à relação afetiva familiar, mas que, embora não compreenda a unidade familiar que pretende a reprodução, fornecerá o meio necessário para o bebê se desenvolver.

Em que pese à conjectura social e a lacuna jurídico-normativa, passa-se a obtemperar os questionamentos quanto as garantias fundamentais e direitos civis, direta e indiretamente conexos à relação, que são violados ou negados, bem como as consequências jurídico-sociais atinentes aos sujeitos envolvidos no referido procedimento, especialmente ao bebê.

Face a ausência do devido respaldo legal satisfatório às questões morais, éticas, sociais, jurídicas e burocráticas necessárias à realização das técnicas reprodutivas, que repercutem nessa espécie de gestação por substituição em famílias em homoparentalidade masculina, denota-se a problemática central.

Apresenta-se como justificativa a finalidade social do direito em garantir que as relações sociais sejam seguras e estáveis, com instrumentos jurídicos capazes de nortear a reprodução medicamente assistida em sua totalidade.

Para atender o escopo da presente pesquisa utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo da tutela humana diante da reprodução assistida, desencadeando os raciocínios lógicos até atingir o contorno da negativa de direitos ao bebê *surrogate* no seio de famílias homoparentais e os reflexos jurídicos, observando-se os fatos e seus fundamentos; do método histórico perpassando pela evolução histórica das garantias constitucionais diante dos avanços sociais e tecnológicos bem como da aceitação do conceito de família pós-moderna; do método observacional, em razão da observância dos fatos sociais; do método interpretativo face as peculiaridades averiguadas quanto as evoluções e a caracterização da reprodução enquanto relação jurídica; do método analítico, através da análise dos posicionamentos doutrinários relativos ao presente estudo; e, do método comparativo em razão da abordagem comparada entre o instituto jurídico no ordenamento pátrio e as legislações de direito estrangeiro.

Procedimentalmente a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, realizada por meio de livros, periódicos, artigos científicos, acesso a banco de dados virtuais, a partir da apresentação de argumentos doutrinários por estudiosos da temática, com o intuito de fomentar a pesquisa em comento, e como documental para obtenção de dados contidos em resoluções médicas, legislação constitucional, código civil e os seus microssistemas legais, assim como a legislação estrangeira.

A presente monografia estrutura-se em três seções, organizadas com o fito de perpassar da análise geral para a específica. Assim, a primeira seção aborda a perspectiva conceitual e histórica acerca dos direitos humanos e fundamentais, bem como a construção da perspectiva dos direitos personalíssimos em consonância com os primeiros, nos ditames do Código Civil. O estudo continua com a análise bibliográfica de direito médico extraindo-se os princípios da bioética e do biodireito.

Sequencialmente, na seção intermediária, intenta demonstrar as noções conceituais concernentes à reprodução humana assistida, apresentando as distinções entre as técnicas reprodutivas homóloga e heteróloga, delineando esta enquanto relação jurídica na perspectiva civilista.

A partir de tal referencial e sabendo-se das peculiaridades técnicas reprodutivas, em especial, no que tange a gestação substitutiva e a técnica de fertilização *in vitro,* faz-se necessário a compreensão dos termos médicos, bem como as disposições médico-normativas emitidas pelo Conselho de Medicina, asseverando as questões éticas e jurídicas dos profissionais da saúde e que acabam por atingir os sujeitos envolvidos na reprodução, em razão da lacuna legislativa.

A terceira seção coaduna os princípios e conceitos elencados no decurso do estudo para explanar a adoção da técnica de reprodução humana assistida heteróloga, com emprego da fertilização *in vitro* e gestação sub-rogada, pelos casais homoparentais, em igualdade masculina, viabilizado pela concepção assistida do bebê *surrogate.*

Vencida esta etapa, aborda-se os reflexos da referida relação no âmbito do direito civil, pela explanação dos direitos personalíssimos, da relação contratual, do direito das famílias e sucessões, passando ao levantamento da experiência legislativa ao regular a matéria para então, depreender-se quanto à dinâmica da problemática de inexistência de legislação.

2 A TUTELA DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Hodiernamente é imperioso observar os avanços tecnológicos, científicos e sociais frente aos parâmetros de dignidade da pessoa humana, em especial, no que tange as técnicas de reprodução humana assistida (RHA)[1], de modo que o progresso efetivamente traga benéfico à sociedade em geral e seja viabilizador da concretização de direitos.

Esse supraprincípio surge como um mecanismo de referência para o movimento dos direitos humanos, uma vez que estes têm o desígnio de tutelar diversas matérias capazes de proporcionar o mínimo de existência digna a todos, por não está restrita a grupos ou qualidade de pessoas. João Batista Herkenhoff (1994, p. 30) confirma este entendimento, ao afirmar que os direitos humanos são: "aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente.".

Com o propósito de situar o panorama da reprodução humana assistida e dos bebês *surrogates* no seio de famílias homoparentais, faz-se necessário uma análise acerca da evolução histórica dos direitos humanos, passando pelo seu surgimento, aceitação dos seus conceitos externamente, incorporação ao ordenamento pátrio por intermédio de garantias fundamentais e, principalmente, pela acepção das dimensões destas prerrogativas, nas quais serão encontrados os fundamentos para realização das referidas tecnologias reprodutivas responsáveis por assegurar uma especificidade de direitos.

Contiguamente, relevante contemplar os direitos personalíssimos dos envolvidos no processo de RHA, visto tratar-se de extensão dos direitos humanos e materialização civil das garantias fundamentais.

Ainda na perspectiva principiológica, mister é atentar quanto aos conceitos e princípios específicos no campo da bioética e do biodireito, pois, além deles demonstrarem o posicionamento médico-legal para adoção das técnicas aludidas, integram o único instrumento normativo utilizado como referência nas reproduções medicamente assistidas, a Resolução nº 2.121 de 24 de setembro de 2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

[1] A partir deste momento utilizar-se-á da sigla RHA para referir-se a Reprodução Humana Assistida.

2.1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Inicialmente, faz-se necessário distinguir os direitos e garantias fundamentais dos direitos humanos, uma vez que este é gênero e encontra respaldo em abrangência internacional enquanto àquele é espécie e pode ser delimitado pelos direitos positivados e agregados ao sistema jurídico interno, por intermédio da Carta Maior. Embora ambos os segmentos tenham como pressuposto basilar a dignidade da pessoa humana e instrumentos para garanti-la, denota-se inópia estudá-los conforme suas particularidades. A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 18) explica:

> Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Logo, observa-se que a tutela da pessoa humana surge externa e, internamente, ao se materializar como necessária para proteger e coibir, bem como sancionar, o abuso de poder e as violações que potencialmente atentem contra a todos de igual sorte e firam a existência digna.

Os direitos humanos, no contexto *latu sensu,* compreende a ciência jurídica na qual se estabelece uma relação direta entre o indivíduo e alguns direitos e garantias fundamentais inseparáveis da qualidade de ser humano, portanto, compreende-se que a titularidade destes direitos existenciais manifesta-se independentemente das capacidades expressadas por cada um que a possui.

No que tange a esfera conceitual, Peces-Barba (1982, p. 7) apud Amadeu Elves Miguel (2014), observa que os direitos humanos:

> [...] são faculdades que o direito atribui a pessoa e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política ou social, ou a qualquer outro

> aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação.

Nesse panorama, o ser humano passa a ser entendido como o sujeito do direito, recebendo ampla proteção e tutela jurídica, de tal modo que seja assegurado a este, uma existência com o mínimo de dignidade.

Complementarmente, cumpre destacar que não se trata de um conceito único e findo, ele é composto por diversos elementos, como corrobora Flávia Piovesan (2008, p. 109) acerca da mutabilidade e do processo de construção destas normas, expondo o seguinte:

> Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma intervenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reinvindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. Como leciona Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais [...].

Tendo em vista que a proteção da vida humana é o eixo central a ser tutelado por essa ideologia jurídica, pode-se deduzir que não se trata de uma percepção estática e imutável, demonstrando-se assim a relevância histórica do mesmo para efetiva compreensão, de modo a não limitar as garantias em rótulos e elencos taxativos. Apoiando esse entendimento, Noberto Bobbio (1992, p. 18) explica:

> O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.

Percebe-se então, que o direito se modifica ao acompanhar a evolução da humanidade, adequando-se *pari passu* à conjuntura temporal, isso pode ser demonstrado a partir da própria evolução histórica dos direitos humanos.

Desde as primeiras estruturas de civilização até a idade média, por volta do século XV, pode-se observar manifestações individuais e internas de proteção da dignidade humana, entretanto, estas eram limitadas pela própria concepção do ser humano, uma vez que este título muitas vezes não era conferido a todos os integrantes da sociedade.

Dirceu Pereira Siqueira (2009) no tocante a esta perspectiva, ressalta:

> Tenta-se encontrar já na Idade Antiga, na Idade Média e no início da Idade Moderna, alguns resquícios de tais direitos assim com algumas idéias (sic) que pudessem fundamentar a existência de tais direitos posteriormente. Analisa-se também a influência das Revoluções inglesa, francesa e americana no reconhecimento e na positivação dos direitos essenciais a pessoa humana [...].

Consequentemente, esses privilégios restritos a determinadas classes acabavam por propiciar uma maior desigualdade social ao invés de efetivamente tutelar a dignidade humana, em virtude do caráter isolado e limitado que detinham.

Assim, como a concessão e revogação destes não obedeciam qualquer regramento especial, sequer apresentavam o desígnio de abranger toda a sociedade, observar-se-á a perspectiva histórica desses direitos somente a partir do momento em que o movimento alcançou uma abrangência internacional e a tutela passou a integrar toda a coletividade.

Embora as revoluções e os movimentos ideológicos que ocorreram internamente, como a revolução inglesa (1642-1651), americana (1765-1783) e francesa (1789-1799), entre outros, com repercussão estrita a certas regiões, tenham contribuído sobremaneira para a articulação dos direitos humanos, isoladamente não integram o objeto do presente estudo em razão dos limites geográficos.

Contudo, estas discussões internas para conferir uma atenção especial a determinadas prerrogativas jurídicas foram capazes de antecipar muitos dos direitos que seriam postulados internacionalmente, mas o primeiro documento que trouxe ao movimento relevância e importância jurídica para além das fronteiras foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, oriunda da Revolução Francesa.

Esta declaração foi pioneira em atribuir, já em seu artigo primeiro, a condição de igualdade e a liberdade como direito intrínseco a todos os seres

humanos, não obstante, apresentou ressalva quanto às distinções sociais. Posto que assevera Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 30-31) ao afirmar que:

> Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. [...] enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos. Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.

Ainda que esta declaração tenha perpetrado nos países independentes a ideologia libertária e igualitária, fundamentando diversas constituições democráticas, somente após um século e meio (1789-1948) é que a preocupação tomou proporção internacional e houve o processo de unificação dos povos com a intenção de conferir a todos a tutela do mínimo de dignidade para a existência humana.

É importante destacar que neste interstício temporal, notadamente, após a Primeira Guerra Mundial, foi incluído à pauta das assembleias internacionais contendas acerca da cooperação, paz e segurança internacional, bem como a relativização da soberania dos Estados, por intermédio da Convenção da Liga das Nações que já continha algumas previsões genéricas acerca dos direitos humanos e das minorias, conforme explica Flávia Piovesan (2008, p. 112).

No entanto, a tutela dos direitos humanos através dos organismos internacionais, veio a ocorrer efetivamente com a sucessão das grandes guerras que acometeram a humanidade e que, em razão dos direitos individuais e coletivos violados pelos Estados soberanos, desencadeando uma pressão internacional quanto à necessidade de proteção eficaz dos direitos humanos, proporcionando um movimento global de readequação dos diplomas legais, de modo que estes se adaptassem aos padrões mínimos elencados pelos direitos humanos.

Emmanuel Pedro S. G. Ribeiro (2005, p. 4) assim corrobora este entendimento: “O contexto mundial Pós-Segunda Guerra permitiu que fosse realizado um balanço das atrocidades cometidas ao longo desse período, com a

constatação da crise e a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos.”.

Em especial, após a Segunda Grande Guerra (1939-1945), representantes de vários países encontraram-se para realizar a Conferência das Nações Unidas, uma afluência internacional reunida com o intuito de promover a paz entre as nações e estabelecer diretrizes para atuar preventivamente contra futuras guerras em potencial, de modo que não se repetisse o gravame desta última. Thomas Buergenthal apud Flávia Piovesan (2008, p. 117) observa que:

> O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos existisse.

Neste momento, diante da conjuntura que os Estados atravessavam e face os escopos traçados pela conferência, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, composta pelo preâmbulo e trinta artigos, que adotaram uma série de premissas básicas para regulamentar os direitos e garantias fundamentais, coibindo eventuais abusos decorrentes de violações a estes direitos.

Acerca da Declaração suprarreferida, Dirceu Pereira Siqueira (2009) assim delineia:

> Nesta esteira, podemos destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, quando aprovada pela Assembléia (sic) Geral das Nações Unidas em Paris, neste momento destacou-se a internacionalização dos direitos humanos, fixando-se agora em um contexto internacional os direitos fundamentais, o que naturalmente ensejaria uma maior prevalência destes no contexto do ordenamento jurídico interno. A partir daí, os direitos fundamentais, passaram a ganhar relevo, tanto na esfera internacional, quanto no ordenamento jurídico interno de cada Estado, passou-se a enxergar os direitos fundamentais sob outra ótica, uma ótica da necessidade, a isonomia passou a estar presente sempre ladeando os direitos fundamentais, sua previsão sempre buscando a limitação do poder estatal, para que pudesse prevalecer a liberdade individual.

Concomitantemente à Declaração de 1948, assim como nos anos seguintes, diversos organismos e instrumentos legais surgiram e ainda surgem como uma extensão deste documento internacional, todos com a finalidade precípua de

garantir a Dignidade Humana, o seu postulado máximo. Flávia Piovesan (2008, p. 125) observa ainda que vários foram os fatores que contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos e o mais importante foi a atuação das organizações internacionais com o propósito de cooperação, o que possibilitou a ramificação desses direitos.

Em 1993, foi elaborada a Declaração de Viena que, além de reiterar os termos propostos pela anterior, teve o condão de ratificar a ideia de que estes direitos, principalmente o da dignidade, são universais e devem ser assegurados a todos. Sobre isso, Emmanuel Pedro S. G. Ribeiro (2005, p. 6-7) assevera:

> [...] independente da cultura em que o indivíduo esteja inserido, cada ser humano, em sua individualidade, pelo simples fato de ter nascido, tem dignidade e direitos iguais a qualquer outro. Trata-se de universalizar os valores embutidos na idéia (sic) de dignidade humana, da qual decorre uma série de direitos que precisam ser institucionalizados e concretizados para garantir proteção, segurança e bem-estar a cada um dos membros da família humana. Cada sociedade em particular deve introduzir em sua estrutura normativa jurídica esse mínimo comum que garanta uma existência digna para os seus membros. No contexto histórico em que foi produzida a Declaração de Viena de 1993, com a reemergência dos direitos humanos, sobretudo com a reafirmação de sua universalidade, temos a contestação dessa universalidade por culturas não-ocidentais. Trata-se da não aceitação dos pressupostos filosóficos e antropológicos que identificam desde 1948, a concepção dos direitos humanos universais com a visão da cultura ocidental.

Coerentemente com essas disposições, em consonância e pertinência com os momentos históricos, surgiu uma série de dimensões de direitos subjetivos públicos atrelados à máxima jurídica de garantir o mínimo de existência digna que é postulado pelos direitos humanos.

Essa constante evolução e incorporação de fatos juridicamente relevantes ao rol meramente exemplificativo destes direitos humanos fundamentais, foi capaz de expandir o alcance da dignidade e da tutela da pessoa humana para situações que emergiram a partir de diversas circunstâncias distintas, de modo a propiciar o desenvolvimento tecnológico, científico e social, com segurança e respeito aos direitos humanos.

Conforme registrou-se alhures, os direitos e garantias fundamentais podem ser conceituados genericamente como um conjunto de direitos incorporados ao ordenamento interno em razão de disposições relativas aos direitos humanos, e

envoltos no princípio basilar da dignidade da pessoa humana, que é autêntico, palpável e real, pois, embora não haja um conceito definido, é facilmente identificável quando ocorre uma agressão a este, ainda que impossível à rotulação de violações da dignidade, como relata Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 41).

Neste azo, cumpre destacar que, embora parte da doutrina utilize o termo gerações para designar o movimento de incorporação de direitos humanos às normas fundamentais, inclusive, muitas vezes empregada como sinônimo das dimensões, utilizar-se-á desta segunda nomenclatura, pois a primeira traz a ideia de superação face as anteriores, enquanto que o que ocorre durante esse processo é uma expansão de direitos.

Ao defender o uso da terminologia dimensões, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 31-32) elucida que a doutrina jurídica, tanto pátria quanto alienígena, critica a utilização do termo gerações, por esta representar uma ideia de superação, a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, contrariamente ao processo de cumulativo, de complementaridade dos direitos humanos, que encontram-se permanentemente em processo de expansão.

Naturalmente, os direitos e garantias fundamentais podem ser distribuídos em conformidade com o momento de seu surgimento que se manifesta expressamente com as necessidades sociais oriundas da evolução e modernização constante que a contemporaneidade sofre, seja de cunho tecnológico, científico ou social.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 32) observa que:

> Os direitos fundamentais [...] surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”.

Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais de primeira dimensão, como condescende a melhor doutrina, possuem um caráter negativo, uma vez que estão ligados diretamente à concepção de liberdade, na qual o Estado não deve conduzir e/ou interferir na vida de seus cidadãos, deixando de controlar e limitar as liberdades individuais, salvo as exceções previstas em lei. Entre os que emergiram

deste período, pode-se destacar o direito à vida e às liberdades filosóficas, ideológicas, religiosas, políticas e de expressão.

Sequencialmente aparecem os direitos trazidos pela segunda dimensão, que, contrariamente à anterior, implicam em uma atitude comissiva do Estado, como Ingo Wolfgang Sarlet, (2012, p. 33) explica: “A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade, mas, [...] de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’.”. Diante deste paradigma, a segunda dimensão de direitos fundamentais surgiu em observância à esfera econômica, social e cultural, tendo por escopo alcançar o âmbito da vida do ser humano que necessita de proteção à coletividade e, por conseguinte, de proteção individual.

Essa atuação dá-se em razão do histórico de perseguições e descriminações sofridas por povos, minorias, classes e culturas como um todo, em razão da diferença existente.

Tutelar esses ramos da vida do indivíduo fez-se necessário, uma vez que a desigualdade e a descriminação não era imposta exclusivamente pelas pessoas, os Estados soberanos, por muitas vezes ao longo da história, foram, e ainda o são, determinantes para esse posicionamento, por isso a imprescindibilidade do organismo estatal é responsável pelo anteparo jurídico de propiciar a proteção e consequente responsabilização deste, interna e externamente, em caso de violações.

Sobre os direitos de segunda dimensão, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 33), explica:

> Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, [...] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas [...].

No entanto, embora estes sejam considerados direitos sociais, não podem ser confundidos com os que aparecem em seguida.

Os direitos de terceira dimensão, que por sua vez compreendem os direitos coletivos e difusos, esta distinção é observada por Ingo Wolfgang Sarlet

(2012, p. 33) quando expõe que “também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.”.

Logo, a proteção jurídica aos direitos difusos e coletivos delimitou um novo molde para o direito, uma vez que, far-se-á presente tanto para proteger os indivíduos de forma isolada, quanto para as questões de relevância à coletividade. Destarte, ainda que estas dimensões estejam consolidadas na Carta Magna e no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina já elenca a existência, sutil, de direitos de quarta e quinta dimensão.

Os direitos de quarta dimensão são compreendidos pelos doutrinadores pátrios como os concernentes aos ideais de democracia, acesso pleno à informação, o pluralismo e as questões de engenharia genética, Adriano dos Santos Iurconvite (2007), assim explica-os:

> Poucos autores discorrem sobre a existência da quarta dimensão [...]. Paulo Bonavides, ao lecionar sobre o tema, afirma: “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. Da leitura do posicionamento acima transcrito, percebe-se que os direitos fundamentais de quarta dimensão não vieram em substituição às demais dimensões, ao contrario, os direitos das três primeiras dimensões são os alicerces, a base de uma “pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”, direitos estes que, juntos, possibilitarão a construção de uma “sociedade aberta para o futuro”. Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, a respeito da quarta dimensão de direitos fundamentais, afirmam: “[...] o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos”.

Embora estes doutrinadores se atenham especificamente as questões democráticas e sociais que se coadunam aos direitos protegidos pelas dimensões anteriores, outras questões surgem diante da contemporaneidade e dos avanços biotecnológicos, como por exemplo, os que se exteriorizam e são provenientes das técnicas de reprodução assistida heteróloga.

Como já fora explicitado anteriormente, Norberto Bobbio (1992, p. 14) expõe que os direitos fundamentais são adquiridos ao longo do tempo e nascem quando devem nascer, assim, depreende-se a necessidade de observância de

situações anteriormente não tuteladas, se adequarem a padrões mínimos em coerência dogmática e principiológica com os direitos humanos e garantias fundamentais, se ocupando do redimensionamento de conceitos e limites biotecnológicos e, por isso, são também direitos fundamentais relativos à humanidade.

De igual sorte, Adriano dos Santos Iurconvite (2007) explica que a globalização tem auxiliado no desenvolvimento dos avanços biotecnológicos, os quais enquadram-se em uma quarta dimensão dos direitos humanos, no tocante as pesquisas biológicas e manipulação de patrimônio genético, no entendimento de Noberto Bobbio. Iurconvite expõe ainda que ante as possibilidades de se dispor do patrimônio genético individual, faz-se necessário evitar a manipulação dos genes ao mesmo tempo em que se mantenha a garantia de gozar das técnicas de engenharia genética.

Corroborando com o entendimento supracitado, extrai-se que as concepções biotecnológicas buscam enquadrar-se dentro dos parâmetros gerais que envolvem a dignidade humana, mas a ausência regulamentada da força desta ciência traduz a insegurança perpetrada no meio social, desde o momento principiológico que não a enquadra em disciplina jurídica própria.

De outra sorte, embora a Constituição Federal vigente tenha como característica sua rigidez e proteção absoluta das cláusulas pétreas, elencadas no art. 60, §4º da CFRB/88, que em sua maioria, são direitos e garantias fundamentais trazidos pelas dimensões anteriormente mencionadas, o rol direcionado a esses direitos não são taxativos e os princípios, tanto quanto a finalidade jurídica, devem estender-se às novas concepções e necessidades sociais, de modo a se estabelecer a segurança jurídica e o bem estar social da coletividade. Portanto, isto possibilita a compreensão ampliada quanto às duas últimas dimensões de direitos.

Logo, sabendo-se que o direito é o instrumento social que prevê e regulamenta os fatos sociais juridicamente relevantes, apresentando-se como o mecanismo para solução de eventuais controvérsias, a construção de uma norma máxima e supralegal pautada na ideologia contemporânea acerca da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana acabou por proporcionar ao ordenamento jurídico interno um enfoque maior às questões principiológicas, proporcionado pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

Neste diapasão, com a expansão destas ideologias propostas, o direito brasileiro tem se preocupado em adequar-se às instruções e padrões internacionais e, velando pela promoção da qualidade de vida e do bem estar do cidadão, a Carta Magna do Brasil de 1988 incumbiu-se de apresentar a eficácia irradiante sobre as normas de direito público e de direito privado que, dispostas horizontalmente em grau de igualdade, condicionaram todas as demais normas jurídicas internas sobre os padrões impostos, estabelecendo uma coerência no ordenamento interno.

Assim, a CRFB/88 passou a atuar de modo integrativo aos demais ramos jurídicos, com o escopo de efetivar e evidenciar a tutela plena dos direitos fundamentais, como preceitua a teoria da eficácia horizontal irradiante, conceituada por Daniel Sarmento (2004, p. 5):

> Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal.

Didaticamente esta teoria é resumida por Pedro Lenza (2009, p. 676) como sendo um fenômeno em que há “irradiação desses direitos para todas as normas infraconstitucionais, bem como para o Legislativo ao elaborar leis, para a Administração Pública ao praticar sua atividade típica de “governar” e para o Judiciário ao solucionar as lides.”.

Desta forma, percebe-se que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais são a base jurídica da tutela de todos os direitos e ramos deste, com fundamento na Carta Magna. Entretanto, embora a maior parte desses direitos encontre respaldo constitucional expresso, não pode dizer-se rol taxativo.

Ademais, a evolução constante vivenciada pela humanidade evidencia que o direito não consegue acompanha-la concomitantemente, por isso os princípios precisam ser interpretados de modo amplo e irrestrito sobre as relações sociais, não são um fundamento absoluto e estes devem ser alargados para encaixarem-se nos valores de cada época. (PINHEIRO NETO 2012, p. 42).

Por conseguinte, percebe-se que não há uma exatidão acerca dos valores fundamentais, pois estes, além de variarem em conformidade com o momento, surgem para interpretar, à luz de situações jurídicas propiciadas pelas inovações

sociais, médicas e tecnológicas, por exemplo, as questões relativas à dignidade e aos direitos fundamentais contemporâneos.

A dignidade da pessoa humana está prevista no art. 1º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, esta se deslinda ao longo de toda a Carta, inclusive conservando título próprio para tratar dos direitos e garantias fundamentais.

Na mesma acepção, compreende-se que a imprescindibilidade da dignidade da pessoa humana como um princípio base, encontrando-se em todos os demais princípios, normas e decisões judiciais, faz com que se prevaleça os direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos personalíssimos e todos os outros ramos e aspectos principiológicos, como ocorre no caso em sentindo linear da bioética.

Conforme o posicionamento de Daniel Sarmento (2002, p. 59), ela pode ser assim conceituada:

> O princípio da dignidade humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.

Ante a importância da dignidade da pessoa humana e a ausência de uma especificação e conceituação concreta sobre o que é dignidade, percebe que esta se derrama sobre todos os outros direitos e garantias fundamentais, assim, só é possível atingi-la a partir da ampla proteção destes.

Observa-se a existência de formas distintas de se materializar o direito à dignidade em razão dos seus subprincípios e direitos acoplados, merecendo destaque o instituto que surgiu para solucionar eventuais conflitos entre as normas fundamentais.

Este fenômeno jurídico é compreendido como a ponderação de interesses, e como preleciona pedagogicamente Pedro Lenza (2012, p. 969): “Diante dessa ‘colisão’, indispensável será a ‘ponderação de interesses’ à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer”.

Portanto, tendo-se em vista que o objeto dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é garantir o mínimo de dignidade à existência humana, tanto no

que se refere ao Estado propiciar essas condições à coletividade, quanto à atuação deste organismo em conflitos individuais em que há coalisão entre essas normas, faz-se imprescindível a utilização da ponderação de interesses e da interpretação extensiva nas situações fático-jurídicas dentro dos litígios do sistema judiciário, objetivando-se a efetivação destes instrumentos normativos de fundamental importância para a coletividade.

2.2 OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS E A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Outro importante avanço na tentativa de ter um ordenamento ideologicamente unificado, pautado nos postulados internacionais de proteção aos direitos humanos, foi a constitucionalização do direito privado, em especial do Código Civil de 2002, que além de estabelecer princípios e diretrizes no corpo do texto normativo, instituir a tutela dos direitos personalíssimos, realizar uma mutação nos demais institutos e referenciais, também propiciou uma coerência no instrumento normativo deixando evidente a intenção legislativa.

Nesse diapasão, no âmbito das relações pessoais e patrimoniais regulamentadas pelo Direito Civil, observou-se uma mudança de paradigmas evidenciada pela tutela qualitativamente diversa da que existia no Código Civil de 1916 e na legislação esparsa e europeia que o precederam, todos estes, de caráter essencialmente patrimonialista.

Isso se deu, principalmente, em face da preocupação com os princípios que a Constituição de 1988 trouxe, até e então não manifestos no direito privado.

Consequentemente, o Código Civil de 2002, apresentou como objetivo principal a efetiva execução das garantias fundamentais dispostas na nossa Carta Magna no que tange as relações civis, garantindo sobre tudo a igualdade, a isonomia e a abrangência dos direitos e obrigações a todos, indistintamente. No mesmo nexo, Stolze e Pamplona (2012, p. 91) apoiam:

> [...] a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, [...] a igualdade e proteção dos filhos, [...] deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.

Essas garantias e princípios regulam a caracterização dos direitos personalíssimos como proteção da acepção física, psicológica e moral do indivíduo de modo absoluto, geral, necessário, oponível *erga omnes*, extrapatrimonial, indisponível, intransmissível, imprescritível, impenhorável e vitalício.

Essas características, extraídas do rol, meramente exemplificativo, do art. 11 do CC/2002, se concentram no capítulo que trata dos Direitos Personalíssimos, o eixo central do Direito Civil, e, portanto, elas devem refletir tanto no restante do código, quanto nos microssistemas legais que tratam de matéria civil, assim como deve servir de instrumento para os magistrados no que tange a resolução dos conflitos em que há lacuna legislativa.

Por conseguinte, constata-se da leitura inicial do diploma civil, que os direitos personalíssimos são amplos, irrestritos e inerentes ao indivíduo a partir da aquisição da personalidade jurídica, a discussão, entretanto, diz respeito ao momento em que há a aquisição desta personalidade e quais os efeitos produzidos por esta nas diversas fases do desenvolvimento humano.

Assim, faz-se necessário analisar de forma mais detalhada a obtenção da personalidade jurídica face às três teorias que determinam o exato momento em que esta se inicia, quais sejam a teoria natalista, a teoria da personalidade condicionada e a teoria concepcionista.

Primeiramente observar-se-á a teoria doutrina adotada pelo Código Civil em seu art. 2º, sendo esta, a natalista. De acordo com os pressupostos dessa teoria a aquisição da personalidade civil dá-se no momento do nascimento com vida, da efetiva respiração extrauterina, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, interpretação literal do dispositivo legal.

Neste sentido, Danúbia Ferreira Coelho de Rezende (2012, p. 109) completa que essa acepção legal significa a imposição de condição resolutiva, uma vez que inflige ao ser vivo em formação uma mera expectativa de direitos que só irá concretizar-se ao nascido vivo.

A definição jurídica expressada pela mera expectativa de direitos acaba por apresentar um problema quanto à eficiência da tutela destes somente após o nascimento, tendo em vista que é uma ameaça ou violação à integridade física, ou a qualquer outro direito personalíssimo do ser em vida intrauterina, ou projetado de

forma extracorpórea, necessita de proteção integral no momento em que há a ameaça ou lesão, e a concretização tardia traduz-se em plena ineficácia.

O Estado é o responsável por proteger, em especial, no que tange os direitos humanos, todos aqueles que estejam sob sua jurisdição, independente de ausência ou não de personalidade, não podendo haver limitações ou restrições à tutela integral da pessoa humana.

Danúbia Ferreira Coelho de Rezende (2012, p. 110) sopesa que a mera expectativa qualifica o nascituro como titular de direitos em formação e se há a titularidade, consequentemente haverá personalidade jurídica, observa ainda o questionamento feito por Silmara Chinelato e Almeida, apud, acerca da referida problemática:

> Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger direitos do nascituro (Código chinês, art. 1.). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Esse estorvo trago pela própria teoria acaba fortalecendo as outras correntes que abordam a temática. Trazendo a baila, possibilidade de aplicar-se juridicamente, outros entendimentos, que não o explicitado pelo Código Civil.

A teoria da personalidade condicionada assemelha-se à teoria natalista quanto aos efeitos produzidos, civilmente falando, e à concepcionista quanto ao elemento conceitual. Esta posição dogmática afirma que desde a concepção o nascituro será detentor de personalidade jurídica, mas os direitos estarão sob condição suspensiva até o nascimento com vida. Nesse caso, como corrobora Danúbia Ferreira Coelho de Rezende (2012, p. 111), o natimorto não adquirirá estes direitos, há imprescindibilidade da respiração extrauterina para caracterizar o nascido vivo e caso isto ocorra, havendo o implemento da condição resolutiva, os direitos irão retroagir à data da concepção.

Entretanto, o grande problema dessa teoria é de cunho terminológico, uma vez que ela não aponta elementos essencialmente distintos das demais, apenas reorganiza a acepção da aquisição da personalidade jurídica em

entendimento diferente, é o que explica Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2006, p. 27):

> Se condição é evento futuro e incerto ao qual se subordinam os efeitos de um ato jurídico, sendo resolutiva a condição que, implementada, faz cessar esses mesmos efeitos, como trabalhar essa teoria frente ao nascituro? A condição resolutiva estaria supostamente no fato de se nascer com vida. Ora, ocorrendo o nascimento com vida, não há cessação, mas manutenção desses efeitos, já que a personalidade não cessa, mas tem continuidade. Há, pois, nessa doutrina, uma impropriedade terminológica, que acaba por aproximá-la à teoria concepcionista.

De outra sorte, a teoria concepcionista, defendida por outra parte da doutrina, aduz que há personalidade jurídica desde a concepção, ou seja, desde o momento em que há reunião do material genético masculino e feminino. Segundo Danúbia Ferreira Coelho de Rezende (2012, p. 111) para esta teoria a discussão não se concentra na titularidade do direito do nascituro, sendo inegável, mas é necessário analisar-se os efeitos, principalmente os patrimoniais. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 131), asseveram a respeito desta:

> Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa. [...] Essa linha doutrinária rende ensejo inclusive a se admitirem efeitos patrimoniais, como o direito aos alimentos, decorrentes da personificação do nascituro.

Depreende-se desse conceito, que o problema em adotar a teoria concepcionista na íntegra contraria outras disposições do Código Civil, sabendo-se que para obtenção de determinados direitos patrimoniais é necessário preenchimento de alguns requisitos, pois estes surtem efeitos de maior complexidade nas relações civis. Para o deslinde da controvérsia, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 131):

> [...] sustentam que a personalidade do nascituro conferiria aptidão para a titularidade de direitos personalíssimos (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva). “Poder-se-ia mesmo afirmar”, adverte MARIA HELENA DINIZ, “que, na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a

> personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.

Maria Helena Diniz apud Danúbia Ferreira Coelho de Rezende (2012, p.112), já no início deste século, atentando para os avanços científicos e as normas formas de procriação, coaduna ainda que: “Embora a vida se inicie com a fecundação e a viável vida com a gravidez, que se dá com a nidação, o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher [...].”.

Assim, pode-se concluir que embora a doutrina e a jurisprudência concordem que o referido código se afeiçoa a teoria natalista, em algumas situações estas se filiam as outras doutrinas, principalmente a concepcionista. Indispensável é, que os outros instrumentos jurídicos utilizem-se de um posicionamento distinto do que a lei preleciona, em conformidade com o caso concreto, não sendo possível justificar-se por esse dogma para afastar garantias fundamentais e direitos personalíssimos do indivíduo ainda concebido, tendo em vista que a matéria dessa classe de disposições normativas é hierarquicamente superior.

Compreendendo esse pensamento, Flávio Tartuce (2007, p. 13) observa que a proteção possibilitada pelo Código Civil não pode afastar de modo algum, outros direitos, por isso o sistema adotado pelo diploma civil é aberto, de forma que não seja negado nenhum direito constitucionalmente assegurado, acautelando-se a cláusula geral da tutela da pessoa humana, responsável por garantir proteção ampla e integral, que se estende ao nascituro, que, em seu entender, tem direitos reconhecidos e assegurados pela legislação, e não apenas uma expectativa de direitos.

Logo, depreende-se que as teorias mesclam-se nos posicionamentos jurídicos, não causando qualquer prejuízo, desde que seja respeitada a proteção dos direitos fundamentais.

Independente de onde se inicie a proteção à pessoa humana, à sua dignidade e aos seus direitos personalíssimos, essa vertente de benesses tem o condão de alcançar um amparo legal eficiente. Nesse sentido o artigo 12, *caput,* do Código Civil de 2002, traz a previsão de recorrer em juízo em casos de ameaça ou

violação dos direitos personalíssimos e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

De outra sorte, diante da perspectiva da reprodução humana assistida, conota-se maior importância ao momento em que há o início da personalidade jurídica e consequentemente a atuação do Estado na proteção destes, do que quais são em espécie esses direitos, pois como foi explicitado anteriormente, não há como exaurir o estudo de todos os direitos da personalidade.

Destarte, para fins da reprodução humana assistida, a tutela do embrião é imprescindível e a teoria natalista acaba demonstrando-se insuficiente para extenuar as problemáticas projetadas por esta técnica científica ante a perspectiva jurídica. Torna-se cogente então, o entendimento aquiescido pela teoria concepcionista, em sua forma mais abrangente, ou seja, conferindo a personalidade e os direitos personalíssimos ao concebido de modo intra ou extrauterino, *in vitro*.

2.3 OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Seguindo os parâmetros principiológicos, desta sorte, os que orientam a atuação dos profissionais da saúde em geral, é fundamental observar-se que a bioética e o biodireito são ciências distintas e autônomas, embora apresentem estreita relação no momento de sua aplicabilidade e tenham emergido com igual importância face aos progressos tecnológicos com os quais as ciências da saúde vêm se deparando.

A bioética, originária do grego *bios* + *ethos*, etimologicamente significa a ética da vida. Entretanto, manifesta-se conceitualmente como o complexo de valores, limites e princípios éticos que norteiam as controvérsias morais existentes no domínio das Ciências Biológicas.

Ela surge, justamente, da inevitabilidade em responder os questionamentos levantados por essas matérias controvertidas, da percepção que nem todo progresso científico justifica as condutas dos profissionais, bem como da exiguidade de um instrumento capaz conduzi-los às posturas corretas. Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p. 2) corroboram que ela: “surge como corolário do conhecimento biológico, buscando o conhecimento a partir do sistema de valores.”. Alejandra Rotania (2003, p. 39) apoia tal informação e elucubra o seguinte:

> A bioética, ou ética da vida, é um campo do saber ético e da moral, reajustado ao cenário contemporâneo, que busca a análise de valores e do agir humanos que decorrem dos fatos, eventos, problemas e desafios provenientes do desenvolvimento da ciência e da tecnologia na área da biologia, genética, meio ambiente, medicina, biotecnologia e setores afins.

Nessa lógica, Adriana Caldas Maluf (2015, p. 6) desenvolve que ela pode ser definida como uma ciência transdisciplinar, envolvendo biologia, medicina, filosofia e direito atuando em questões onde não existe um consenso moral e na consequente responsabilização moral dos cientistas e das pesquisas, observa ainda (2015, p. 7) que surgiu com o fito de discutir os: "[...] novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico de um viés mais tecnicista para um caminho mais pautado pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética.".

Esta ciência apontou no cenário mundial, no fim da década de 1970, externalizada pelo Relatório da Comissão de Belmont, nos Estados Unidos. Este documento visava uma proteção maior aos sujeitos de pesquisas científicas frente aos excessos e abusos cometidos à época, ou seja, experimentos médicos realizados durante a 2º Grande Guerra. Com tal propósito fixou limites éticos a serem respeitados no desenvolvimento das pesquisas. (BARBOSA, 2010, p. 33).

Posteriormente, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, promulgada pela Unesco[2] e homologada pelo Brasil em 2005, veio a consolidar os preceitos apresentados pelo Relatório de Belmont, incorporando ao complexo normativo interno os parâmetros de conduta aceitáveis e os objurgados (BARBOSA, 2010, p. 33-37).

Como se trata de um ramo autônomo de conhecimento, foram elaborados princípios e normas próprias, com o condão de nortear a conduta humana e, somada às demais imposições legais, sociais, éticas e principiológicas, são incumbidos de garantir a segurança dos sujeitos envolvidos no processo.

A despeito das normas de orientação elencadas pela Bioética, põe-se em evidência os princípios específicos que integram tal corpo dogmático atualmente, quais sejam o da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça. Salienta-se que estes aparecem também, com o Relatório Belmont, em 1978, com

[2] Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura.

exceção do princípio da não maleficência, incorporado ao conjunto, somente um ano após. (BARBOSA, 2010, p. 34).

O preceito de respeito à autonomia é responsável por expressar os contornos da efetivação do livre arbítrio, com vistas à realização do princípio da autodeterminação, cabendo, entretanto, ressalvas em situações de urgência e risco de vida, nas lições de Adriana Caldas Maluf (2015, p. 11) “seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa. Desse princípio decorre a exigência do consentimento livre e informado.”.

Seguindo essa compreensão, Swedenberger Barbosa (2010, p. 33) certifica que representa a: “liberdade de decisão da pessoa sobre suas opções terapêuticas, ou ainda, a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser respeitada, protegida e resguardada.”.

A beneficência e a não maleficência são princípios distintos, mas complementares, uma vez que são aplicáveis em situações conflitantes onde deverá prevalecer a promoção do bem em detrimento do mal. Quanto à beneficência Adriana Caldas Maluf (2015, p. 11) observa que tem como referencial os ensinamentos de Hipócrates, no qual o profissional da saúde deverá utilizar dos tratamentos para o bem do enfermo, maximizando os benefícios e minimizando os possíveis riscos, sem causar dano. Já quanto a não maleficência esclarece que esta consiste em não acarretar danos intencionalmente.

Igualmente, Swedenberger Barbosa (2010, p. 33-34) frisa que a: “[...] beneficência, se traduz no reconhecimento do valor moral do outro, diminuir-se-ia o mal, ou seja, o pressuposto seria de fazer-se um maior bem com o menor dano possível ao paciente.”, enquanto que a não maleficência preconizava: “que antes de procurar praticar o bem, o profissional não deve infligir nenhum dano ao paciente, seja por ação, ou mesmo omissão.”.

O princípio da justiça, não exclusivo da bioética, é fundado na isonomia, buscando tratar os iguais com igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade, de modo que, como preceitua Adriana Caldas Maluf (2015, p. 11), evite-se as práticas discriminatórias. Prevê ainda o parâmetro de equidade como meio para oportunizar uma efetiva distribuição igualitária e indistinta dos benefícios oriundos das técnicas médicas (BARBOSA, 2010, p. 34). Noutro segmento, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p. 34) afirmam que:

“[...] justa é a intervenção médica que leva em conta os valores do paciente, bem como sua capacidade de deliberação e unidade psicofísica.”.

Assim, conclui-se que, tanto quanto os outros princípios, o intuito da bioética e de sua deontologia consiste em instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana, acompanhando o progresso médico, científico e tecnológico, mas partindo dos moldes técnicos, compreendendo as temáticas passíveis de discussão e possibilitando a coerência entre esse ramo com o conglomerado ético-jurídico existente, seja em sua função legiferante ou na condução das técnicas médicas.

O biodireito compreende uma ciência autônoma e investida de perspectiva dogmática, assim, é mecanismo para efetiva solução dos conflitos sociais. Ademais, detém ordem normativa diferente da bioética, guardando com esta estreita relação, pois, com a natureza jurídica de ordem moral e ética, esta fornece, subsidiariamente, elementos para auxiliar a formulação e aplicação do direito, integrando a zetética jurídica.

Também nas lições de Adriana Caldas Maluf (2015, p. 16), o Biodireito:

> [...] pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Maria Helena Diniz, “tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”.

Com isso, percebe-se que o biodireito surge inicialmente como um ramo da bioética, mas se separa e torna-se autônomo uma vez que este é incumbido da relação entre médico, ciência e paciente, enquanto que àquele encarrega-se da relação jurídica entre os sujeitos e os direitos envolvidos, justamente no intuito de preservar os direitos fundamentais e personalíssimos, em especial, para esse estudo, no que diz respeito ao nascituro e as formas artificiais de reprodução humana.

Além dos princípios tragos pela bioética, quais sejam o da autonomia, beneficência e justiça, o biodireito acrescenta os da sacralidade da vida, da dignidade humana, da cooperação entre os povos, da precaução e da ubiquidade.

As normas principiológicas quanto à sacralidade da vida e da dignidade humana encontram também, respaldo constitucional, o primeiro infere da importância da proteção ao bem supremo que é a vida face às intervenções médico-científicas enquanto que o outro trata-se da magnitude, ou seja, da vida com o mínimo de existência digna, nos entendimentos de Adriana Caldas Maluf (2015, p. 18).

Já a cooperação entre os povos implica em um compartilhamento de tecnologias e técnicas para propiciar uma atuação médica cada vez melhor e mais eficiente, Adriana Caldas Maluf (2015, p. 18) explica que:

> [...] refere-se ao livre intercâmbio de experiências científicas e de mútuo auxílio tecnológico e financeiro entre os países [...] poderia ser exteriorizado frente à fiscalização das pesquisas científicas e na proteção do ser humano enquanto espécie e também no que tange à repartição dos custos e benefícios referentes às pesquisas científicas.

O princípio da precaução por sua vez é de suma importância para esse estudo, pois ele denota a necessidade da norma antecipar-se à potencial ameaça ou violação à direitos, atuando de modo preventivo. Precaver-se é sempre a melhor opção, pois, obrar tardiamente, pode não ser suficiente para reparar todos os danos sofridos.

Adriana Caldas Maluf (2015, p. 19) expõe acerca da temática que: “Não se trata de se provar o risco da atividade para, só depois, impedir-se a sua continuação. Trata-se, sim, de impor ao interessado na realização da atividade o dever de comprovar a inexistência de risco [...]”.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p. 36-37) defendem ainda que: “[...] a precaução impede, inclusive, comportamentos que, devido ao estado atual do conhecimento, não representam uma certeza, mas uma mera probabilidade de dano, que por ser sério e irreversível, deve ser obstado.”.

Logo, é imperioso afirmar que o condão dogmático do Biodireito também exige a prudência evidenciada por tal preceito-norma, uma vez que determina de forma antecipada quais os limites necessários a prática de determinados procedimentos pode evitar a violação de alguns direitos.

Para o princípio da ubiquidade, em consonância com os demais, há o intuito da proteção da vida e da qualidade de vida, Adriana Caldas Maluf (2015, p. 19) afirma que: “Tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, da biodiversidade, do património genético.”, ou seja, este princípio é a unificação dos reflexos de todos os demais preceitos anteriores e, juntos, são capazes de efetivar a tutela estatal de proteção da pessoa humana.

Diante da observância dos princípios da bioética e do biodireito, permite-se concluir que estes são mecanismos viabilizadores dos direitos humanos, garantias fundamentais e direitos personalíssimos, que foram anteriormente abordados, quando tratar-se das técnicas científicas envolvendo a vida, como é o caso da reprodução humana assistida.

Desta forma, conclui-se que os envolvidos em tecnologias de reprodução humana assistida devem ter seus direitos subjetivos respeitados, tratando sobre o prisma da igualdade de condições e oferecendo o acesso à referida técnica indistintamente, devendo esta ser propiciada pelo Estado através de regulação pertinente.

Esses princípios gerais e específicos têm influência direta na prática da reprodução assistida heteróloga apropriada por famílias homoparentais do sexo masculino com o auxílio da doação temporária do útero, concebendo o bebê *surrogate*, uma vez que ao trabalhar com material genético, medicina e concepção humana, deve-se observar a base normativa capaz de regular e nortear essas técnicas biotecnológicas.

3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA ENQUANTO RELAÇÃO JURÍDICA

Como todas as relações que permeiam o mundo civilizado, o instituto médico-jurídico da RHA é composto por diversos conceitos e elementos que integram e exteriorizam a relação jurídica perpetrada com a finalidade precípua de proporcionar a propagação do material genético, ou seja, da hereditariedade, para indivíduos que naturalmente estão ou são impossibilitados de gerar descendentes.

Para isso, esta seção desenvolve-se a partir da contextualização histórica na qual as técnicas reprodutivas emergiram, passando à explanação do conceito de reprodução humana assistida, seguido da apreciação dos posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica deste direito inserida nas dimensões de direitos fundamentais para só então prosseguir com a perspectiva científica das técnicas de reprodução, dando ênfase na distinção entre a reprodução homóloga e heteróloga.

Após essa explanação, observar-se-á a relação jurídica, bem como a natureza jurídica dos envolvidos nesta, de modo a compreender como se materializa as situações de procriação artificial, em especial no que tange a reprodução humana assistida heteróloga com auxílio da doadora temporária do útero em famílias homoparentais de igualdade masculina.

3.1 NOÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DAS TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS

A reprodução humana assistida (RHA) apresenta-se no cenário atual com o avanço da biotecnologia e consiste em uma estrutura científica permeada por variadas técnicas de procriação humana sem a relação de cópula sexual entre os interessados.

Essas técnicas foram criadas e são constantemente aperfeiçoadas com o intuito de resolver as questões de infertilidade, esterilidade ou demais impossibilidades que obstem a reprodução por meios naturais, sendo aplicáveis em consonância com o entrave que paira sobre o método convencional de propagação da herança genética e consolidação do desejo de constituir família.

Exsurge insofismável que as técnicas de RHA são uma inovação a permear o mundo contemporâneo para solucionar a problemática retromencionada, todavia, surgem na verdade como uma alternativa para satisfazer uma necessidade

vislumbrada desde os primórdios da civilização humana, qual seja, o desejo, associado ao imperativo social, de constituir uma família e gerar descendentes que a integrem, ligados tanto por um vínculo biológico, quanto afetivo, perpetrando a herança genética do grupo hierárquico e promovendo a continuidade da árvore genealógica.

Nessa vereda, remontando à antiguidade clássica, observa-se a pressão social exercida pela sociedade na família, a qual era instituída com a finalidade precípua de procriação. A civilização romana, por exemplo, determinava que a finalidade da união matrimonial era a procriação e os casais que não geravam descendentes eram mal vistos pela comunidade, além disso, a culpa era atribuída a mulher.

Acerca da organização familiar e procriação nesta época, Edison Tetsuzo Namba (2015, p. 121) sustenta que:

> Um dos motivos era porque a religião foi norma constitutiva da família antiga, e a primeira instituição por ela estabelecida foi o casamento, o que implicava a dificuldade de sua dissolução e a proibição do celibato, pois o desaparecimento da família significava a morte do culto aos antepassados perante o fogo sagrado.

Durante esse período outras civilizações também ecoavam a compreensão da sociedade romana, ou seja, a ausência de prole natural era um problema e necessariamente precisava ser solucionado, isso é contemplado inclusive por documentos legislativos.

O Código de Hamurabi, datado de 2000 a.C., previa a intervenção de terceiros no lar conjugal para sanar eventual esterilidade/infertilidade. De igual raciocínio, o Código de Manu, de 1200 a.C., por sua vez, preocupou-se com a esterilidade do marido, sendo permitido que o irmão do cônjuge inseminasse sua esposa no intuito de perpetrar a descendência deles. (MALUF, 2015, p. 193).

É importante ressaltar que a utilização de um terceiro estranho à relação conjugal, com o fito de fornecer material genético para procriação do filho do casal, apenas, guarda semelhanças com as técnicas de doação de espermatozoides e óvulos, inclusive, antecipa os fundamentos de determinação da parentalidade, o que será delineado mais adiante.

Não há como se precisar em que momento iniciou-se essa preocupação e, cobrança da sociedade, quanto à procriação no seio familiar, entretanto, pode-se

justificá-la pela compreensão simplória de que a perpetuação da espécie se dá através da reprodução humana, fundamentada pela premissa básica do ciclo vital, ou seja, todo ser vivo nasce, cresce, se reproduz e morre.

Complementarmente, há que se observar que o elemento subjetivo na decisão de gerar um filho consubstanciou a importância de estimular a investigação científica a fim de concretizar o desejo de usufruir da maternidade e da paternidade biológica.

Assim, em meados do século XVI, o avanço tecnológico auxiliou sobremaneira o desenvolvimento da pesquisa acerca da reprodução humana, com a invenção do microscópio, as inseminações em animais e a compreensão do funcionamento dos órgãos reprodutivos humanos. (MACHADO, 2012, p. 29).

Vencida a etapa de iniciação científica, passou-se ao ínterim dos experimentos laboratoriais, que perduraram de 1866, ano em que J. Marion Sims conseguiu concretizar a primeira gravidez através dos meios artificiais, terminada em aborto, até 1970, o marco da RHA, quando efetivamente foi possível a procriação artificial. (MACHADO, 2012, p. 30).

A partir da década de 70, a possibilidade de reprodução humana assistida tornou-se palpável, conforme é relatado por Maria Helena Machado (2012, p. 30):

> Nos anos de 1970 a 1975 são realizadas de forma destacadas nos Estados Unidos, Inglaterra, Suécia e Austrália, estudos, sobre fertilização “in vitro” com óvulos humanos, formações de embriões com transferência para o útero e coleta de óvulos. Mas foi em 25.07.1978 que o mundo assistiu o que jamais conseguira imaginar possível. Nascia na cidade de Oldham, Inglaterra, através do trabalho dos pesquisadores britânicos, Drs. Patrick Steptoe e Robert Edwars, Louise Joy Brown, o primeiro bebê concebido pela fecundação in vitro, através dos gametos de seus pais legais, John e Lesley. [...] A partir de 1980 o nascimento dos bebês inseminados artificialmente deixou de se constituir em acontecimento raro e passou a fazer parte, normalmente, da forma terapêutica no tratamento dos problemas de esterilidade.

Em menos de quatro décadas de disseminação das Tecnologias de Reprodução Humana Assistida (TRHA), infere-se a suntuosa proporção que estas vêm tomando. Isto é perceptível pelo Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio, criado pela Resolução de Diretoria Colegiada (RDC)/ANVISA nº 29, em de 12 de maio de 2008, e atualizado pela RDC nº 23/2011, para apurar algumas informações, em especial quanto à atuação das Clínicas de RHA.

Entre os anos de 2011 e 2016, através das informações coletadas, evidencia-se a crescente produção de embriões humanos através das técnicas de fertilização *in vitro* criopreservados (congelados) nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos – BCTGs. Enquanto que em 2011 foram realizados 13.527 ciclos no Brasil, em 2015 foram realizados 36.615 ciclos e, em 2016, últimos dados emitidos pelo relatório, ouve um decréscimo para 35.615 ciclos.

Cumpre destacar que para fins de elaboração do relatório, a ANVISA explica que este ciclo computado diz respeito ao processo no qual a paciente é submetida ao iniciar o tratamento de reprodução humana, que podem ou não ter resultados em fertilizações.

Com efeito, superada a perspectiva histórico-evolutiva, faz-se necessário compreender qual a definição de Reprodução Humana Assistida. De acordo com Maria Helena Machado (2012, p. 32): "[...] consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozoide, sem a ocorrência do coito.".

Corroborando com a construção conceitual, Sara Lins dos Santos e Sergio Ribeiro Santos (2013, p. 98), informam que com a utilização da referida técnica há:

> [...] uma ruptura na continuidade do processo feminino de procriação, ao possibilitar a ocorrência da gravidez sem sexo e a fecundação fora do corpo, substituindo a função corporal. Esse desenvolvimento torna-se possível no modo de compreensão da reprodução como um processo de causalidade de eventos e mecanismos que podem ser fragmentados e influenciados independentemente. Tal forma de conceitualizar a reprodução permite dissecar todo o processo em sequências de estágios autocontidos, isolados e manipuláveis.

Com supedâneo, em uma abordagem mais técnica, Adriana Caldas Maluf (2015, p. 195), por sua vez, conceitua-a como: "um conjunto de técnicas, a saber: relação programada, inseminação artificial intrauterina e fertilização extracorpórea, que abrange a fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide[3].".

Pode-se então dizer, que a RHA agrupa diversos tipos de tratamentos que, não curam a infertilidade e esterilidade, mas permitem que os efeitos da

[3] Injeção intracitoplasmática de espermatozoide – ICSI, método reprodutivo que injeta o espermatozoide dentro do óvulo.

impossibilidade de fecundação natural sejam revertidos. A esse respeito, Adriana Caldas Maluf (2015, p. 193) aduz que o objeto da RHA é: “possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.”.

É importante compreender a construção conceitual do termo técnico que representa as tecnologias de reprodução humana assistida, ou TRHA, para dela se depreender seus sinônimos e conceitos, Maria Helena Machado (2012, p. 31), do ponto de vista etimológico arrazoa que:

> O vocábulo inseminação, derivado do latim e originado no verbo “inseminare”, formado pela preposição “in”(em) mais “seminare”, que significa “semente”, “grão”, “princípio”, “origem”, “fonte”, é definido como sento a forma de fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula. O adjetivo “artificial”, que também deriva do latim, “artificialis” significa “feito com arte”, resultou do substantivo “artificium”, palavra que serve para designar atividades entendidas como arte, técnica, habilidade e outras no mesmo sentido.

Da etimologia da palavra pode-se extrair uma valoração histórica pela escolha do termo, contribuindo para o que fora anteriormente explicitado e para a própria definição, por intermédio das palavras que constroem a nomenclatura. Nada obstante, as TRHA recebem outras nomenclaturas, que, embora sejam empregadas como sinônimos, muitas vezes, correspondem aos termos técnicos que especificam as práticas. Entre elas pode-se destacar a inseminação e a procriação humana, artificial ou medicamente assistida.

Na construção de outros termos linguísticos utilizados por similaridade da premissa conceitual, Maria Helena Machado (2012, p. 32) ainda assevera que esta pode ser denominada como concepção artificial, fertilização artificial, fecundação ou fertilização assistida, entre outras, e que compreende o procedimento técnico-científico de gerar um ser humano de modo diverso do natural.

De igual sorte, Genival Veloso de França (2013, p. 354) acrescenta que a reprodução assistida é um gênero que engloba várias espécies de técnicas, desde a introdução do material genético masculino no órgão reprodutor feminino por meios diferentes da cópula carnal até as técnicas de fertilização *in vitro*, também podendo ser chamado de fecundação por meios artificias, impregnação artificial, semeadura artificial.

Contudo, este certifica que considera a fecundação artificial a expressão mais coerente e segue explicando que o termo fecundação é atribuído ao procedimento biológico da união do espermatozoide com o óvulo e, quando artificial, entende se tratar do mesmo procedimento fora do organismo feminino, para depois ser neste inserido. (FRANÇA, 2013, p. 355).

Outrossim, utilizar-se-á, diferentemente de Genival Veloso de França, do termo Reprodução Humana Assistida (RHA), uma vez que este é mais abrangente e engloba todas as possíveis técnicas de procriação artificial.

Ressalta-se que a RHA é tida como um direito fundamental e, conforme elencado anteriormente, os direitos fundamentais estão didaticamente divididos e agrupados em dimensões. Todavia, há divergência doutrinária quanto à sua natureza jurídica, podendo este ser considerado um direito de segunda e/ou quarta dimensão.

Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 45) apresenta elementos e posicionamentos doutrinários que compartilham o entendimento da RHA estar entre os direitos de segunda dimensão, inserido no direito à saúde comissivamente protegido pelo aparato Estatal. Em suas palavras, coaduna:

> [...] o direito à saúde é inserido no rol dos direitos de segunda dimensão, em que se observa que para sua concretização necessita o Estado de atuações positivas [...]. Assim, diante da infertilidade do casal e constatando-se deficiência na saúde reprodutiva, pode-se inserir uma das facetas do direito à saúde, implantando a situação no rol de direitos de segunda geração e ganhando fôlego em sua justificação como direito fundamental, responsabilizando assim o Estado pela sua efetivação através de prestações positivas.

Importante frisar que essa posição doutrinária tem o intuito de incluir ao rol de direitos à saúde o acesso às Técnicas de Reprodução Humana Assistida, pelo próprio Estado, garantindo o direito fundamental à saúde reprodutiva, bem como a aplicabilidade imediata dos direitos sociais. No mesmo segmento, Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 53) complementa que:

> [...] o direito à saúde reprodutiva encontra-se inserido nesta conjuntura, tratando-se de um direito subjetivo fundamental, pois, além de zelar pela vida digna das pessoas, protege também a entidade familiar (CF, art. 226, caput) e o planejamento familiar (CF, art. 226, § 7º), inserindo-se no âmbito dos direitos que fazem parte do conjunto que a doutrina denomina de mínimo existencial. Dessa

> forma, retumba plausível que o direito à saúde alberga o direito de acesso às técnicas de reprodução humana assistida, com o intuito de promover a plenitude da saúde sexual e da dignidade da pessoa humana, constituindo um dever do Estado a sua promoção ante a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Noutro ponto de vista doutrinário, o direito às TRHA é compreendido como integrante da quarta dimensão de direitos fundamentais, tendo em vista que é albergado pelas pesquisas biológicas e inovações da biotecnologia. Nesse sentido, Pietro Alarcón apud Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 48) “ressalta que as consequências das pesquisas científicas trazem uma nova forma de abordar o corpo humano, o que impõe ao constitucionalismo verdadeiras mudanças no sentido de renovar a tutela do direito à vida.”. Filiando-se a mesma corrente doutrinária, Noberto Bobbio (1992, p. 9) ao questionar efeitos da pesquisa biológica, que permitem a manipulação do patrimônio genético, acaba os rotulando como direitos de quarta dimensão.

Em que pese ambos os posicionamentos doutrinários afirmarem a natureza jurídica de direito fundamental ao direito à reprodução artificial, a divergência não traz maiores prejuízos à práxis jurídica, pois cabe ao Estado à prerrogativa de proteger, tutelar, regular e garantir os direitos fundamentais em sua integralidade. Não obstante, a natureza destes direitos permanecerá como norma positiva constitucional que versa sobre direito fundamental subjetivo, independente da corrente a qual filiar-se.

Ademais, conforme se mencionou alhures, o surgimento de novas dimensões de direitos fundamentais não exclui as anteriores, visto que estas compreendem um processo evolutivo de integração de novos direitos e expansão dos já consagrados. Logo, nada obsta que ambas as dimensões sejam condizentes com a RHA, constitucionalizando efetivamente o uso dessas técnicas para assegurar os direitos reprodutivos sem confronto com outros dispositivos principiológicos e normativos, também de natureza fundamental.

Extrapolada as noções introdutórias, em suma, colige-se que a RHA pode ser definida como um conjunto de técnicas concentradas em cultura laboratorial, conduzidas por profissionais médicos especializados que são responsáveis pelo manuseio de material genético coletado, fertilizado ou inseminado, com o intuito de procriar o concepto sujeito, com o auxílio ou não da gestação em substituição.

Essas técnicas, atualmente, variam em conformidade com o fator que impossibilite a procriação convencional.

Maria Helena Machado (2012, p. 35-65) explica detalhadamente as diversas tecnologias que norteiam a RHA, as quais cumpre citar a Inseminação Artificial Intraconjugal (IAC) que pode ser intrauterina, intravaginal, intracervical e intraperitoneal; a Inseminação Artificial com Esperma de Doadores (IAD); a Fertilização *In Vitro*, também conhecida como FIV ou FIVETE; a Transferência Uterina de Zigoto (ZUT); a Transferência Intratubária de Gametas (GIFT); a Inseminação Intracitoplasmática (ICSI); a Transferência Intra-abdominal através de Punção Vaginal (TIALS); Transferência Intra-abdominal de Gametos (GIAT); a recuperação de óvulos do peritônio (POST); a Inseminação Direta Intrafolicular (DIFI); a Inseminação Subzonal (S.U.Z.I.); a Perfuração da Zona Pelúcida (PZD); a doação dos óvulos e o empréstimo do útero.

Já Danúbia Ferreira Coelho de Rezende (2012, p. 38) aduz que, dentre estas, merece destaque a FIVETE, a GIFT, a ZIFT, ICSI e acrescenta a transferência tubária de embrião (TET).

Adriana Caldas Maluf (2015, p. 198) por sua vez, abordando uma versão mais atualizada, cita a inseminação artificial intrauterina (IIU); a FIVETE, a GIFT, a ZIFT e a ICSI, como técnicas de maior relevância para o cenário das TRHA. Diante destes dois últimos levantamentos, denota-se que a classificação na perspectiva conjugal perdeu a relevância, abrindo espaço para o método, ao invés dos sujeitos.

Ainda que numerosas sejam as técnicas, apenas enquadram-se no objeto do presente estudo a fertilização *in vitro*, a doação dos óvulos e a gestação em substituição, sendo, portanto, necessário compreende-las.

Com relação à fertilização *in* vitro convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE), Adriana Caldas Maluf (2015, p. 198) aduz que:

> [...] ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões. Geralmente, a ovulação é estimulada por hormônios, resultando na formação de vários folículos maduros, sendo os óvulos colhidos por punção guiada por ultrassonografia endovaginal. Após serem colocados juntamente com os espermatozoides num recipiente denominado placa de Petri, são finalmente fecundados. [...] A probabilidade de gravidez múltipla é maior nesse processo [...].

Depreende-se do conceito de FIVETE trazido à discussão, que se trata de uma espécie de RHA na qual há a união do material genético masculino e feminino fora do corpo da mulher, ou seja, em laboratório, para posteriormente ser inserido no útero a fim da gestação desenvolver-se, pode a gestante ser ou não, coincidente com a dona do óvulo fecundado.

Acrescenta Maria Helena Machado (2012, p. 41) que:

> A FIV compreende o desenvolvimento de várias etapas como: a indução da ovulação (desenvolvimento dos folículos ovarianos sob estimulação hormonal), a punção folicular e cultura dos óvulos, coleta e preparação do esperma, completando-se com a inseminação e cultura dos embriões.

Diante de tal informação, salienta-se que se trata de um processo delicado e que requer atenção minuciosa, profissionais qualificados e tempo, podendo durar anos para obter-se sucesso entre as tentativas.

De toda sorte, ao verificar a situação das famílias homoparentais de igualdade sexual masculina, denota-se imprescindível a doação de óvulo e o empréstimo temporário do útero. Essas técnicas apresentam algumas ressalvas, pois, conforme compreende a doutrina, quando o material genético doado não é da pessoa que irá gerar o embrião, tampouco o feto será da parturiente, o brocardo latim "*mater semper certa"* desconstrói toda a presunção de maternidade utilizada até então pelo direito civil. Logo, neste momento, há que se observar apenas o tocante à técnica de doação, seja do óvulo, seja do útero.

Quanto à doação do material genético feminino, a medicina ainda encontra alguns limites científicos, uma vez que não há, atualmente, um mecanismo de armazenamento de óvulos eficiente, como acontece com os bancos de esperma. Além do mais, essa inviabilidade técnica, muitas vezes, também dificulta o direito ao anonimato da doadora. Maria Helena Machado (2012, p. 50) expõe:

> [...] a questão do anonimato da doadora é considerada de maior importância, ao mesmo tempo em que é muito difícil mantê-lo. [...] Todo o procedimento cirúrgico necessário para a coleta dos óvulos torna praticamente impossível o anonimato. Outro problema surgido na doação do óvulo é o da impossibilidade de seu congelamento. Esta técnica, muito embora em vias de aperfeiçoamento, ainda apresenta dificuldades quanto ao congelamento dos óvulos, obrigando a fecundação imediata dos mesmos, após o seu colhimento.

Resta então evidenciado quais são as dificuldades de cunho técnico vivenciado por àqueles que necessitem utilizar-se da doação do material genético feminino.

Contiguamente, a cessão ou doação temporária do útero, gestação em substituição (*surrogacy mother)*, empréstimo uterino, ou como é vulgar e erroneamente conhecida “mãe/barriga de aluguel”, consiste na intervenção de uma terceira pessoa na gestação, que não tem qualquer vínculo biológico com o embrião, e cederá o útero para desenvolver o embrião durante o período gestacional e posteriormente entregar o nascituro aos pais. Considerada por tanto, uma nova espécie de maternidade. (MACHADO, 2012, p. 52).

O cerne desta questão incide na determinação da maternidade e na desvinculação completa entre a parturiente e o filho do casal que intentou gerar um(a) filho(a). Afasta-se nesse momento, dos conflitos éticos e jurídicos oriundos da referida prática, atendo-se apenas ao conceito técnico da prática.

Convém pôr em relevo ainda, que as técnicas poderão ser utilizadas em qualquer forma de reprodução, variando de acordo com o caso concreto. A RHA em si, bifurca-se em duas classificações, que levam em conta apenas o material genético que será utilizado, quais sejam, a reprodução assistida homóloga e heteróloga.

3.2 A DISTINÇÃO ENTRE REPRODUÇÃO HOMÓLOGA X HETERÓLOGA

Faz-se necessário compreender a diferenciação entre a reprodução humana assistida homóloga, apresentada pela medicina para definir se o material genético é de exclusividade do casal e heteróloga, quando há auxílio de um terceiro, doador(a) de gametas masculinos ou femininos com o escopo de caracterizar as particularidades da relação jurídica em comento.

O próprio Código Civil de 2002 prevê a adoção de ambas as técnicas ao tratar da composição hereditária familiar. Embora, limite-se a abordar as TRHA apenas para fins de declaração dos filhos concebidos na constância do casamento, o reconhecimento do instituto jurídico é de grande valia, podendo este ser desdobrado em interpretação analógica e extensiva em outras situações. A saber, o art. 1.596 do CC/2002 dispõe *ipsis literis*:

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

O diploma legal apropinqua-se da distinção médica entre reprodução humana assistida homóloga e heteróloga, a saber, que ambas constituem um mecanismo artificial de procriação.

A inseminação medicamente assistida homóloga ocorrerá quando o material genético utilizado, com a técnica que melhor se adeque, for o do casal que deseja gerar um filho. Nesses casos, não há deficiência quanto o material genético dos progenitores, apenas algum fator que impossibilitou a fecundação natural.

Já no caso da heteróloga, objeto do presente estudo, haverá a interferência de pelo menos um terceiro envolvido na relação jurídica, pois para caracterizá-la, será necessário a presença do(a) doador(a), seja pela deficiência, seja pela ausência do material genético necessário à fertilização.

Danúbia Ferreira Coelho de Rezende (2012, p. 38) assim distingue ambas as formas de RHA: “Diz-se homóloga a fertilização obtida com o material genético do próprio casal, enquanto heteróloga aquela que se socorre dos gametas de um doador, normalmente anônimo.”. Ele continua ainda, que não há maiores controvérsias no que tange a homofecundação, pois não há interferência de terceiros, apenas trata-se da medicina a serviço da saúde reprodutiva do casal, entretanto, no que tange a heterofecundação ele afirma que há controvérsias (2012, p. 39), pois não haverá liame genético entre o filho e os pais (um ou ambos), mas, apesar das críticas, a constante valorização da paternidade socioafetiva suplantará o elemento biológico da filiação.

Vale reforçar que o elemento a caracterizar a relação como homóloga ou heteróloga é, respectivamente, a utilização, ou não, do material genético do casal, portanto, somente na heterofecundação há o emprego de material genético de um terceiro, o(a) doador(a). Ademais, em ambas as formas de inseminação os sujeitos poderão valer-se da figura da doadora temporária do útero, a gestante em substituição.

Contudo, ressalta-se que a relação jurídica pertinente a ser aprofundada coaduna na reprodução humana assistida heteróloga, através da fertilização *in vitro* (FIVETE), utilizando-se da doação de material genético, ou seja, o óvulo, tanto quanto da figura da doadora temporária do útero, o que viabilizará a concretização da geração de descendente de família homoparental em igualdade masculina.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS REPRODUÇÃO HETERÓLOGA

Inicialmente, observa-se que a relação jurídica *latu sensu* diz respeito às relações sociais entrelaçadas a um determinado fato social que produz efeitos e é dotado de relevância para o mundo jurídico e, por conseguinte, necessitam de disposições normativas aptas para tutelar e regular essas matérias.

Em ilações doutrinárias, Paulo Nader (2009, p. 297) afirma que é nas "relações jurídicas que se apresentam os sujeitos do direito e se projetam direitos subjetivos e deveres jurídicos.", cita ainda a conceituação de uma relação jurídica na perspectiva de Savigny apud Paulo Nader (2009, p. 297), este por sua vez afirma ser "um vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada".

Induz-se para tanto, que o fato social e a norma legal, não são elementos da relação, mas os pressupostos que a originam.

Vale ressaltar ainda, que a ausência de diploma legal para regular determinada matéria não a exclui do ordenamento jurídico, muito menos da capacidade de atuação do Estado. A repercussão e os efeitos que esta matéria pode produzir no mundo jurídico denotam-se imperiosos à submissão da mesma ao ordenamento pátrio em sua totalidade, no intuito de que não haja colisão ou desrespeito com direitos fundamentais previstos na CRFB/88 e nas normas preexistentes, até que a matéria seja efetivamente regulamentada.

Miguel Reale (2002, p. 158), por sua vez, assim conceitua: "Quando uma relação de homem para homem se subsume ao modelo normativo instaurado pelo legislador, essa realidade concreta é reconhecida como sendo relação jurídica.".

Rechaça-se o que Miguel Reale traduz acerca da relação jurídica, pois observa-se que àquela em que não há submissão ao conglomerado de leis preexistentes, não se desnatura completamente do conceito estabelecido. Ainda que

a matéria seja inovadora, ou que o corpo legiferante do Estado não tenha se preocupado em regulamentá-la, à medida que produz efeitos e demonstra relevância jurídica, sobre esta incidirá as normas principiológicas e genéricas capazes de proteger as relações entre os seres humanos e a necessidade de instrumento normativo se intensificará.

Seguindo este raciocínio, Paulo Nader (2009, p. 298) contempla:

> No plano filosófico, há a indagação se a regra de direito cria a relação jurídica ou se esta preexiste à determinação jurídica. Para a corrente jusnaturalista, o Direito apenas reconhece a existência da relação jurídica e lhe dá proteção, enquanto o positivismo assinala a existência da relação jurídica somente a partir da disciplina normativa. Há determinadas relações que efetivamente antecedem à regulamentação jurídica, pois expressam fenômenos de ordem natural, *in rerum natura*, como é o fato, por exemplo, da filiação. São as relações jurídicas que dão movimento ao direito. Em cada uma ocorre a incidência de normas jurídicas, que definem os direitos e os deveres dos sujeitos.

Logo, deduz-se que não há um consenso do ponto de vista doutrinário, se a relação preexiste à normatização ou se só será assim considerada após estar inserida no complexo normativo, ao passar pelo crivo do legislativo. Entretanto, na práxis nota-se diversas situações que não estão legalmente resguardadas e mesmo assim, nelas incidem aplicação analógica e complementar de instrumentos legais, bem como, são fatos que produzem as normas.

Portanto, afirma-se que todas as relações sociais, podem em algum momento, tornarem-se jurídicas, partindo do ponto que esta somente irá existir se houver norma, explícita ou implícita, analogamente aplicável, para qualificá-la.

Esta compreensão é fundamental, no que diz respeito a reprodução humana assistida e a cessão temporária de útero, pois, embora não haja instruções normativas, emitidas pelo Poder Legislativo, capazes de orientar como a utilização da RHA e da gravidez em substituição dar-se-á sem violar direitos fundamentais e personalíssimos dos indivíduos, é preciso que esta técnica molde-se de imediato, aos referidos princípios, e caso não o faça, o órgão judiciário atue repressivamente para evitar abusos e violações a estes direitos, enquanto não houver instrumento regulador.

Complementa Paulo Nader (2009, p. 299) que:

> As relações jurídicas se formam pela incidência de normas jurídicas em fatos sociais. Em sentido amplo, os acontecimentos que instauram, modificam ou extinguem relações jurídicas denominam-se fatos jurídicos. Quando ocorre um determinado acontecimento regulado por regras de Direito, instaura-se uma relação jurídica. Se toda relação jurídica pressupõe uma relação de vida, *Lebenverhaltniss*, nem toda relação social ingressa no mundo do Direito, mas apenas as que se referem aos interesses fundamentais de proteção à pessoa e aos interesses coletivos.

Extrai-se dos conceitos apresentados até então, que as relações acobertadas pelo direito, reúnem três elementos, quais sejam os sujeitos, o objeto e o vínculo que liga os dois anteriores, denominado vínculo de atributividade.

O primeiro componente é o elemento intersubjetivo, atinente aos sujeitos que integram o polo passivo e ativo da relação. Através de um ato volitivo das partes, caracterizar-se-á a alteridade, ou seja, a ligação de homem para homem, de modo que estes se tornarão titulares de direitos e/ou deveres, contraindo direitos e obrigações no âmbito legal, como preleciona Paulo Nader (2009, p. 300).

Normalmente as relações jurídicas são simples, como ocorre no caso em tela, pois há pelo menos um sujeito passivo e um ativo, em lados diametralmente opostos.

Para Paulo Nader (2009, p. 300), o sujeito ativo é: “a pessoa que, na relação, ocupa a *situação jurídica ativa*; é o portador do direito subjetivo que tem o poder de exigir do sujeito passivo o cumprimento do dever jurídico.”, já o sujeito passivo, ainda na ótica deste doutrinador, é: “o elemento que integra a relação jurídica com a obrigação de uma conduta ou prestação em favor do sujeito ativo. O sujeito passivo é o responsável pela obrigação principal.”.

Partindo da construção conceitual acerca da relação jurídica *latu sensu* e, tendo em vista o enfoque à reprodução assistida heteróloga com aplicação da técnica FIVETE e com cessão temporária de útero, pode-se observar a caracterização dos sujeitos jurídicos envoltos nessa espécie de relação, *stricto sensu*, notadamente, Genival Veloso de França (2013, p. 355) observa que:

> A fecundação heteróloga afeta várias pessoas ao mesmo tempo, cujas funções, responsabilidades, direitos e reações temos que avaliar com todo cuidado, a fim de darmos uma definição mais precisa. Essas pessoas são: a mulher, o esposo (quando existe), o médico, o doador, a esposa do doador (quando existe), o filho que venha a nascer e a sociedade (pessoa moral).

Seguindo essa percepção pode-se vislumbrar os possíveis envolvidos em caso de reprodução heteróloga realizada por intermédio de FIVETE e gestação por substituição, adotada por famílias homoparentais de igualdade masculina.

Adotando uma construção hodierna e mais linear, como sujeitos jurídicos ter-se-ão o fornecedor do material genético masculino, a doadora do gameta feminino, a cedente do útero, os companheiros/cônjuges desses envolvidos, o médico responsável pela TRHA, o bebê *surrogate* e a sociedade na qual o fenômeno se processará.

Adverte-se de antemão que em se tratando dessa modalidade de reprodução nas famílias homoparentais, segundo a apreciação supratranscrita, os principais sujeitos são os geradores, o gerado, a gestante e o técnico reprodutor. Mas para fins de efeitos jurídicos, só serão assim considerados aqueles que contraírem direitos e/ou obrigações civis.

Logo, o polo ativo da relação jurídica *stricto sensu* em comento será composto apenas pelos que detiverem o ato volitivo de constituir família e perpetuar seu material genético, podendo estar presente o fator biológico, mas sendo imprescindível o fator subjetivo, qual seja, o desejo da paternidade.

Como na relação homoparental de igualdade masculina só há material genético masculino, ambos podem doar espermatozoides para, através de sorteio, ou dupla inseminação, tornarem-se os pais da criança. No entanto, ambos os pais serão sujeito ativo da relação, mesmo que somente um forneça o material genético, pois, como foi dito, coleciona-se no polo ativo os contratantes, aqueles que têm interesse direto de conceber um filho desde o início do procedimento.

Partindo da interpretação conceitual de relação jurídica, verifica-se que o polo ativo é plural, pois compreende a doadora do óvulo, a cessionária do útero e o médico, todos, indispensáveis à consolidação da pretensão, o bebê.

Insta esclarecer que o polo passivo será o obrigado principal, enquanto que os integrantes do polo ativo contraem apenas obrigações acessórias. Há que se falar em obrigação principal no que tange o segundo componente de uma relação jurídica, o objeto, pois, embora as partes possam, igualmente, contrair direitos e deveres em uma mesma relação, sempre haverá a obrigação principal que é pretendida desde a preparação desta e que classificará os sujeitos.

Os pais, no polo ativo, contrairão obrigações acessórias como as de financiar e se responsabilizar pelos tratamentos médicos necessários à

concretização da reprodução, fornecendo condições dignas e éticas para a gestação do bebê *surrogate,* bem como terão resguardada a filiação face ao anonimato dos receptores previsto na Resolução 2.121/2015 do CFM.

A doadora do óvulo se responsabilizará em fornecer o oócito, ou seja, o gameta feminino necessário para que haja a fecundação, sua doação deve ser mantida como anônima durante o processo como prevê a Resolução 2.121/2015 do CFM, na seção IV, item 2: “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.”. No mesmo sentido, o item 4 da mesma seção, admite exceções:

> Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

A doadora temporária do útero por sua vez, estará obrigada nos termos e limites da seção VII da Resolução 2.121/2015 do CFM. Inicialmente essa seção dispõe acerca da viabilidade da técnica: “As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição [...] em caso de união homoafetiva.”.

No que tange os limites da utilização da maternidade sub-rogada a Resolução supramencionada explica que, em regra, as doadoras devem compor o quadro familiar em linha de parentesco consanguíneo até o quarto grau, os demais casos, excepcionalmente, só com aprovação do Conselho Regional de Medicina. Define ainda que esta não poderá ser onerosa, ou seja, não terá caráter lucrativo ou comercial.

Entretanto, interpreta-se da leitura integral da resolução, que as despesas da gestação são custeadas pelos pais, efetivamente, e isto não mercantiliza a relação.

Mediante instrumento contratual, a parturiente se obrigará face aos pais, na determinação da filiação que será previamente acordada entre estes, não detendo qualquer vínculo biológico ou intenção de conceber, a mãe em substituição uterina irá entregar o bebê *surrogate*, conforme disposições do contrato e em conformidade com a Resolução do CFM nº 2.121/2015.

O(a) médico(a), tanto quanto as clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RA, por sua vez, estarão obrigados a prestar o serviço tanto aos pais de desejam conceber o bebê, quanto à doadora do óvulo e a cessionária do útero, não podendo em momento algum abster-se de suas funções e da responsabilidade de gerir todo o procedimento com fundamento na Resolução, nos princípios bioéticos e nos constitucionais.

Sem embargos, esclarece-se que os companheiros/cônjuges dos doadores de material genético ou do útero não integram diretamente a relação jurídica quanto aos direitos e obrigações.

Baseando-se na autonomia da vontade na disposição do próprio corpo, como garantia fundamental atrelada ao direito à liberdade prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e ao supraprincípio da Dignidade da Pessoa Humana elencado já no art. 1º, inciso III, do mesmo diploma, bem como na perspectiva dos direitos personalíssimos encadeada pelo Direito Civil, àquele que se compromete e se obriga estará limitado à figura do doador, não sendo necessária intervenção/ autorização de outrem.

A título de esclarecimento, Heloísa Barboza (2013, p. 9) ressalta que:

> O corpo juridificado, politizado, até mesmo medicalizado, torna-se cada vez mais, ao longo da vida, expressão da individualidade, em todas as suas manifestações culturais, religiosas, políticas, sentimentais, enfim numa diversidade de aspectos que em seu conjunto constroem a identidade de cada ser humano.

Igualmente, nesta elucidação principiológica compreende-se não haver necessidade do consentimento do cônjuge/companheiro para fins de doação. Contudo, a necessidade de aprovação por escrito do cônjuge ou companheiro, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável já era adotada como instrução normativa pela Resolução nº 2.013/2013, na seção VII, item 3, o que foi reafirmado pela seção VII, item 3.6 da nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Malgrado a autorização ser necessária, o cônjuge/companheiro não contrairá direitos ou obrigações na ordem civil diante da RHA. Lembra ainda que, em face de lacuna legislativa, não se sabe quais os efeitos poderão decorrer da não aprovação, mas esta não deverá ser dispensada pelos profissionais da área da saúde em razão da disposição resolutiva do CFM.

Superado o desenvolvimento do elemento subjetivo, segue-se ao próximo componente, o objeto. Este pode ser compreendido, nas lições de Paulo Nader (2009, p. 301), como a finalidade específica da relação, sob o qual recai a exigência do sujeito ativo e o dever do sujeito passivo. No que tange as relações jurídicas, em especial as relações civis, o objeto é destrinchado em dois subelementos, o objeto mediato que é a prestação em si e o objeto imediato, que diz respeito à conduta humana, podendo ser uma ação comissiva de dar ou fazer, ou omissiva de abster-se de fazer.

Instrui Paulo Nader (2009, p. 301) que:

> O objeto, também denominado objeto imediato, é a coisa em que recai o poder do sujeito ativo, enquanto que conteúdo, ou objeto mediato, é o fim que o direito garante. O objeto é o meio para se atingir o fim, enquanto que o fim garantido ao sujeito ativo denomina-se conteúdo.

Um ponto controvertido acerca do objeto da relação jurídica que merece destaque diz respeito à impossibilidade do ser humano figurar como objeto em uma relação jurídica, posto que este deve incorporar apenas o elemento subjetivo da relação.

Corroborando com esse enfoque, Paulo Nader (2009, p. 302), observa que o objeto da relação jurídica sempre irá recair sobre um bem, podendo esta ser de cunho patrimonial ou não, aponta ainda a divergência doutrinária quando o poder oriundo desta relação recair sobre a própria pessoa, que é rejeitada pela doutrina em razão da afirmação que alguém não pode ser ao mesmo tempo sujeito e objeto da relação; ou sobre outras pessoas, rejeitado pela doutrina majoritária, com o argumento que um ser humano não pode ser considerado objeto jurídico, destacando a controvérsia de Miguel Reale que, ao considerar a palavra objeto apenas no sentido lógico, da razão em virtude da qual o vínculo da relação jurídica se estabelece, afirma não haver impossibilidade do homem figurar como tal.

O questionamento doutrinário traz à baila a problemática da doadora temporária do útero e do bebê *surrogate*. Ao tratar-se do objeto que recai sobre a própria pessoa, temos a figura da gestante por cessão temporária de útero, pois ela é tratada na relação tanto como um sujeito, quanto o seu útero é tido como um objeto meio para obter-se a finalidade que é o bebê *surrogate*, ou seja, o nascido de cessão temporária de útero.

Ao revés, esse entendimento não merece prosperar, visto que, como mencionado alhures, a doadora temporária do útero, figura como sujeito passivo na relação jurídica, situação que inclusive é ratificada pelo CFM ao determinar direitos, limites e obrigações específicas desta figura durante a realização de RHA.

No que tange a situação em que o objeto recai sobre outra pessoa. O bebê *surrogate* pode ser classificado como o objeto fim, visto que a pretensão da concepção artificial é geração da vida humana e ele, teoricamente, não poderia ser considerado objeto, mas na prática, apresenta elementos que facilmente caracterizam-no como um.

Cabe destacar que o termo objeto, na perspectiva da RHA, não deve ser entendido como coisa, evitando-se o fenômeno de coisificação do ser humano, mas sim, como o objetivo, a finalidade pretendida pela relação jurídica que é estabelecida exatamente com este escopo.

Neste passo, afeiçoando-se à compreensão levantada por Paulo Nader (2009, p. 302) e defendida por Miguel Reale (2002, p. 162), denota-se a possibilidade jurídica da doadora temporária do útero e do bebê *surrogate* figurarem como objeto, desde que entendidos como o meio, a razão e a finalidade da relação, afastando-se do intuito pós-moderno e tecnológico de coisificação do ser humano.

Depreende-se então que não há outros elementos que possam figurar como objeto diante da reprodução humana assistida que não, o objeto imediato impresso na conduta da doadora temporária em ceder o seu útero para gestação e como o objeto mediato o bebê *surrogate*, que traduz a obrigação principal, qual seja, a pretensão inicial deduzida pelos pais na tentativa de dar continuidade ao seu patrimônio genético e construção da sua entidade familiar.

Há controvérsias também quanto ao bebê *surrogate* ser sujeito ou não da referida relação. Por bebê *surrogate* pode ser compreendido aquele proveniente de fecundação laboratorial *in vitro,* posteriormente inseminado em uma doadora temporária de útero.

Inopinadamente utiliza-se da nomenclatura ‘bebê *surrogate’*, proveniente do termo em inglês ‘*surrogate baby or child’,* em virtude da inexistência de uma nomenclatura pátria para alcunhar o nascituro advindo da gestação por substituição, também denominada *surrogate pregnancy.* Também não utilizamos da tradução literal, qual seja, bebê ou criança substituta, por originar interpretação pejorativa e errônea sobre o status do nascituro.

Para compreender a dinâmica deste ser como sujeito ou não da relação, é preciso analisar as divergências quanto ao status jurídico do embrião e ao início da vida, onde também inicia-se a tutela jurídica protetiva. Nas palavras de Janice Slveira Borges (2007, p. 93) pode-se notar essa acuidade:

> Ente por nascer é o ente humano já concebido, mas, ainda, não nascido. Podem ser assim considerados o nascituro e o embrião fecundado extra-corpóreo (sic). Nos dias atuais, como mencionado, há uma série de relações jurídicas envolvendo o ente humano antes mesmo de seu nascimento, por exemplo, a doação a favor de nascituro ou dos não concebidos.

Em outras palavras, para definir um posicionamento sobre qual é a situação do bebê *surrogate* na relação jurídica, torna-se relevante delinear as nomenclaturas referentes ao momento biológico e estágios evolutivos da fecundação celular. Entre as denominações como concepto, princípio de vida, zigoto, embrião, feto e nascituro, estas três últimas denotam conjuntura acentuada no cenário doutrinário. (GUERRA, 2015, p. 116).

O embrião, segundo corrobora Santos apud Arthur Magno e Silva Guerra, (2015, p. 119):

> Quando se fala em “embrião”, busca-se designar, de maneira genérica, o estágio biológico das oito primeiras semanas seguintes à fecundação, a embriogênese, percebida entre a passagem de uma célula única, até um conjunto mais especializado e fisiologicamente complexo de células, o feto.

Nessa vereda, encontra-se duas problemáticas, a primeira diz respeito ao tempo limite em que o ser é considerado embrião, pois este tem o objetivo de afastar outros momentos biológicos, a segunda é no tocante ao inicio, uma vez que, como tratando-se do momento posterior a fecundação, exclui-se a fecundação extracorpórea.

Seguindo esta esteira, Arthur Magno e Silva Guerra, (2015, p. 117) quanto ao feto explica que:

> [...] dois elementos são utilizados para determinar essa fase de desenvolvimento da reprodução: o aspecto temporal e o estrutural. [...] se reconhece como feto a fase que vai desde o fim do estágio embrionário – no fim da oitava semana após a concepção, quando a maioria das estruturas estão formadas – até o nascimento.

Washington dos Santos (2001, p. 99), por sua vez, define que o feto é: “Produto da concepção após o 4.º mês de gestação até antes de ser dado à luz, mas que já possui as formas da espécie. Comentário: A legislação brasileira coloca a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (CC, arts. 4º, 9º, 357 e 1.718)”.

Constata-se que esse termo é limitativo a um determinado período de evolução biológica, ou seja, diante de seu status científico a tutela jurídica ao feto ainda seria excludente em muitas situações.

Já o termo nascituro, que, inclusive, recebe proteção jurídica por força do art. 2º do CC/2002, é conceituado Washington dos Santos (2001, p. 166), como sendo:

> Ser humano já concebido mas ainda por nascer. Também chamado feto, por estar ainda dentro do ventre materno. Comentário: Por uma ficção do direito, é considerado provisoriamente com certa capacidade jurídica: direitos do “nascituro”, sendo os mesmos resguardados, desde a sua concepção até o seu nascimento, pela lei civil e penal, quando fala do aborto, que é, no Brasil, considerado assassínio (CC, art. 4º e CP, art. 124).

Arthur Magno e Silva Guerra (2015, p. 117) aclara que: “o termo parece, mesmo, ser mais abrangente, para a compreensão da realidade evolutiva intra-uterina (*sic*), alcançando, indistintamente as idéias (*sic*) de ‘embrião’ ou ‘feto’.”.

Adriana Caldas Maluf (2015, p. 152-158) revela que de acordo com as ciências da biologia e embriologia a vida de um novo ser é iniciada desde a ovulação, no momento da liberação do oócito, estendendo-se à nidação, momento no qual a vida se tornará viável.

Segue explicando que o desenvolvimento embrionário inicia-se com a fecundação do oócito pelo espermatozoide, formando o zigoto, composto pelas informações hereditária dos responsáveis pelo material genético, sendo a primeira fase de vida do novo ser humano. Este é o ponto de partida para o processo denominado embriogênese, composto por três etapas, quais sejam, a segmentação, a gastrulação e a neurulação.

Cientificamente Adriana Caldas Maluf (2015, p. 158) resume o processo gestacional da seguinte forma:

> [...] a etapa embrionária/gestacional apresenta três fases diversas: a primeira, que vai da fecundação até a implantação do blastócito, quando ficam diferenciados os epitélios germinativos e esboçadas as primeiras membranas extraembrionárias (três semanas); a segunda, que corresponde à fase embrionária propriamente dita (que vai da 4ª à 8ª semana de gestação), quando os processos de diferenciação e crescimento são muito rápidos e se constituem os principais sistemas de órgãos; e a terceira fase, que vai até o momento do nascimento, em geral na 40ª semana gestacional, que é marcada por uma complementação parcial do crescimento fetal e profundas alterações na forma externa. Em face do exposto, pensamos, não há como negar que efetivamente existe vida, nem tão pouco sonegar a esse pequenino ser, que tanto luta e se transforma para nascer, o direito à proteção de sua integridade, de sua vida, de seus direitos personalíssimos.

Seguindo esse raciocínio, o direito deveria conferir à célula embrionária, desde o encontro entre o oócito e o espermatozoide, ampla tutela jurídica, pois se estes são considerados vivos, consequentemente são sujeitos jurídicos e dotados de personalidade.

Neste sentido, oportuna é a transcrição: “Entende Eduardo de Oliveira Leite que o embrião, em qualquer fase de concepção – *in vivo* ou *in vitro* –, deve ser protegido. É sujeito de direito, reconhecendo-se o seu caráter de pessoa desde a fecundação.” (MALUF, 2015, p. 67).

Entretanto, a doutrina jurídica não segue essa percepção das ciências biológicas pacificamente. Trazendo a possibilidade do embrião/nascituro ser considerado como coisa, a saber, objeto jurídico, embora tenha seus direitos salvaguardados, e a condição suspensiva de aquisição da personalidade jurídica.

É como afirma Adriana Caldas Maluf (2015, p. 167):

> Questiona ainda se o embrião humano deve ser **considerado coisa.** Relembra que essa posição vem crescendo em decorrência das novas técnicas de reprodução assistida. Amparado no pensamento de Peter Singer, uma vez que o embrião *in vitro*, pode ser transferido, congelado, estocado ou utilizado com fins de pesquisa, faz este uma analogia entre os critérios de início e de terminalidade da vida humana. [...] Singer sugere que o embrião seja considerado como uma coisa, e não como pessoa, até a aparição das primeiras funções cerebrais.

Se de um lado, a tutela proposta é tão abrangente que poderia restringir inclusive as técnicas de reprodução humana assistida, por outro a definição como

coisa, ainda que temporária, pode acarretar inúmeros prejuízos e violações ao embrião/nascituro.

Não satisfeita a controvérsia doutrinária, leva-se a lição de Genival Veloso de França (2015, p. 168), ao questionar-se se o embrião deverá ser compreendido como ser humano ou coisa:

> Se a vida humana se inicia na fecundação, na nidação, na formação do córtex cerebral ou, até, no parto, isso é mais uma questão de interesses do que de princípios. [...] Se o embrião humano é ou não pessoa de direito, parece-nos mais uma discussão de ordem jurídico-civil, que adota os fundamentos da fisiologia humana, embora seja difícil entender como podem existir, entre indivíduos da mesma espécie, uns como seres humanos pessoas e outros como seres humanos não-pessoas. A defesa e a proteção da pessoa humana – na dimensão que se espera dos direitos humanos, exige no mesmo sentido e nos mesmos valores, o reconhecimento de todos aqueles que se encontram em qualquer estágio de vida, inclusive no estado embrionário.

Diante dos argumentos exibidos, filio-me ao entendimento, embora não pacificado, que, em hipótese alguma, deve o ser humano ou o projeto de ser humano ser considerado como coisa. Todavia, o embrião fertilizado *in vitro*, mesmo com salvaguarda jurídica e considerando-o como um sujeito moral, não pode receber qualificação de sujeito ativo ou passivo na relação jurídica da reprodução humana.

O cerne da questão consiste que para o entendimento dos reflexos civis, deve-se incorporar o elemento subjetivo somente aqueles que contrairão direitos e obrigações, restando apenas os doadores de material genético, a parturiente e o médico.

Sendo incontroverso que, em se tratando de classificação da relação jurídica, o bebê *surrogate* será a finalidade do envolvimento entre os sujeitos ativos e passivos e, portanto, será definido como o objeto.

Por último, o deslinde relação traduz-se no vínculo de atributividade que é o nexo causal responsável por conectar os sujeitos aos objetos mediato e imediato, conceituado por Miguel Reale (2002, p. 160) como: “o vínculo que confere a cada um dos participantes da relação *o poder de pretender ou exigir algo* determinado ou determinável”.

Esses elementos conceituais são suficientes para o aclaramento da relação especificamente estudada, sendo desnecessária para o presente, as classificações e tipos de relações jurídicas.

Conclui-se para tanto que essa técnica médica para procriação humana assistida é um fato social que origina uma relação jurídica de complexidade elevada e vem ganhando notoriedade. É, portanto, revestido de juridicidade, mas não se encontra legalmente respaldada, sendo norteada apenas por instruções isoladas e princípios genéricos e abstratos, o que torna impossível satisfazer todas as questões morais, éticas, sociais, jurídicas e burocráticas necessárias à realização de tal prática.

Induz-se ainda que no caso da família homoparental outras barreiras são vislumbradas tanto no campo social quanto jurídico, isso ocorre por efeito da desconstrução do conceito tradicional de família e desta entidade ter sido há pouco tempo considerada como uma unidade familiar. Esse processo de adaptação social, no entanto, não pode obstar quaisquer direitos já efetivamente consolidados.

4 A NEGATIVA DE DIREITOS AO BEBÊ *SURROGATE* E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com base nos elementos esboçados nas seções anteriores é possível construir um enredo para compreender como a negativa de direitos ao bebê *surrogate* implica na necessidade efetiva de instrumento jurídico adequado que regule este instituto com relevância jurídica.

Assim, este capítulo pretende arrematar a importância de assimilar os parâmetros norteadores aduzidos nas seções anteriores, a fim de examinar as possíveis consequências que irão surgir no emprego das técnicas de fertilização *in vitro* e inserção do embrião no útero de doadora temporária de útero pelas famílias homoparentais em igualdade masculina, por ocasião da ausência de norma reguladora.

Neste sentido, inicialmente aborda-se os fundamentos legais e institutos jurídicos que produzem efeitos diante da relação reprodutiva, abordando o panorama dos direitos assegurados a esta unidade familiar, seguindo-se das vicissitudes que eclodem no âmbito do direito civil.

Progride o raciocínio através de um levantamento de alguns posicionamentos do direito alienígena com o escopo de utilizar tais instrumentos como referência interpretativa. Para logo após, concluir no objetivo do presente estudo por meio da demonstração da necessidade de um instrumento capaz de regular a reprodução humana assistida, sem incorrer no risco de contrapor-se a direitos já assegurados.

4.1 O BEBÊ SURROGATE NO SEIO DAS FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS: FUNDAMENTOS LEGAIS

A família é conceituada pelo dicionário Houaiss como: “o núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária”. Esta definição foi recentemente alterada, e é moderna, moldando-se a definição às novas concepções acerca das estruturas familiares.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a modificar o seu posicionamento acerca das organizações familiares. Desde sua

promulgação vivencia-se um momento histórico favorável à mudança de paradigmas estáticos, tanto pela globalização de culturas e informações que possibilitam o aprendizado de padrões, comportamentos e sentimentos diferentes, quanto pelo movimento cada vez mais emergente de pressão internacional para garantir a dignidade humana, afastando todas as formas de discriminação e preconceito que atentem contra a sociedade, respeitando-se a diversidade e pluralidade.

Corrobora nessa perspectiva Ana Paula Pellegrinello (2014, p. 83) ao expor que:

> [...] no Brasil (e no mundo) do século XXI, a vida tem assumido contornos cada vez mais distintos e que reafirmam o direito sempre em situação de atraso em face da realidade. Hoje, mulheres e homens assumem padrões de vida totalmente diferentes dos de outrora e não são poucos os que vivem sozinhos, por diversas razões. E as pessoas que vivem com outras também formam famílias novas, marcadas pelo afeto e não necessariamente pelos laços de sangue. Melhor dizendo, de certo modo foi-se o tempo em que a família brasileira de base era a patriarcal, heterossexual e constituída com vistas à procriação.

Seguindo essa linha de raciocínio, a família contemporânea é reconhecida em vários arranjos diferentes, e esta multiplicidade se fundamenta diante da aceitação e do respeito à diversidade das formas de relação entre as pessoas, principalmente, pelos direitos fundamentais reiterados pelo Direito das Família.

Encontra-se na sociedade brasileira alguns grupos familiares estruturados, a título de exemplo, nos seguintes moldes: por mãe, pai e filhos, a mononuclear; somente pai ou mãe e descendentes, a monoparental; por duas mães e filhos, a homomaternal; por dois pais e filhos, a homopaternal – estas duas últimas incluem o projeto de homoparentalidade –; por dois irmãos; por um único sujeito; por avós e netos, entre tantas outras dinâmicas.

Faz-se relevante observar especialmente a constituição familiar no tocante à homoparentalidade, que é registrada como a união entre duas pessoas do mesmo sexo biológico que estão envolvidos afetiva e sexualmente com o desejo de conceber filhos próprios do casal, limitados pela inviabilidade biológica.

Por sua vez, a família homoparental de igualdade masculina, que também será chamada de homopaternal, pode ser conceituada como aquela composta por dois pais, homens, de orientação sexual homoafetiva, reunidos pelo desejo de

construir uma unidade conjugal e familiar para realizarem suas aspirações pessoais, profissionais e afetivas, pautadas no acordo de mútua colaboração, igualdade de direitos e obrigações, ansiando, inclusive, a concepção do filho do casal. Não devendo haver qualquer distinção de tratamento quanto à organização familiar.

Diante do contexto mencionado, o Supremo Tribunal Federal, entendeu por bem que, delimitar a estrutura familiar, para efeitos de proteção legal, somente à união conjugal composta por homem e/ou mulher, além de confrontar a realidade atualmente vivenciada pelo país, manifestava-se como discriminatória, contradizendo totalmente o desígnio estatal elencado pela Carta Magna.

Esse posicionamento surgiu diante das controvérsias existentes na sociedade, na justiça, em procedimentos administrativos, e tantas outras controvérsias, com o intuito de reconhecer aos conviventes de união homoparental, os mesmos direitos conferidos aos homens e mulheres em união matrimonial ou estável.

Neste ínterim, o STF, apreciou, conjuntamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF). A votação unânime dos Ministros do Supremo Tribunal Federal seguiu o voto da Relatoria do Min. Ayres Britto e reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo como unidade familiar.

A ADI 4.277 foi proposta diante do Supremo pela Procuradoria-Geral da República, apresentada sobre o instrumento ADPF, sobre o argumento de que o não-reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional priva estes parceiros de vários direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, assim como implica em lesão direta aos princípios da dignidade (art. 1º, inciso III – CF) da vedação à discriminação odiosa (art. 3º, inciso IV – CF), da igualdade, liberdade e segurança jurídica (art. 5º).

Requereu-se como objeto desta ação constitucional a declaração da obrigatoriedade de reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva, seguindo-se os padrões exigidos na constituição da união estável hétero. Ainda foi pleiteada a declaração dos direitos e deveres dispostos no ordenamento pátrio dos companheiros em estabilidade fosse extensivo às novas instituições, devendo-se realizar uma interpretação do art. 226, § 3º da CF à luz dos princípios fundamentais, evitando o preconceito e a exclusão. (ADI 4.277/2011, p. 44).

Entretanto, já tramitava na Corte Suprema, APF nº 132, proposta pelo Governador do estado do Rio de Janeiro, que requeria a declaração do regime jurídico da união estável extensivo às uniões homoafetivas, em decorrência dos preceitos fundamentais da igualdade, liberdade, dignidade e segurança jurídica.

Diante da convergência de objeto das referidas ações constitucionais de controle de constitucionalidade, o Ministro Relator (ADI 4.277/2011, p. 629) converteu a ADPF em ADI e recebeu-as em paridade, para ser analisada conjuntamente.

Passada a parte processual do provimento da ação, alguns pontos importantes são apresentados pelo Voto dos Ministros, o Min. Ayres Brito argumenta inicialmente que a terminologia a ser usada pela corte será pelo termo "homoafetividade", pois, a utilização dos termos homossexualismo, que remete à doença, e homossexualidade, que remete à opção sexual, como atenta Maria Berenice Dias, já caracterizam clara discriminação (ADI 4.277/ 2011, p. 629).

Conclui sua relatoria, após a exposição de motivos e fundamentos, pela procedência das demandas. Para tanto, atribui ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme os preceitos da Constituição, com o escopo de, além do reconhecimento, seja concedido as mesmas regras e consequências legalmente constituídas nas relações heteroafetivas, de modo "a excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'." (ADI 4.277/2011, p. 656).

O Min. Luiz Fux por sua vez, estabelece como premissas que a homoafetividade é um fato, que não se trata de opção sexual, mas orientação, não é ideologia ou crença, que pessoas do mesmo sexo constituem relações de afeto e assistência recíproca, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida e que não há vedação legal ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. (ADI 4.277/ 011, p. 629).

Realizada a análise processual e de mérito, o Min. Luiz Fux acompanhando integralmente o voto do relator, conclui que (ADI 4.277, 2011, p. 692-693):

> Os homoafetivos vieram aqui pleitear uma equiparação, pleitear que eles fossem reconhecidos à luz da comunhão que têm, da unidade,

> da identidade e, acima de tudo, porque eles querem erigir um projeto de vida. Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. [...] nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade.

Seguindo o entendimento do Min Luiz Fux e do Relator, a Ministra Cármen Lúcia reconhece “admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam pela relação homoafetiva”. Neste momento, além de observar o reconhecimento do núcleo familiar, reitera-se a aplicabilidade dos direitos de companheiros, aos conviventes em igualdade sexual.

Outros levantamentos ao longo do julgamento foram de extrema relevância para fundamentar, com unanimidade, embora divergente os fundamentos, a existência dos direitos conjugais de união estável homoafetiva, assim, os Ministros Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Melo e Cezar Peluso, reiteraram os argumentos defendidos pelo Min. Ayres Brito, coadunando no reconhecimento e declaração da união homoafetiva poder ter reconhecido o seu direito à união estável e os provenientes desta.

A ementa do Julgamento da ADI 4.277, traz, entre outros apontamentos, a proibição de descriminação das pessoas em razão do sexo, seja na dicotomia de gênero ou de orientação a decisão; o tratamento constitucional da instituição família aos conviventes em homoparentalidade, o direito à declaração da união estável aos casais homoafetivos, levando-se em consideração que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e a interpretação do art. 1.726 do Código Civil, reconhecendo a união homoafetiva em consonância com os princípios constitucionais.

Reconhecida a família homoparental no âmbito jurisprudencial e na perspectiva civil-constitucional, enfatiza-se como o art. 1º da Carta Fundamental, registrado algures, sendo estabelecido o princípio da dignidade da pessoa humana. O art. 3º, por seu turno, ao versar sobre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, constituiu, entre outros, o direito a liberdade, justiça e solidariedade, redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, consolidando-os como preceitos

indiscutíveis, corroborado integralmente pelos posicionamentos emitidos no julgamento.

Diante desses parâmetros, o STF não poderia olvidar-se de afirmar a constitucionalidade da possibilidade de consagração da entidade familiar homoafetiva pela declaração de união estável, alcançando os reflexos civis deste instituto jurídico. Do contrário, perpetuar-se-ia no mundo jurídico a situação de descriminação e clara violação a direitos e garantias fundamentais dos casais homoparentais, até então, em completa insegurança jurídica.

A união estável então, não se exterioriza como um mero documento declaratório, ela é a garantia viabilizadora da concretização do desejo de constituir família. Juliano Marcondes Paganini (2011, p. 52) enfatiza que a homoafetividade não obsta o interesse pela filiação, do contrário, esta pode ser reforçada pela convivência afetiva. Ele observa ainda que (2011, p. 53):

> O desejo de ter filhos, quer pelas vias tradicionais, quer pelas técnicas de reprodução assistida ou pela adoção, não escolhe raça, cor ou credo, não depende de idade, classe social, orientação sexual ou nível cultural (e é por esta razão que se acentua a relevância do debate sobre a [...] utilização de técnicas de reprodução assistida por casais homossexuais [...].

Firmado o entendimento que é possível a declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, devem ser assegurados os direitos fundamentais e intrínsecos à organização familiar, em igualdade de condições e sem distinção ou preconceito. Em especial, a efetivação do direito ao planejamento familiar, à saúde sexual e reprodutiva, já garantidos à família heterossexual.

Adriana Caldas Maluf (2015, p. 2012) complementa que: “vê-se que a vontade de se reproduzir vem ilustrando as novas modalidades de família, que a seu turno vêm observando um novo rosto com passar do tempo admitindo formas novas até então tida por inconcebidas.”.

Diante da estrutura homopaternal, não há que se discutir que a titularidade do direito ao planejamento familiar, visto tratar-se de família reconhecida conforme interpretação constitucional pelo Supremo. O planejamento familiar é assegurado no art. 226 § 7º, da Constituição Federal e atingirá igualmente todas as formações e agrupamentos caracterizados pelo vínculo afetivo como família.

Para regulamentar esse direito foi editada a Lei nº 9.263 de 1996 que versa sobre o planejamento familiar e dá outras providências.

Analisando-se de antemão o art. 1º do referido dispositivo observar-se-á que este direito será garantido a todo cidadão sem qualquer distinção. Dessa premissa extrai-se que o casal homoparental poderá utilizar-se das disposições normativas previstas no referido instrumento, com o fito de efetivar a pretensão do planejamento.

Seguindo igual sentido, o art. 2º da mesma lei, afirma que deve ser conferido direitos iguais para constituir, limitar, ou aumentar a prole. Novamente, a lei não especifica os titulares do direito, permite-o genericamente.

A lei dispõe ainda que o planejamento familiar integrará conjunto de ações que garantam a mulher, ao homem ou ao casal de modo global e integral à saúde, sendo devida assistência a concepção (art. 3º, *caput* e inciso I, Lei nº 9.263/96). Afirma também que o acesso a informações, meios, métodos e técnicas deve ser igualitário, ou seja, deve ser estendido a todos, indistintamente (art. 4º, Lei nº 9.263/96).

Contiguamente, imputa ao estado o dever, no que lhe couber, de fornecer por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS) condições e recursos que a auxiliem no planejamento familiar (art. 5º). No entanto, permite que instituições privadas e filantrópicas também poderão auxiliar na consecução desse direito., embora seja dever do Estado (art. 6º, Lei nº 9.263/96).

Legisla ainda que para o livre exercício do direito ao planejamento familiar deve ser oferecido todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceito, desde que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (art. 9º, Lei nº 9.263/96).

Cumpre ressaltar que de acordo com análise deste último, limita-se a utilização das técnicas às aceitadas cientificamente e à escolhida pelo planejador, pois não tratam de risco e/ou prejuízos aos envolvidos e ressalva-se a liberdade de escolha, logo não há que se trazer à discussão, dogmas religiosos e críticas sociais.

Destaca ainda que o art. 9º da Lei de Planejamento Familiar itera o dever do Estado, em fornecer esses mecanismos, logo, além dele garantir o direito tem que apresentar meios para concretizá-lo.

Othoniel Pinheiro Neto (2015, p. 60) nessa esfera, secunda:

> [...] que a lei ordinária do planejamento familiar veio mostrar as múltiplas formas de se buscar a satisfação pessoal, com o apoio da Sociedade e do Estado, através de um conjunto de ações de atenção global e integral à saúde de cada membro da família, mostrando assim a ênfase na proteção individual da pessoa humana. O inc. I do art 3° dispõe sobre uma atividade de suma importância para a temática ora debatida, que é o auxílio a casais que querem ter filhos (concepção) por meio de reprodução assistida, com o intuito de estimular e promover o progresso do planejamento familiar por intermédio do Sistema Único de Saúde.

Depreende-se assim que o planejamento familiar e as técnicas e mecanismos garantidos por ocasião dessa legislação específica, como prevê o art. 3º, nada mais é que uma das funções do Estado assistir ao cidadão o acesso integral à saúde, direito humano, fundamental e personalíssimo, em especial à reprodutiva e sexual.

No que tange essa ramificação do direito a saúde, que fundamenta as técnicas de reprodução humana assistida, o Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, elaborado em 1994 afirma que: “a saúde reprodutiva é um completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade [...]”. (§ 7.2). O Relatório do Cairo, ainda no § 7.2, declara que:

> De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis.

Com supedâneo na seara homoparental, os direitos sexuais e reprodutivos coadunam o raciocínio da liberdade e do respeito àquele que proporciona e satisfaz-se sexual e afetivamente com parceiro do mesmo sexo. Ou seja, a privação destes sentimentos configura clara violação a estes direitos.

No mesmo raciocínio, segue a compreensão do planejamento familiar. Em se tratando de direito estendido a todos os cidadãos (art. 1º da Lei 9263/1996), torná-los exclusivos as relações heteroafetivas ou monoparentais só afrontaria diretamente a previsão constitucional e legislativa.

Com base na premissa do planejamento familiar e a saúde sexual e reprodutiva como normas que fundamentam a prática da reprodução humana assistida, Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 63) aponta: “os autores sustentam a plena possibilidade de se exigir do Estado a promoção do acesso ás técnicas de reprodução humana assistida.”.

Inexistente disposição expressa e literal, que configure e garanta tais prerrogativas, em especial, o direito à reprodução assistida ao casal homoparental ou ao indivíduo de orientação homoafetiva, no ordenamento jurídico. Analogamente pode-se utilizar da norma fundamental disposta no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, para estender a interpretação.

Perante esta conjuntura, colige-se que há a liberdade dos casais, e dos indivíduos separadamente, independente de rotulação, decidirem sobre o planejamento familiar de modo autônomo, havendo situações de casais/pessoas que podem, mas não desejam procriar, enquanto que de outro lado há casais/pessoas que desejam dar continuidade a sua herança genética, mas estão impossibilitados, seja pela esterilidade, pela própria natureza da relação, ou ainda pela ausência de uma relação afetiva com outrem.

Essa construção histórica de restringir a RHA apenas aos casais que estejam impossibilitados de engravidar em razão de infertilidade ou esterilidade é um reflexo social das famílias tradicionais e da própria imposição tácita de pressionar os casais hétero a procriarem.

Contudo, faz-se necessário que essas tecnologias sejam estendidas aos casais que, encontrem-se impossibilitados de gerar descendentes por meios naturais, como é o caso dos que vivem em parentalidade igualitária, visto que a reprodução artificial é mecanismo para assegurar alguns direitos fundamentais às famílias, e estas entidades homoparentais são assim compreendidas, mediante o entendimento do STF. Entretanto, a concretização dessas ideologias indistintamente está distante da realidade pós-moderna e é indispensável dissociar-se do conceito tradicional de composição familiar, ainda emitido socialmente, quando das possibilidades de aplicar-se a RHA.

Seguindo a jurisprudência do STF, a própria resolução 2.121/2015 do CFM, não obstou em momento algum a utilização das técnicas de RA, por casais homoparentais, como prevê a seção II, item 2: “É 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 filiação que antigamente só era reconhecida no âmbito biológico e matrimonial, hoje é determinada tanto pela verdade biológica, quanto pela verdade sócioafetiva. Somente um critério de definição de filiação seria, por óbvio, excludente, tendo em vista que, em alguns casos não há o vínculo consanguíneo, mas existe a dinâmica familiar e a afeição entre pais e filhos, a recíproca faz-se verdadeira.

Logo, depreende-se que ambos, ou um dos condicionantes serão capazes de determinar a filiação sendo necessário que o desejo de paternidade ou maternidade se sobressaia em situações de coalisão, de modo a satisfazer os interesses da criança da melhor forma possível.

Da relação jurídica caracterizada pela homoparentalidade de igualdade masculina que, intentando a concretização do seu projeto parental, utiliza-se da reprodução humana assistida, através de fertilização *in vitro* e posterior inseminação artificial em útero de substituição com auxílio de clínica a de profissionais competentes, associado ao reconhecimento e caracterização da unidade familiar homopaternal na perspectiva civil-constitucional. Faz-se necessário analisar os direitos de cunho personalíssimo e patrimonial consectários dos efeitos civis e reflexos jurídicos, objetivando garantir proteção integral ao bebê *surrogate.*

4.1.1 Os direitos da personalidade

Em momento oportuno, os direitos personalíssimos foram elucidados, relevante é, portanto, observar que mediante o disposto no art. 2º do CC/2002 a salvaguarda de direitos ao nascituro, independente de extra ou intracorpórea configura efetiva proteção ao bebê *surrogate,* seja na pré-implantação na condução da fertilização, seja na inseminação e durante a gestação sub-rogada.

Direitos eventualmente conferidos ao nascituro em condições naturais de fertilização *in vivo*, como alimentos gravídicos, tanto quanto os legalmente assegurados, como inviolabilidade do feto, integridade física, direito à vida, intimidade, identidade e outros, serão inegavelmente, conferido em mesma proporção ao fertilizado *in vitro.*

Por ocasião do nascimento e a consequente entrega aos pais, o bebê *surrogate* terá direito ao nome, que no contexto da união homoafetiva, constar-se-á do registro público de nascimento o nome de ambos os pais. Nesse sentido José Hiran da Silva Gallo e Giselle Crosara Lettieri Gracindo (2016, p. 254) afiançam:

> Antes mesmo de se considerar para os pais, de qualquer natureza ou classificação, o direito de registrar seus filhos, o direito de origem, nome, nacionalidade, identidade, registro civil, filiação e igualdade é inerente a toda criança, inadmitida qualquer forma de discriminação. Também é seu direito gozar de proteção especial para seu desenvolvimento completo, com acesso às condições de liberdade e dignidade.

Logo, depreende-se a inadmissibilidade de restrição ou limitação de quaisquer direitos ao bebê *surrogate*, o direito ao nome, em especial, ao sobrenome dos pais, é de titularidade da criança, por tanto, não pode ser condicionado à vontade dos pais, ou mesmo ao preconceito social, configurando clara violação aos direitos personalíssimos e fundamentais.

Após o reconhecimento jurisprudencial da união homoafetiva como entidade familiar, as técnicas reprodutivas heterólogas e pela Resolução nº 2.121/2015 abarcar a possibilidade de o casal homoparental valer-se das técnicas de Reprodução Humana Assistida, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou em 14 de março de 2016 o Provimento nº 52 que prevê em seu art. 1º:

> O assento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro “A”, independente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento.
> § 1º. Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art. 2º, § 1º, inciso III deste Provimento4.
> § 2º. Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Mediante esta instrução normativa é assegurado à criança no seio de família homoparental masculina, a referência aos dois pais na certidão de

[4] Termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

nascimento, registro civil público que fundamentará os demais documentos pessoais obtidos ao longo da vida, como Cédula de Identidade, Cadastro de Pessoas Físicas, Título Eleitoral, Carteira de Trabalho, Carteira Nacional de Habilitação e qualquer outro registro, sem quaisquer distinções ou preconceitos.

Assevera ainda esta norma, que será vedado aos Oficiais Registrados a recusa ao registro de nascimento, devendo realizá-lo independente de convicções pessoais, pois prestam serviço público e por estarem incumbidos de função estatal não podem preterir direitos individuais. (Art. 3º, Provimento nº 52/2016 CNJ).

No tocante à gestante em sub-rogação será defeso integrar o polo parental, visto que não há quaisquer vínculos afetivos ou biológicos, reiterando este separação contratual, preleciona o art. 2º que não deverá constar na Declaração de Nascido Vivo (DNV) o nome da parturiente.

Outro direito personalíssimo do bebê *surrogate* posto em questão, é o direito ao conhecimento da ascendência biológica, da identidade genética, face ao caráter anônimo da doação do material genético feminino (seção IV, item 3 – Res. 2121/2015, CFM).

Há a coalisão entre direitos personalíssimos nesta área, pois de um lado, tem-se a garantia de anonimato do doador e de outro é assegurado a identidade genética, assim, deve-se analisar cada caso concreto por auxílio do judiciário, visto que assim como as outras coalisões, não há como se definir um padrão, sem afetar e violar diretamente o direito de um dos lados.

Embora existam outros direitos dessa categoria consagrados ao bebê *surrogate*, restringe-se à análise dos anteriores tendo em vista as controvérsias e problemáticas que circundam os mesmos.

4.1.2 O contrato de gestação e suas facetas

A gestação em substituição se caracteriza, já explicitado, como sendo a inserção de uma terceira pessoa, diferente daquela que fornece o material genético, no projeto parental para auxiliar no processo de reprodução.

Para os casais homopaternais, é imprescindível a utilização do contrato de substituição, pois, havendo a doação do óvulo e a colheita dos gametas masculino do casal, só é possível dar continuidade à reprodução por intermédio de um útero emprestado.

Há discussões jurídicas e filosóficas sobre a disposição do corpo no empréstimo do útero ser ou não, um objeto ilícito, mas como apresenta Otávio Marambaia dos Santos (2010, p. s364): “Não se pode falar em diminuição da dignidade feminina na gravidez de substituição quando a mulher que oferecerá seu útero tem respeitado a sua autonomia e autodeterminação e ela as exerce em sua plenitude.”.

Quanto a divergência doutrinária no tocante ao objeto da relação contratual ser o bebê *surrogate,* ou seja, um embrião humano, já foi esclarecido que, corretamente, deve-se perfilhar como objeto a finalidade de obter e conceber um filho próprio, assim, o conceito contratual pode estender-se à esta relação já materializada na sociedade atual, tutelando-a nos moldes do referido instituto.

Da perspectiva civil, o contrato de sub-rogação de útero é atípico, mas deve-se moldar aos preceitos genéricos aplicáveis aos demais contratos cíveis (art. 425, CC/02). Logo, a liberdade contratual será limitada pela função social do contrato (art. 421, CC/02), nesse caso, a concretização do projeto parental de conceber filho biológico do casal, valendo-se dos princípios de probidade e boa-fé na elaboração do instrumento, assim como na execução do negócio jurídico.

O contrato faz lei entre as partes, *pacta sunt servanda*, mas não é absoluto, cabendo a relativização em face de violações explícitas dos direitos incorporados ao instrumento.

Além das disposições genéricas aplicáveis ao contrato de sub-rogação de útero do direito contratual, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015 traz importantes dispositivos necessários à celebração do contrato médico na seção VII, sobre a gestação de substituição em especial, no caso de união homoafetiva.

De acordo com a referida norma de deontologia médica, as doadoras devem pertencer à família de um dos parceiros até em 4º grau de parentesco consanguíneo, excepcionalmente poderá admitir outras doadoras mediante aprovação do Conselho Regional de Medicina e ela não pode, em nenhuma hipótese, ter caráter lucrativo ou comercial.

A despeito da não onerosidade, Juliano Marcondes Paganini (2011, p. 236-237) observa que: “a gestação por substituição é relação jurídica bilateral firmada pelas partes por meio de contrato, com previsão dos direitos e deveres a que ficam adstritas as partes, sobretudo a mãe portadora.”.

Impende destacar que para realização do procedimento será necessário a elaboração do termo de consentimento livre e esclarecido informado, assinado pelos pais e pela gestante sub-rogada, que deverá contemplar os riscos, os aspectos relacionados à filiação e os aspectos biopsicossociais; um relatório médico com o perfil psicológico dos envolvidos; termo de compromisso delimitando a questão da filiação (documento utilizado para confecção da DNV e registrar em cartório a certidão de nascimento); termo de garantia dos pais para fornecer tratamento e acompanhamento médico até o puerpério; termo de garantia do registro civil e aprovação do cônjuge caso a doadora seja casada ou conviva em união estável. (Res. 2.121/15 – CFM).

Logo, depreende-se que estes pontos devem ser levados em conta para elaborar uma parceria de gestação sub-rogada, por meio de instrumento contratual, esclarecendo todos os pontos necessários e controversos, para garantir a segurança jurídica da relação, a proteção dos direitos do nascituro, a concretização do projeto homopaternal, o respeito aos direitos da doadora e a execução judicial, de possíveis inadimplementos.

4.1.3 O alcance do direito de família

A previsão constante do art. 226 afirma que a família é a base da sociedade e que o Estado deverá proteger a unidade familiar, que poderá ser constituída pelo casamento ou união estável entre homem e mulher, ou ainda, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, esse conceito afastou a rigidez matrimonial antes imposta, mas imprimiu as características da época (1986-1988) em que foi elaborada e acabou por excluir algumas relações familiares.

Nas últimas décadas (1986–2017) a estrutura familiar vem se modificando juntamente com as posturas de comportamento e aceitação de relacionamentos fora do padrão de conceito tradicional da família nuclear, hierárquica, patriarcal (art. 233 c/c 380 – CC/1916), heterossexual e conservadora.

Esse padrão era seguido pelo Código Civil Brasileiro de 1996 que só reconhecia como instituição familiar àquela constituída através do casamento civil. Além disso, no capítulo condizente ao Direito de Família, este Código Civil qualificava como cônjuges apenas o homem e a mulher unidos matrimonialmente, não se admitindo união estável ou outros tipos de organização dos conviventes.

Por força dos princípios basilares e do disposto no art. 226, § 6º, da Constituição de 88, dirimiu-se qualquer distinção entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, sendo garantidos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Por intermédio do processo de constitucionalização do direito privado, muitas foram as mudanças no projeto de Código Civil, em especial, ao direito de família.

Resplandecendo a eficácia horizontal irradiante da Carta Magna, o direito privado adequou-se, através da edição do Código Civil de 2002, ao estabelecer que não há qualquer distinção entre os filhos havidos ou não na constância do casamento, seja quanto ao caráter personalíssimo, afetivo, de tratamento e/ou patrimonial. Durante todo o diploma civilista emprega-se o termo filhos, sem quaisquer especificações, para designar a filiação, seja ela, biológica, afetiva ou adotiva.

Diante desta postura e do, já consagrado anteriormente, reconhecimento da união homoparental como unidade familiar, é interessante destacar que os pais terão igualmente os direitos e deveres dos filhos, bem como o direito à guarda compartilhada preconizada na segunda parte do art. 1583 do CC/02, sendo fundamentada pela concessão do poder familiar dos filhos comuns à ambos, nos moldes dos artigos seguintes do mesmo dispositivo.

Elucida-se que, embora o filho só detenha o patrimônio genético de um dos pais, este será filho dos dois, inclusive caso haja separação antes do nascimento ou depois dele, pois os instrumentos necessários à realização da reprodução assistida heteróloga pela técnica FIVETE e gestação substitutiva, inclui os dois no projeto e portanto ambos serão os pais da criança.

Não pode ser negado à nenhum dos ex-conviventes o direito de filiação e muito menos à criança, o não reconhecimento pela escusa de um de seus pais, seja por base afetiva, personalíssima ou patrimonial

Ressalta-se ainda que, embora a criança tenha direito ao reconhecimento à identidade biológica quando da concepção com doação do oócito, este direito não é extensivo ao reconhecimento de vínculo familiar, visto que o anonimato da doadora, expressa a sua vontade de não integrar a família e neste momento, há a superação da coalisão de direitos personalíssimos já é satisfeita, pois o direito à identidade sobressai-se face ao anonimato, mas não repercute pecuniariamente.

4.1.4 Os reflexos no direito sucessório

Importa dizer que por ocasião do Código Civil de 1996 os filhos eram distinguidos entre legítimos, legitimados ou ilegítimos, esta classificação repercutia diretamente no direito sucessório, uma vez que eram conferidas prerrogativas distintas entre eles.

Os legítimos eram aqueles concebidos na constância do casamento, nos moldes do art. 337, do CC/1916. Os legitimados em se tratando dos direitos eram equiparados aos primeiros, e, eram assim classificados quando os pais casavam-se após concepção ou nascimento do filho, arts. 352 e 353 do mesmo dispositivo, legitimando a filiação. Os últimos, entretanto, para serem reconhecidos como filhos e serem tutelados por alguns direitos dos outros, era necessário que os pais expressamente declarassem a filiação nos ditames do Capítulo IV, Título IV, do Código Civil anteriormente vigente.

Tendo em vista, conforme registro anterior, a Constituição Federal e o Código Civil vigentes, não fazem qualquer distinção entre filho biológico, afetivo ou adotado.

Neste sentido, o bebê *surrogate,* proveniente de reprodução humana assistida heteróloga no seio de família homoparental de igualdade masculina, será considerado como filho sem qualquer distinção dos demais. A reprodução artificial, não descaracteriza em nada a qualidade da filiação, assim como, o fator do bebê *surrogate* só possuir material genético de um dos conviventes, não afasta dele o direito a perceber herança e ser sucessor de ambos, principalmente por já ser assegurado o direito ao nome dos dois pais no assentamento civil.

Logo, como preceitua o art. 1798 do CC/02: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Assim, ainda que o falecimento ocorra antes do nascimento, o bebê *surrogate*, nascido vivo, perceberá os reflexos do seu direito sucessório.

Contrariamente, mediante previsão normativa, do art. 2º. § 4º do Provimento nº 52 do CNJ, o direito ao “conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assista.”.

Deste dispositivo extrai-se que, ainda que o bebê *surrogate,* concebido por reprodução heteróloga, procure a identidade da mulher que doou o material genético, para conhecer de sua ascendência biológica, a declaração de vínculo biológico, não implicará consequentemente em reconhecimento de maternidade e, por tanto, não terá os mesmos efeitos desta. Logo, não será inserida no rol de herdeiros da doadora anônima de material genético, a criança proveniente da doação, assim como esta criança não será tutelar de direitos sucessórios da sua doadora biológica.

Observados os fundamentos jurídicos e os reflexos civis que a reprodução humana assistida heteróloga em famílias homoafetivas afeta e repercute na proteção à criança *surrogate,* é interessante compreender como as questões acima são tratadas em outros ordenamentos, para então, levantar a necessidade de tutelar o instituto.

4.2 O PRISMA DO DIREITO ALIENÍGENA

Em face da ausência de instrumento normativo para instruir e limitar a utilização das tecnologias de Reprodução Humana Assistida, não se pode olvidar da análise de instrumentos existentes atualmente no panorama internacional, observando-se os de maior relevância e coerência com o ordenamento pátrio, de modo que o levantamento de informações das normas de direito alienígena não destoe completamente com os direitos e princípios já consolidados na dinâmica brasileira.

Partindo da amplitude dos Direitos Humanos no conglomerado de direito internacional, cumpre mencionar que eventos internacionais, como a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a IV Conferência Mundial sobre a mulher em Pequim no ano de 1995, objetivando expandir os direitos sexuais e reprodutivos, na ótica da construção e planejamento familiar, abre um espaço de discussões sobre como a internalização desses direitos deve ser feita.

Corroborando com este ponto, Othoniel Pinheiro Neto (2012, p. 24) aduz que as Conferências do Cairo e de Pequim trataram dos conceitos de saúde reprodutiva e direitos reprodutivos com ênfase na liberdade e capacidade de procriação e, que, embora estas convenções não se encontrem nos moldes da Convenção de Viena no tocante a exigibilidade, a pressão externa e o

constrangimento político são consequências do descumprimento das instruções e conceitos aceitos pelos signatários.

Outro momento de significativa importância ocorreu na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina em 1997, também nomeada como a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética Genética, elaborada em Manzanillo, em 1996 e revisada em Buenos Aires em 1998. (GUERRA, 2015, p. 218).

Na mesma conjuntura foi elaborada a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, em 2005. (GUERRA, 2015, p. 220).

É importante salientar que o Brasil, por intermédio de sua Carta Magna assegura os direitos à saúde reprodutiva, à saúde sexual, ao planejamento familiar, à todas as formas de família e aos filhos, sem qualquer distinção de tratamento moral ou legal, mas, duas décadas (1996-2017) depois dessas convenções, o Brasil, embora signatário, não se preocupou em consolidar esses direitos e instrumentalizá-los.

Hão de ser observados, portanto, os parâmetros elencados pelo direito de outros Estados, para servir de referência, interpretação, compreensão e, principalmente, para determinar a real necessidade de preencher-se a lacuna normativa.

É oportuno consignar que muitos são os institutos elencados no decurso desta pesquisa para fundamentar a abordagem principal, quais sejam, a reprodução humana assistida, a técnica FIVETE de reprodução, a reprodução heteróloga, a gestação em substituição e concepção do bebê surrogate, com o desígnio de integrar a entidade familiar homoparental de igualdade masculina.

Insta esclarecer que, faz-se indispensável relatar que as legislações alienígenas não abordam especificamente todas essas questões, as leis exsurgem no contexto social, podendo omitir-se, condenar ou estimular certas condutas, mas pondera-se acerca dessas normas objetivando o referencial interpretativo. Outrossim, a observação da experiência estrangeira ao lidar com os institutos em comento contribui para o referencial teórico.

Explica Julio Siqueira (2013) que o direito comparado é uma metodologia interpretativa utilizada no estudo de algum instituto jurídico de modo a compreendê-lo, bem como a coercibilidade e obrigatoriedade deste direito estrangeiro na atuação

dentro de sua área territorial, em contraponto com o direito nacional também dentro de seu espaço territorial, com vistas a tornar o direito pátrio também eficaz.

Contundente apresentar que pela coleta dos dados divulgados pela publicação do relatório organizado pela *International Federation Fertility Societes* (IFFS), em outubro de 2013, a maior parte dos países, quarenta e sete dos sessenta países que tiveram seus dados estudados[5], possuem uma legislação e/ou diretrizes e instrumentos que regulem a criopreservação de embriões. Embora em alguns casos a legislação seja atinente exclusivamente a essa matéria, como é o caso da Lei de Biossegurança brasileira, Lei nº 11.105/2005 e a Resolução do CFM nº 2.121/2015[6], já pode ser observado a tendência mundial em moldar os padrões de tecnologias reprodutivas a determinadas instruções legais.

A análise da pesquisa realizada pela IFFS observa que 216 indivíduos foram convidados a participar da pesquisa, receberam 73 respostas que representavam o total de 60 países, destes, somente 59 foram levados em considerações em razão das suas informações prestadas acerca dos números de centros onde há fertilização *in vitro* (FIVETE). A pesquisa com a margem de 60 Unidades Federativas demonstrou que houve um aumento no número total das unidades de FIVETE, comparando-se com o levantamento apresentado pelo relatório de 2010.[7]

Das informações constantes da Tabela 2.1 e de sua análise presentes no Relatório, os números podem ser assim traduzidos: 31% dos países pesquisados usam apenas legislação, 21% usam apenas diretrizes e 37% usam ambos, enquanto que apenas 9% não dispõem de qualquer regulação.

---

[5] Texto original: *"There were 73 respondents from 60 countries that contributed reliable data to this survey. Of these, 31% used only legislation to regulate ART, 21% used only guidelines to regulate ART, 37% used both legislation and guidelines, and 9% had neither regulations nor guidelines."*.

[6] Na época em que o relatório foi elaborado, a Resolução vigente do CFM era a de nº 1.957/2010 e esta já tratava da criopreservação de embriões. Esta resolução foi revogada pela nº 2.013/2013, que atualmente encontra-se também revogada pela nº 2.121/2015.

[7] Texto original: "*The 2013 Surveillance survey was initiated in the fall of 2012, and invitations to participate were sent to 216 individuals. Ultimately, 73 responses representing expert-informed data from 60 countries, of which 59 provided information about the number of centers, were received and deemed sufficient for analysis (Table 1.1). In 2010, representatives from 104 countries provided data regarding the number of IVF units in their respective countries. One representative new to the survey provided data on Kazakhstan for the 2013 survey, and 45 previous participants did not. Despite the absence of data from the previous 45 participants, the survey notes that based only on participants from 60 countries, there is an increase in the total number of IVF centers, with most participants noting a modest increase in their total when compared to their 2010 tally. For the most part, the same respondents have provided the data in both survey years (2010 and 2013), and the changes noted may reflect genuine trends".*

Diante das informações supra-aludidas, convém observar essas legislações, tendo em vista que a Lei de Biossegurança não abarca a reprodução humana assistida em sua totalidade e o que o Conselho Federal de Medicina não tem legitimidade para legislar, logo, as Resoluções emitidas por este órgão não tem força cogente, só servem como parâmetro para a conduta médica em si. Ficando o os sujeitos vulneráveis, a lacuna permanece.

Iniciando pelos países Europeus, podemos observar diversas posturas adotadas. Em 1989 o Parlamento Europeu emitiu uma Resolução sobre a heterofecundação *in vivo* e *in vitro* e afirmou que: "Considera que a fecundação heteróloga intracorpórea ou *in vitro* não é desejável; o mesmo se aplicará à doação de sémen e de óvulos, bem como à sua crioconservação". Essa disposição coaduna o entendimento também levantado pela mesma Resolução que deve haver a coincidência da paternidade e da maternidade biológica, afetiva e legal, pois é de suma importância no período gestacional.

Contribui Adriana Caldas Maluf (2015, p. 233): "A Resolução do Parlamento Europeu de 16-3-1989, nº 11, pune e rejeita toda e qualquer forma de maternidade de substituição [...].".

Dentro do continente europeu, apresenta Janice Souza (2006, p. 16) que: "A Alemanha nega qualquer possibilidade à maternidade-de-substituição (*sic*), invocando a dignidade humana e o rompimento do vinculo biológico e psíquico entre a mãe gestante e o filho concebido".

O item 1.7 do, § 1 da Embryo Protection Act – EschG, Lei de Proteção de Embriões da Alemanha afirma que será penalmente punido com pena de até três anos ou multa, a mãe de aluguel. [8] Logo, entende-se que todos os contratos de à gestação sub-rogada são nulos, responsabilizando inclusive o médico. Caso nasça a criança oriunda da maternidade sub-rogada a mãe será sempre a que deu à luz.

Arthur Magno e Silva Guerra (2015, p. 226-227) corrobora com esses esclarecimentos e expõe que, embora esta lei traga importantes avanços no tocante ao embrião humano, a grande falha deste, é deixar de lado as questões de natureza civil, como a paternidade homóloga, heteróloga, social, o direito de família e de sucessões.

[8] Texto original: *"(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer: 7. es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.".*

Acerca da reprodução humana assistida, a compilação de instrumentos normativos alemães, inclusive o Código Civil Alemão (BGB), segue um posicionamento bem rigoroso e limita bem as hipóteses reprodutivas. Juliano Marcondes Paganini (2011, p. 140), resume:

> Atualmente, vige legislação dispondo expressamente sobre a reprodução assistida, a qual prevê, em suma: a vinculação da inseminação homóloga à indicação médica; admissão da fertilização in vitro apenas na modalidade homóloga; [...] restrição da inseminação heteróloga aos casados (excluindo-se os companheiros), quando constatada irreversível infertilidade masculina, exigindo-se mediante consentimento expresso realizado perante notário após prévio estudo psicossocial, que exclui posterior contestação da paternidade; restrição à utilização do esperma do doador à apenas uma inseminação bem sucedida (vedando-se sua utilização por outros casais); [...] proibição à doação de óvulos fecundados ou embriões, assim como à fecundação destinada à doação; vedação à maternidade de substituição, corroborada pelo BGB – que institui a maternidade plena da mulher que deu a luz à criança (§ 1.591) [...].

Pode-se compreender que, embora a legislação alemã seja bem restritiva e limite muitas situações reprodutivas, ela versa amplamente sobre as técnicas de reprodução medicamente assistida, não deixando espaço para lacuna ser superior às necessidades.

No mesmo meio geopolítico, a Suécia foi o primeiro país a criar um instrumento legislativo específico para abordar a temática da reprodução humana assistida, a primeira tentativa ocorreu em 1953, mas só obteve sucesso com a publicação do projeto de lei da Comissão Sobre Inseminações, a Lei Sueca de 1985. Juliano Marcondes Paganini (2011, p. 140) elucida que a lei prevê, entre outros, os seguintes dispositivos:

> Restrição das técnicas aos casais (casados ou conviventes em união estável), vedada sua utilização por mulheres solteiras, viúvas ou lésbicas; [...] restrição da fertilização in vitro à modalidade homóloga; vedação ao uso de esperma ou óvulos de terceiros; permissão da gestação por substituição apenas em não havendo remuneração, desde que o filho seja adotado pela família solicitante; proibição, sob pena de prisão, da comercialização de esperma ou realização das técnicas com finalidade lucrativas.

Com postura idêntica, a Espanha, também pioneira na atuação legiferante, por intermédio da Lei nº 35 de 1998 declarou a nulidade dos contratos de gestação, independente de onerosidade, sendo a mãe àquela que deu à luz, mas irá permitir a doação altruísta de células germinativas, diferentemente dos anteriores. (MALUF, 2015, p. 232).

Publicou no mesmo ano a Lei nº 42/88 que versou sobre a doação e utilização de embriões e fetos humanos ou de suas células, tecidos e órgãos, apresentando um conteúdo essencialmente de cunho administrativo ou patrimonial, tutelando os problemas de intervenção no embrião e sua natureza jurídica. Cumpre destacar há divergência no entendimento dos tribunais superiores espanhóis acerca da titularidade de direitos do embrião. (GUERRA, 2015, p. 227-228).

A Itália por sua vez, era silente até o início do século XXI em termos legislativos. Com o advento da Lei nº 40 de 2004 ela passou a estabelecer normas face a reprodução medicamente assistida (GUERRA, 2015, p. 230).

Juliano Marcondes Paganini (2011, p. 140) informa:

> Por esta iniciativa legal, funcionaliza-se a reprodução assistida pela solução de problemas de esterilidade e infertilidade; [...] veda-se qualquer técnica de reprodução heteróloga (art. 4º, co. 3); restringe-se o acesso apenas aos casais (unidos por matrimônio ou união estável, desde que conviventes) heterossexuais, cujos membros estejam entre a maioridade e o fim do período de idade potencialmente fértil (art. 5º); [...] reconhece-se o status de filho legítimo ao concebido na reprodução assistida (art. 8º, co. 1º); [...] estabelece-se uma série de sanções, de índole penal, para o descumprimento de suas diretrizes (art. 12), destacando-se a pena de reclusão de três meses a dois anos, e pagamento e multa variável entre seiscentos mil a um milhão de euros para que realizar, organizar ou tornar pública a comercialização de gametas ou embriões ou a maternidade por substituição (co. 6º) [...].

Com base nessas informações, deduz-se que a Itália segue o padrão europeu de proibir diversas condutas, inclusive sancionando penalmente o descumprimento destas, de modo a garantir a integridade de seus sistemas.

A França no que lhe diz respeito traz reflexões contemporâneas de grande vulto para a referente pesquisa, bem como foge aos posicionamentos tradicionais ao adotar a coparentalidade como alternativa para os limites e restrições do uso da RHA às famílias homoparentais, esta poderá ocorrer de três formas, Flávio Luiz Tarnovski (2013, p. 70-71) expõe:

> Assim, podemos ter situações em que um casal de homens decide ter uma criança com um casal de mulheres, um casal de mulheres com um homem solteiro (que pode se apresentar como homossexual ou heterossexual) ou ainda um casal de homens com uma mulher solteira (que também pode se apresentar como homossexual ou heterossexual).

Nas situações figuradas acima nem sempre haverá a utilização das TRHA, mas estas poderão sim estar presentes, uma vez que a legislação francesa não as restringe à união matrimonial. De outra sorte, este país também, com seus instrumentos normativos, inviabiliza que as técnicas sejam utilizadas, em especial no caso de reprodução heteróloga. Assim, a coparentalidade desponta no cenário como uma forma da família homoparental conceber seus descendentes. Neste sentido, Flávio Luiz Tarnovski (2013, p. 70-71) acresce:

> Na França, a coparentalidade se tornou o meio mais comum de acesso à parentalidade para homens gays. Considerando-se que a adoção por indivíduos solteiros, embora prevista na lei, é de difícil concretização em função dos obstáculos interpostos pelas administrações quando há suspeição de que o candidato é homossexual, e que o acesso à maternidade de substituição é ilegal na França e de alto custo se realizado no exterior, a coparentalidade surge como a alternativa mais promissora para a satisfação do desejo de terem filhos. A lei, nesses casos, não lhes impõe qualquer restrição, visto que se enquadram na situação de casais fecundos em união livre. Dito de outro modo, através da coparentalidade, não precisam pedir autorização para serem pais nem encontram barreiras para o reconhecimento da filiação.

Percebe-se, da supracitação, que o Direito francês inviabiliza a propagação das TRHA em famílias homoparentais, embora já as reconheça como entidade familiar pelos vínculos de afetividade. Pode-se concluir que essa alternativa, embora satisfaça os interesses, também não possui qualquer respaldo legal, o que pode acarretar prejuízo tanto para as crianças quanto para os coparentes. Flávio Luiz Tarnovski (2013, p. 70-71) ainda ratifica: “no caso específico das coparentalidades entre gays e lésbicas, são os homens que se queixam de desigualdades associadas ao gênero”. Isso é plenamente evidenciado pelo direito Francês atribuir maior capacidade de tutela à mãe.

Quanto às disposições legislativas emitidas pelas Leis nº 94-653 e 94-654 de 1994, especificamente no tocante a matéria de reprodução humana assistida no Direito francês, Juliano Marcondes Paganini (2011, p. 145-147) examina que:

> [...] a procriação passou a ser classificada em charnelle (carnal), quando efetivada elas vias ordinárias, e artificielle, para compreender a procriação viabilizada pelas técnicas de reprodução assistida. A Lei 94-654 imprimiu alterações ao Código de Saúde Pública, no sentido de reconhecer, aos casais, o direito à assistência reprodutiva [...] a inseminação homóloga prevalece sobre a heteróloga, apenas se admitindo a segunda quando esgotados todos os meios de realização da primeira modalidade; é necessária autorização judicial para transferência de embriões doados [...] impõe-se o anonimato recíproco, e, por consequência, a escolha do doador; a paternidade jurídica se estabelece em favor do casal que aderiu à técnica, sendo vedada a investigação ou o estabelecimento de vínculos em relação ao doador; a FIVETE com doação de óvulos é disciplinada de modo semelhante ao da inseminação heteróloga [...] a maternidade é determinada pelo parto e a gestação por substituição é vedada, cominando-se nulidade a qualquer convenção que disponha neste sentido.

Fica claro da análise legislativa que a França apresenta pequenas, porém significativas, inovações frente aos seus irmãos continentais. Já admitindo a fertilização *in vitro* e, excepcionalmente, a reprodução heteróloga.

O maior influenciador e a base da legislação brasileira durante a histórica construção normativa, Portugal, ainda guarda estreitas semelhanças em alguns institutos jurídicos com sua antiga colônia. Atualmente, no que toca a RHA, este país detém uma legislação específica, a Lei nº 32/2006. Este instrumento normativo estabelece alguns princípios e instruções. Destaca-se a vedação a discriminação, o uso das TRHA de modo subsidiário apenas, a restrição a heterossexuais, casados ou em união com estabilidade de dois anos, com capacidade etária e psicológica. Proíbe-se ainda a gestação por substituição, gratuita ou onerosa, cabendo inclusive responsabilização penal para os casos em que há onerosidade, possibilidade de doação de gametas e de utilizar-se subsidiariamente da reprodução heteróloga. (PAGANINI, 2011, p. 139-140).

Além da legislação específica supramencionada, a Constituição Portuguesa observa em seu art. 26 que será reconhecido a todos à reserva da intimidade da vida familiar e a proteção legal contra qualquer forma de discriminação, assegura ainda que: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a

identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”.

Não bastasse o Código Civil português também prevê a determinação da maternidade em seu art. 1.796, segundo este dispositivo mãe é aquela que deu à luz ao nascido vivo e será nulo o contrato de gestação. Entretanto, o próprio instrumento legal prevê a possibilidade da mãe portadora entregar o filho em adoção ao casal detentor do patrimônio biológico, um mês após o parto. (MALUF, 2015, p. 233).

Diferentemente da organização estrutural das leis brasileiras, o Reino Unido, os Estados Unidos e o Canadá, utilizam-se do sistema de *common law*, este é baseado na utilização de precedentes jurisprudenciais para nortear muitas das relações jurídicas existentes nesses países, principalmente no que diz respeito aos aspectos da vida civil.

A Inglaterra tem diversos estatutos que norteiam o Direito de Família, destacando-se entre esses instrumentos que há a permissão da inseminação homóloga e heteróloga, das técnicas de fertilização *in vitro,* é proibido a gestação sub-rogada se onerosa, entretanto a maternidade é, assim como no Direito português, da parturiente, mas esta pode destinar o filho à adoção dos pais biológicos. (PAGANINI, 2011, p. 148).

Contudo, merece destaque o *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008, pois levantou dois pontos de crucial importância para o objeto desta pesquisa, e inovadores na perspectiva europeia. Quais sejam, a inclusão dos casais homoparentais como titulares legítimos das TRHA, bem como o princípio do melhor interesse da criança, para determinar a filiação, independente de vínculo biológico ou gestacional. Atesta Juliano Marcondes Paganini, (2011, p. 148) que este ato possibilitou a:

> [...] inclusão dos casais homossexuais como destinatários das técnicas de reprodução assistida (por doação de esperma, óvulos ou embriões), inclusive com atribuição de paternidade; recolhimento de taxa destinada a assegurar o bem-estar da criança concebida por reprodução assistida; substituição da expressão *“the need for a father”* (necessidade de um pai) pela expressão *“the need for supportive parenting”* (necessidade de paternidade que lhe conceda apoio, o que reflete o princípio da responsabilidade paternal) [...] O princípio do melhor interesse da criança é parâmetro vinculante no direito britânico, com aptidão a determinar o parentesco – ou no mínimo, a responsabilidade parental em favor daqueles que melhor o

> promoverão, mesmo em não sendo estritamente observada a verdade biológica.

Esse entendimento britânico é revolucionário face aos dispositivos anteriormente estudados e, embora trata-se de país com organização jurídica diferente da brasileira, o que prevalece aqui é uma instrução normativa e não um precedente jurisprudencial, permitindo que a mesma seja usada como referência na criação de legislação específica no ordenamento pátrio.

Nos Estados Unidos, que possui a forma confederada e cada estado tem autonomia para disciplinar suas questões jurídicas, não há um posicionamento unificado acerca da matéria. Adriana Caldas Maluf (2015, p. 232), exemplifica:

> A maioria dos estados americanos entende ser a mãe a mulher que deu à luz; em apenas alguns casos vem considerando válido o contrato de gestação atribuindo à mãe biológica a maternidade, como nos estados de Arkansas e Nevada. Entende-se ainda em sua maioria como sendo nulo e não executável [...] criminalizando ainda quando da presença do elemento pecuniário [...].

Diante do panorama de posicionamentos divergentes, até mesmo em extremos opostos, Juliano Marcondes Paganini, (2011, p. 149-150) complementa que:

> [...] os Estados Unidos da América são o país onde se encontra a maior diversidade de respostas jurídicas às inquietações do campo da família e, por consequência, da reprodução assistida. Esta diversidade é composta por alguns ordenamentos locais dotados de plena liberalidade – nos quais se permite o aborto, o aluguel de útero, a reprodução assistida por pessoais solteiras, o comércio de genes e embriões, inclusive sob a forma de leilão – e por outros onde se impõem severas restrições a estas questões. Apesar da pulverização da disciplina normativa, é possível identificar-se algumas diretrizes fundamentais do Direito de Família Estadunidense: a cultura jurídica deste país é determinada por uma constante ponderação entre interesses do Estado, autonomia familiar e interesses individuais de cada membro da família, o que aloca o exercício de alguns direitos relacionados à família (casamento, procriação, educação dos filhos) na esfera de autonomia dos particulares, o que obstaria a ingerência estatal.

Logo, não há muito que se ater aos precedentes estadunidenses, pois embora uns apresentem significativo avanço, não se encontra consolidado e difícil é alocá-lo como parâmetro referencial para outros países.

Tatiana Henriques Leite e Rodrigo Arruda de Holanda Henriques (2014, p. 35) em produção científica, realizaram um levantamento[9] acerca das leis específicas de nove países em matéria de reprodução assistida, o critério adotado pela diversidade dos países teve o intuito de demonstrar como a estrutura econômica, social, cultural e religiosa influencia na produção científica e normativa. Os países do estudo dividem-se naqueles que são governados por leis não específicas, ou seja, o Brasil, China, Egito e Índia, e naqueles com legislação específica, quais sejam, Dinamarca, Israel, Itália, África do Sul e Espanha.

Extrai-se da Tabela 1[10], que reúne as informações do primeiro grupo, os dados mais relevantes. O Brasil e a Índia convergem no entendimento que não é necessário a união matrimonial para valer-se das TRHA, bem como é estendido às pessoas solteiras e casais homoafetivos o referido direito. Também é permitido por ambos o útero de substituição. Quanto ao estado civil e orientação sexual na dinâmica da China e do Egito é imprescindível a constância do casamento e não permite que casais homoafetivos utilizem-na. No que diz respeito à gestação sub-rogada eles proíbem expressamente. (LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 36-37).

Todos os integrantes do grupo permitem a criopreservação do sêmen, embrião e oócito e a Índia acresce a possibilidade do tecido ovariano/testicular. Face à possibilidade doação desse material, com exceção do Egito, os membros deste grupo permitem-na. (LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 36-37).

De outro lado, destrincha-se as informações pertinentes relativas ao segundo grupo, que compreende os países que possuem legislação específica, composto pela Dinamarca, Israel, Itália, África do Sul e Espanha expressos na Tabela 2[11].(LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 36-37).

Primeiramente, no que diz respeito ao estado civil a dispensa do casamento é unânime. A Dinamarca, Israel, África do Sul e Espanha determinam

---

[9] A pesquisa observa os aspectos da religião predominante; o números de centros de reprodução; se há no país cobertura de seguro ou plano de saúde e acesso; o estado civil e orientação sexual dos que podem se utilizar da técnica, o número de embriões que pode ser transferido; a possibilidade de criopreservação; a viabilidade de reprodução póstuma; a doação; a redução fetal; se poderá haver o diagnóstico genético pré implantacional (PGD); a proibição ou permissão do útero de substituição, o status jurídico do embrião e a seleção de sexo por motivos não médicos. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312014000100031&lng=en&nrm=iso>

[10] A tabela 1 (LEITE; HENRIQUES, 2014, 36-37), constante do **'ANEXO A'**, aborda a regulamentação da reprodução assistida em países com legislação não específica ou guia de referência para a reprodução humana assistida.

[11] A tabela 2 (LEITE; HENRIQUES, 2014, 36-37), constante do **'ANEXO B'**, aborda a regulamentação da reprodução assistida em países que possuem legislação específica.

que não é necessário o casal estar casado e pode ser utilizado por pessoas solteiras. Já a Itália, embora não exija o casamento como requisito, restringe a prática somente a casais com relacionamento estável.

No que tange a orientação sexual, exclui-se do grupo Israel e Itália, somente nestes países não será possível que casais homoafetivos sejam beneficiados por técnicas reprodutivas, sendo permitida na Dinamarca, África do Sul e Espanha. Já a gestação substituta só é permitida em Israel e na África do Sul, os outros países desse grupo proíbem-na.

Em termos de criopreservação de material genético, a Dinamarca, África do Sul e Espanha permitem a criopreservação de sêmen, oócito embrião e tecido ovariano/testicular. Na Itália só é proibida quando tratar-se de embrião e a legislação africana não menciona a possibilidade do embrião.

Observando-se as situações em que estes elementos podem ser doados, somente a África do Sul e a Espanha permitem a doação de todos os materiais em qualquer procedimento de TRA. A Itália proíbe a doação do oócito, sêmen e embrião, Israel e a Dinamarca proíbem a doação do embrião e esta última não menciona o oócito. (LEITE; HENRIQUES, 2014, p. 38-39).

Os países da América Latina não atentaram ainda quanto à formulação de legislação específica que verse sobre as questões embrionárias e/ou acerca das tecnologias reprodutivas. Sendo o Brasil o único país da América Latina que, atualmente, dispõe normativamente sobre alguns dos aspectos da tecnologia reprodutiva e da proteção de embriões, em seu Código Civil, na Lei de Biossegurança e na Resolução nº 2.121/2015 do CFM.

Ainda que discorra acerca de alguns pontos, a matéria legislativa não satisfaz às questões que surgem no contexto reprodutivo, quanto às instruções, por não terem força normativa, tem sua eficácia limitada, deixando muitas situações pairando no mundo jurídico, repercutindo consequências negativas e afetando diretamente a dinâmica familiar e o desenvolvimento do filho.

4.3 O IMPERATIVO NECESSÁRIO DA REGULAÇÃO DAS TÉCNICAS REPRODUTIVAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Para compreender em que pontos o ordenamento pátrio é silente quanto à questão das tecnologias que envolvem reprodução humana assistida e proteção

do bebê *surrogate* no seio de famílias homoparentais, convém compilar os instrumentos normativos e interpretações jurisprudenciais ou legais, que vigora atualmente e versam sobre essas matérias.

Como se registrou ao longo do trabalho, a Constituição Federal, o Código Civil, a Lei de Planejamento Familiar, a Lei de Biossegurança, a Resolução nº 2121/2015 do CFM e o Provimento nº 52 do CNJ, são os documentos normativos que vigoram no país e abordam e/ou fundamentam, direta ou indiretamente, questões que contornam a RHA.

Partindo da perspectiva genérica, inicialmente têm-se os dispositivos da Constituição Federal de 1988, que, fundada na máxima jurídica da dignidade da pessoa humana, diversos são os dispositivos que imprimem o respeito à diversidade e o papel do Estado de viabilizar condições para que estes direitos fundamentais sejam efetivados.

A carta magna assegura, entre outros, o direito ao planejamento familiar e o direito à saúde sexual e reprodutiva, regulados pela Lei nº 9.263/1996 e o respeito a todas as formas de família e o tratamento dos filhos, independente da forma como integraram a estrutura familiar, sem qualquer distinção.

Em sequência, o Código Civil, diploma legal versa sobre os direitos e obrigações na conjuntura cível. Embora este não determine padrões para realização da reprodução assistida, levanta-se a possibilidade desta pelo reconhecimento de filhos havidos na constância do casamento através de reprodução assistida homóloga ou heteróloga (art. 1597, CC/02). Além disso, não há qualquer disposição proibitiva quanto à utilização da técnica em outras situações.

A despeito disso, Cecilia Barroso de Oliveira e Herika Janaynna Marques (2009, p. 7) acrescentam:

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

Ainda no diploma cível, os direitos personalíssimos e patrimoniais, de filiação, família e sucessórios, contratuais e principiológicos são serem aplicáveis

através de interpretação extensiva ou analógica ao contexto da RHA. A Lei de Biossegurança, nº 11.105 de 2005, por sua vez, vem a proteger o embrião frente as pesquisas embrionárias, imputando inclusive sanções penais.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015 tratam, no panorama deontológico, especificamente da conduta médica diante da reprodução medicamente assistida, abordando os sujeitos que podem participar, as regras de procedimento e a gestação substitutiva.

No tocante a sub-rogação do útero compreende-se que a lacuna jurídica gera insegurança, pois embora exista na sociedade incontroversas casos de sub-rogação uterina, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial se faz presente, explica Joana Camargo Pedroso (2013, p. 9) que:

> [...] enquanto não existe disposição legal específica sobre o tema, há quem defenda que a maternidade de substituição não seja imoral ou antijurídica, devendo ser legalizada, há ainda quem entenda tratar-se de uma técnica legal e eticamente permitida no Brasil, bem como existe aqueles que afirmam que, até que haja uma normatização eficiente, tudo aquilo que não é proibido por lei é permitido.

Os argumentos e dispositivos trazidos à baila corroboram com a afirmação apresentada durante toda essa dissertação. É necessário regular o uso da ciência/direito de reprodução humana assistida para evitar a insegurança jurídica para aqueles que resolverem adotar as tecnologias reprodutivas.

Importante frisar que diversos projetos de lei para instruir a matéria já foram apreciados pelo poder legislativo, quais sejam os Projetos de Lei de nº 2.061/93, 3.638/93, 2.855/97, 90/99 reapresentado em 2001, o 120/03 e o PL 1.184/03, mas nenhum, até então, obteve sucesso. (MALUF, 2015, p. 207).

Destaca-se que o PL 2.855/97 prevê a criopreservação, doação de gametas, autoriza a gestação de substituição, privilegia mulheres solteiras e casais e a filiação social. Já o PL 120/03 limita-se praticamente a observância da investigação de paternidade dos nascidos de reprodução humana assistida, que atualmente só encontra relevância no que toca a quebra do anonimato do doador, o PL 1.184/03 encontra-se profundamente desatualizado frente ao panorama social contemporâneo, mas prevê a autorização da doação de gametas, que o embrião seja transferido a fresco, ou seja, não admite criopreservação, privilegia as mulheres solteiras e os casais e a filiação social, posto que só admite a quebra do sigilo do

doador por questões médicas, não autoriza a gestação substitutiva nem a redução embrionária, além de estipular que o número máximo de embriões produzidos será dois (MALUF, 2015, p. 207).

Desde a elaboração dos referidos projetos de lei, muito foi discutido na sociedade acerca das tecnologias reprodutivas. Embora não haja previsão expressa, o Brasil evolui em demasia, os seus conceitos e posicionamentos jurídicos atinentes à reprodução humana, à gestação substituta e à família homoparental, mas a inexistência de norma prevendo os direitos reconhecidos acaba por inviabilizar o acesso a tais prerrogativas.

Perdura até meados de 2017, a ineficiência legislativa no que diz respeito a tutela da reprodução humana assistida, e frente a lacuna que levanta inúmeras discussões e interpretações jurisprudenciais, oportuno é elencar a necessidade normativa reguladora.

Primeiramente, mister é compreender a diferenciação entre um instrumento regulador e regulamentador. Enquanto que a regulação de matéria jurídica tem o condão de abordar as principais questões envolvendo a matéria, estabelecendo princípios, normas técnicas, consequências jurídicas e outras informações, a regulamentação, por outro lado, consiste em impor medidas legais restritivas e com o intuito de controlar a conduta humana.

Maria Luiza Feitosa (2007, p. 191-192) explica que:

> Alguns autores tomam esses dois termos em acepções diversas e estabelecem alguma distinção entre casos de regulação e casos de regulamentação. Teubner, por exemplo, [...] propõe a regulação social por intermédio do direito reflexivo qualificando os aspectos da modelação e controle como típicos de regulamentação e os aspectos de autonomia e sensibilidade ao meio envolvente como casos de regulação. Outros entendem que os dois termos podem ser usados indistintamente, ora numa ora noutra situação. A maioria dos autores prefere adotar o termo “regulação”, em virtude da atualidade do tema e do debate [...] a regulação pode ser vista como o conjunto dos mecanismos que viabilizam a reprodução do sistema [...].

Depreende-se por tanto que, embora muitas vezes sejam utilizadas como sinônimo, a definição estrita da regulamentação acaba por enrijecer o instituto jurídico em apreço, dificultando a mutabilidade e a interpretação extensiva caso novas situações reflexas surjam no panorama.

Assim, no tocante a reprodução humana assistida, é necessário, a elaboração de um instrumento normativo que regule a utilização das variadas técnicas reprodutivas, por reprodução homóloga e heteróloga, inclusive fazendo distinções entre estas, detalhando todas as situações-problema oriundas da relação para que torne-a eficiente e eficaz, nos seguintes moldes restritivos, como preceitua Maria Luiza Feitosa (2007, p. 193):

> O termo “regulação”, considerada as variadas significações que pode apresentar, pressupõe, em comum, a ideia de restrição das escolhas privadas por imposição de regras públicas e abrange duas ideias principais: (i) designa o reestabelecimento de um estado equilíbrio (ou de regularidade) no funcionamento de um sistema (ii) também podendo indicar a implementação de regras para determinados comportamentos ou situações objetivas, com a finalidade de promover o equilíbrio ou a regularidade de seu funcionamento.

Logo, importante ressaltar que a criação da norma reguladora terá como objetivo o equilíbrio entre a liberdade dos sujeitos e a tutela dos direitos individuais, através da implementação das regras.

Através da comparação legislativa acerca das disposições em vários países, realizada por Tatiana Henriques Leite e Rodrigo Arruda de Holanda Henriques (2014, p. 36-39) observa-se alguns pontos que a legislação deve observar como, se há possibilidade de acesso público e/ou cobertura em planos de saúde para concretização das técnicas reprodutivas, qual o estado civil e a orientação sexual dos pretendentes, o número máximo de embriões que poderão ser transferidos, a possibilidade de criopreservação e quais materiais genéticos, se é possível doar o material genético e em quais procedimentos de TRA ele será aceito, se proíbe-se ou não a redução feral, o diagnóstico genético pré-implantacional (PGD), o útero de substituição e a seleção de sexo por motivos não médicos, além de definir o status do embrião.

O instrumento regulador deverá ainda, abordar os aspectos éticos e jurídicos que norteiam o manuseio do material genético durante o processo reprodutivo, perfazendo implicações para a utilização indevida do patrimônio biológico dos envolvidos.

Ao elencar os possíveis sujeitos que poderão se beneficiar e/ou participar dessas técnicas, a norma deverá definir quais as obrigações do casal que pretende à filiação, dos doadores, dos médicos e da parturiente, quando houver.

Há que se falar também, sobre as penalidades jurídicas a serem impostas aos médicos e profissionais especializados que desvirtuarem as técnicas reprodutivas, bem como à prática ilegal da “barriga de aluguel”.

Além destas considerações, os conflitos ético, social e jurídico que permeiam outras temáticas não devem ser afastados na edificação do instrumento regulador, mas neste momento, restringiu-se aos elementos que dizem respeito à tutela do bebê *surrogate,* bem como aos reflexos civis para evidenciar como a negativa desses direitos instaura insegurança na concretização do procedimento.

Desta feita, resta plenamente concebível e necessário que a legislação seja capaz de compilar todas as informações concernentes a matéria de reprodução humana assistida, sendo incluso a reprodução heteróloga por meio de FIVETE com cessão temporária do útero em famílias homopaternais no mesmo dispositivo, definindo o reflexo das técnicas de reprodução assistida no direito civil, garantindo a tutela integral do bebê *surrogate.*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa monográfica realizou uma abordagem acerca da reprodução humana assistida heteróloga com emprego da técnica de fertilização *in vitro* pelas famílias homoparentais em igualdade masculina com auxílio da gestação de substituição, para demonstrar a negativa de direitos ao bebê *surrogate* ante a ausência de norma reguladora.

Observou-se que estas técnicas são utilizadas por casais que são, ou se encontram, por algum motivo, impossibilitados de passar pelo processo de uma gestação normal e desejam ter um filho com o seu material genético, satisfazendo assim o anseio de constituir uma entidade familiar, almejando propagar a sua vitalidade e histórico familiar através dos seus descendentes biológicos.

Em especial, esta situação se traduz nas relações de casais igualitários, onde biologicamente verifica-se a inviabilidade de perpetrarem sua arvóre genealógica através dos meios naturais de procriação, carecendo do auxílio da ciência médica para conseguir a satisfação pessoal.

Dentro dessa conjuntura social, tendo em vista a política não discriminatória e as garantias constitucionais do direito a uma família e ao planejamento familiar sem intervenção do Estado, o primeiro capítulo analisou a evolução histórica dos direitos humanos e fundamentais até a consolidação e irradiação deste sobre o direito privado, seguindo-se da perspectiva dos direitos médicos no que tange aos princípios bioéticos e do biodireito que regulam toda a ciência médico-jurídica, inclusive a reprodução humana assistida.

Em seguida, apresentou as noções conceituais da reprodução humana assistida e as diversas técnicas que estão inseridas nesse gênero médico, diferenciando a reprodução homóloga da heteróloga, para, em seguida, caracterizar esta enquanto relação jurídica.

Na última seção, fora esclarecida a proteção jurídica ante a negativa de direitos que ao bebê *surrogate* na realidade fática. Por tanto, demonstrou inicialmente que embora haja dispositivos genéricos de regulação de alguns direitos civilmente assegurados, tais quais os personalíssimos, contratuais, das famílias e sucessórios, a lacuna legislativa que tutele a relação específica em apreço inviabiliza que estes preceitos sejam efetivamente empregados.

Expôs ainda a experiência do direito estrangeiro, através de dados bibliográficos e legislativos que explanam a proteção jurídica conferida ao instituto da reprodução humana assistida diante da realidade de outros países, para então apontar a necessidade de regulação do instituto e relação jurídica da reprodução artificial.

O último capítulo coadunou os princípios gerais e as conceituações técnicas para então permear a delimitação do objeto de estudo, o bebê *surrogate* concebido no seio de famílias homopaternais.

Concluindo pela necessidade de regulação genérica da reprodução humana assistida para atingir, por disposição expressa, as famílias homoparentais, pois, ainda que os princípios sociais, jurídicos da bioética e do biodireito; as normas gerais de direito; a Lei de Planejamento Familiar e Biossegurança; a Resolução 2.121/2015 do CFM e o Provimento n.º 52 do CNJ sejam aplicáveis à reprodução artificial e a tutelem em muitos aspectos, a ausência de regulação, na prática, acaba por excluir as famílias homoparentais diante da intolerância e dificuldade que a sociedade tem de aceitar a constituição de tais unidades familiares através destes procedimentos.

Restando incontroverso que deve ser afastado os preconceitos relacionados à temática ao compreender que a técnica não se restringe aos limites do certo e errado, pois garante a quem antes não tinha esperança, a possibilidade de constituir família, sem quaisquer distinções, como prevê a nossa Constituição.

Em lógica decorrência dos fatos e fundamentos narrados, percebe-se a necessidade do direito surgir como regulador das fontes médicas e consuetudinárias já empregadas para disciplinar legalmente a prática da reprodução assistida heteróloga e a efetiva proteção ao bebê *surrogate*.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Swedenberger. **Bioética no Estado brasileiro:** situação atual e perspectivas futuras. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A pessoa na era da biopolítica**: autonomia, corpo e subjetividade. Cadernos IHU Ideias. Ano 11. nº 194. 2013.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Janice Slveira. **A pré e a pós incidência da personalidade jurídica frente ao direito à imagem**. 2007. 166f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Gradução em Direito. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesJS_1.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher – Pequim**, 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 07 de mar. 2017.

_____. **Decreto do Presidente da República n.º 1 de 3 de jan. de 2001.** Ratifica a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Disponível em: <http://www.ubi.pt/Ficheiros/Entidades/91052/Resolucao_AR_2001_01.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Brasília, 1 jan 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Brasília, 15 jan 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. **Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005**. Brasília,24 mar 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. **Provimento n.º 52 de 14 de março de 2016.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 14 mar 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. **Relatórios da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento** – Plataforma de Cairo. Secretaria de políticas para as mulheres da Presidência da República. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf >. Acesso em: 02 abr. 2017.

_____. **Relatórios do Sistema Nacional de Produção de Embriões** – SisEmbrio, criado pela Resolução de Diretoria Colegiada/ANVISA RDC nº 29, em de 12 de maio de 2008, e atualizado pela RDC nº 23/2011. Órgão emissor: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/sangue/publicacoes?p_p_id=anvisabuscaavancada_WAR_anvisabuscaavancadaportlet&keywords=&assetCategoryIds=&dataInicial=&dataFinal=&tagNames=sisembrio>. Acesso em 09 maio 2017.

_____. **Resolução CFM nº 1.358**, de 11 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. **Resolução CFM nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. **Resolução CFM nº 1.957**, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso 08 mar. 2017.

_____. **Resolução CFM nº 2.013**, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. **Resolução CFM nº 2.121**, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510.** Brasília, DF, requerente Procurador-Geral da República. Min. Rel. Ayres Britto. Data de Julgamento: 29 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Brasília, DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ac%C3%B3rd%C3%A3o(1).pdf>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.** Rio de Janeiro, RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Data de Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 08 mar. 2017.

CALLIOLI, Eugênio Carlos. **Aspectos da Fecundação Artificial in Vitro.** In: Revista de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 44, ano 12, abr./jun., 1988.

CAVAGNA, Mario. **Infertilidade conjugal e o tratamento com técnicas de reprodução assistida**. In: Ana Cláudia Silva Scalquette; Carlos Eduardo Nicoletti Camillo. (Org.). Direito e Medicina: Novas fronteira da ciência jurídica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-63.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos:** os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico.** 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **A adoção de embriões congelados:** uma alternativa ético-política. 2003. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/embriones.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1:** parte geral. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil, volume 2:** obrigações. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Novo curso de direito civil, volume 6:** direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GALLO, José Hiran da Silva; GRACINDO, Giselle Crosara Lettieri. **Reprodução assistida, direito de todos.** E o registro do filho, como proceder?. Rev. Bioét., Brasília, v. 24, n. 2, p. 250-259, Aug. 2016 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000200250&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2017.

GUERRA, Arthur Magno e Silva. **Direitos fundamentais do embrião na bioconstituição**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2015**.**

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. I:** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOZZO, Débora. **A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição**. In: Ana Cláudia Silva Scalquette; Carlos Eduardo Nicoletti Camillo. (Org.). Direito e Medicina: Novas fronteira da ciência jurídica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49-63.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15028>. Acesso em: 20 nov. 2016.

HOUAISS**. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Grande dicionário Houaiss. Verbete: família. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#1>. Acesso em: 18 abr. 2017.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais:** suas dimensões e sua incidência na Constituição. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em: 16 nov. 2016.

LEITE, Gisele. **O novo conceito de sujeito de direito.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/www.revan.com.br/produto/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5971&revista_caderno=7>. Acesso em: 07 mar. 2017.

LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. **Bioética em reprodução humana assistida:** influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. Physis, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 31-47, Mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312014000100031&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LINS DOS SANTOS, Sarah; RIBEIRO SANTOS, Sérgio. **Reprodução assistida: aspectos éticos e legais**. Produção científica em periódicos online. Acta bioeth., Santiago , v. 19, n. 1, p. 97-104, jun. 2013 . Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2013000100010&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 14 abr. 2017.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida:** aspectos éticos e jurídicos. 1. ed. (ano 2003), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Duviver de Albuquerque. **Direito constitucional internacional:** uma introdução: Constituição de 1998 revista em 1994. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIGUEL, Amadeu Elves. **Direitos humanos e direitos fundamentais:** conceito, genese e algumas notas históricas para a contribuição do surgimento dos novos direitos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 126, jul 2014. Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15028&revista_caderno=29>. Acesso em: 18 nov. 2016.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado**; Parte Geral; Direito da Personalidade. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi,1968.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. **A Homossexualidade e a sua história.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1646/1569. > Acesso em: 20 mar. 2017.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. **A dignidade da pessoa humana e sua definição.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054.>. Acesso em: 25 nov. 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Cecilia Barroso de; MARQUES, Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira. **Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2569.pdf>. Acesso em 9 mar. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 16 nov 2016.

ORY, Steven J. et al. **International Federation of Fertility Societies Surveillance, 2013**. Preface. Fertility and Sterility, 2013. Disponível em: <https://c.ymcdn.com/sites/iffs.site-ym.com/resource/resmgr/iffs_surveillance_09-19-13.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2017.

PAGANINI, Juliano Marcondes**. Reprodução humana assistida e o estatuto jurídico da filiação na perspectiva civil-constitucional.** Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil. 2011. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25474/DISSERTACAO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2017.

PEDROSO, Joana Camargo. **Maternidade substitutiva:** a incriminação da comercialização de útero. 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/joanna_pedroso.pdf>. Acesso em 9 mar. 2017.

PELLEGRINELLO, Ana Paula. **Reprodução humana assistida:** a tutela dos direitos fundamentais das mulheres. Curitiba: Juruá, 2014.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **O direito à reprodução humana assistida:** da teoria à concretização judicial. Curitiba: Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf >. Acesso em 9 mar. 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Bibliografia.

REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. **Direito e genética:** limites jurídicos para a intervenção no genoma humano. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

RIBEIRO, Emmanuel Pedro S.G. **Direitos humanos e pluralismo cultural:** uma discussão em torno da questão da universalidade. 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_intern_pub_emmanuel_pedro_ribeiro.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

ROTANIA, Alejandra Ana. **Dossiê reprodução humana assistida**. 2003. Disponível em: < http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 3. ed., 2015.

_____. **Da personalidade jurídica do nascituro:** uma discussão sobre ontologias jurídicas. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 23-32, 1 sem. 2006.

SANTOS, Otávio Marambaia dos. **Gravidez de substituição**. Rev. Bras. Saúde Mater. Infant., Recife, v. 10, supl. 2, p. s363-s367, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico**. Belo Horizonte Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati**. Direitos fundamentais:** a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Natureza jurídica do Direito Comparado.** Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23674>. Acesso em: 09 abr. 2017.

SOUZA, Carlos Cesar de; GRANJA, Cícero Alexandre. **A evolução histórica dos direitos humanos no plano internacional:** doutrina e filosofia. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13722>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SOUZA, Janice Bonfiglio Santos. **A reprodução humana assistida frente ao direito de família e sucessão**. 2006. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/janice.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

TARNOVSKI, Flávio Luiz. **Parentalidade e gênero em famílias homoparentais francesas.** Cad. Pagu, Campinas , n. 40, p. 67-93, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332013000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 mar. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3:** teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

_____. **A situação jurídica do nascituro:** uma p página a ser virada no direito brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177. Disponível em: http://professorhoffmann.files.wordpress.com/2011/08/a-situac3a7c3a3o-jurc3addica-do-nascituro-uma-pc3a1gina-a-ser-virada-no-direito-brasileiro-flc3a1vio-tartuce.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: Primeiras Linhas. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ANEXO A – TABELA 1

Tabela 1. Regulamentação da reprodução assistida em países com legislação não específica ou guia de referência para reprodução humana assistida

	Brasil	**China**	**Egito**	**índia**
Religião predominante	Catolicismo	Budismo	Islamismo (sunitas)	Hinduísmo
Número de centros	150	102 - 300	52 - 55	500
Cobertura de seguro/plano de saúde e acesso	Não tem cobertura por nenhum plano de saúde. Acesso público existe, porém limitado.	Não tem cobertura por nenhum plano de saúde e nem por políticas públicas.	Não tem cobertura por nenhum plano de saúde e nem por políticas públicas.	Não tem cobertura por nenhum plano de saúde e nem por políticas públicas.
Estado civil e orientação sexual	Não é necessário o casal estar casado. Pessoas solteiras e casais homoafetivos têm acesso garantido.	É necessário o casal estar casado. Não aceitam casais homoafetivos	É necessário o casal estar casado. Não aceitam casais homoafetivos	Não é necessário estar casado. Pessoas solteiras e casais homoafetivos têm acesso garantido
Número de embriões transferidos	2 embriões para mulheres até 35 anos; 3 para mulheres de 36 a 39 anos; 4 para mulheres acima de 40 anos	2 embriões para mulheres até 35 anos; 3 para mulheres com mais de 36 anos	2- 4 embriões de acordo com a idade	No máximo 3 embriões. Mais embriões só em circunstâncias especiais
Criopreservação	É permitida criopreservação de sêmen, embrião e oócito.	É permitida criopreservação de sêmen, embrião e oócito.	É permitida criopreservação de sêmen, oócito e embrião.	É permitida criopreservação de sêmen, oócito e embrião e tecido ovariano/ testicular..
Reprodução póstuma	Permitida	Proibida	Proibida	Permitida
Doação	Permitida doação de sêmen, oócito e embrião para qualquer tipo de procedimento em TRA.	Permitida doação de sêmen, oócito e embrião para qualquer tipo de procedimento em TRA.	Proibida doação de sêmen, oócito e embrião.	Permitida doação de sêmen, oócito e embrião para qualquer tipo de procedimento em TRA.

Redução fetal	Proibida	Permitida	Permitida	Permitida
PGD (diagnóstico genético pré implantacional)	Permitido	Proibido	Permitido	Permitido
Útero de substituição	Permitido	Proibido	Proibido	Permitido
Estatus (sic) do embrião	A personalidade civil começa ao nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro. (Código Civil, artigo 2º, 2002).	14 dias depois da fecundação	Não é definido. Há opiniões conflitantes entre opinião pública, lei e especialistas.	14 dias depois da fecundação
Seleção de sexo por motivos não médicos	Proibida	Proibida	Proibida	Proibida

ANEXO B – TABELA 2

Tabela 2. Regulamentação da reprodução humana assistida em países que possuem legislação específica

	Dinamarca	**Israel**	**Itália**	**África do Sul**	**Espanha**
Religião predominante	Protestantes	Judaísmo	Catolicismo	“Cristão"	Catolicismo
Número de centros	18 - 22	24 - 30	360	12 - 15	177 - 203
Cobertura de seguro/plano de saúde e acesso	Acesso público. Governo financia até 3 tentativas de FIV com medicamentos pagos	Cobertura prevista por um plano nacional de saúde até a mulher ter 2 filhos	Acesso público. Cobertura por um plano de saúde do governo	Subsidiado por políticas públicas e instituições acadêmicas. A maioria dos planos de saúde não cobre TRA e os que cobrem são bem limitados.	Cobertura de qualquer procedimento por um plano nacional de saúde que custeia cerca de 30% do tratamento. O restante por conta do paciente.
Estado civil e orientação sexual	Não é necessário o casal estar casado. Pessoas solteiras e casais homoafetivos têm acesso garantido.	Não é necessário o casal estar casado. Pessoas solteiras e casais homoafetivos têm acesso garantido.	Casal com relacionamento estável.	Não é necessário o casal estar casado. Pessoas solteiras e casais homoafetivos têm acesso garantido	Não é necessário o casal estar casado. Pessoas solteiras e casais homoafetivos têm acesso garantido
Número de embriões transferidos	1 embrião para mulheres até 35 anos na primeira e segunda tentativa. Mais que um embrião em tentativas subsequente.	No máximo 2 embriões se a mulher for maior que 35 anos.	No máximo 3 oócitos podem ser fertilizados ao mesmo tempo. Todos devem ser transferidos	Não é especificado.	No máximo 3 embriões. Não é especificado por idade.

Criopreser-vação	Permitida a criopreserva-ção de sêmen, oócito, embrião e tecido ovariano / testicular.	Permitida criopreserva-ção de sêmen, oócito, embrião e tecido ovariano e testicular.	Permitida criopreserva-ção de sêmen, oócito e tecido ovariano/ testicular. É proibida a criopreserva-ção de embrião.	Permitida criopreserva-ção de sêmen, oócito e tecido ovariano/ testicular. Embrião não é mencionado.	É permitida a criopreserva-ção de sêmen, oócito, embrião e tecido ovariano/testi cular
Reprodução póstuma	Proibido	Permitido	Proibido	Permitido	Permitido
Doação	Permitida doação de sêmen para qualquer procedimento em TRA. Oócito não foi mencionado. Não é permitida doação de embrião	Permitida doação de sêmen e oócito. Mas é proibida a doação de embrião.	Proibida doação de oócito, sêmen e embrião.	Permitida doação de sêmen, oócito e embrião para qualquer tipo de procedimento em TRA.	Permitida doação de sêmen, oócito e embrião para qualquer tipo de procedimento em TRA.
Redução fetal	Permitida	Permitida	Permitida	Não é mencionado	Não é permitida
PGD (diagnóstico genético pré implantacional)	Permitido	Permitido	Permitido	Não é previsto no estatuto, mas procedimento é realizado.	Permitido
Útero de substituição	Proibido	Permitido	Proibido	Permitido	Proibido
Status do embrião	14 dias depois da fecundação	Não é definido por lei. Porém há forte concepção cultural e religiosa que a vida começa 40 dias depois da fecundação.	Já é uma pessoa desde o momento que o óvulo entrou em contato com o espermato-zoide (2007)	Não é definido	O embrião é considerado uma pessoa.
Seleção de sexo por motivos não médicos	Proibido	Permitido	Proibido	Proibido	Proibido