

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

AMANDA GUIMARÃES MACHADO

**AS DIFICULDADES PARA A DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE JURÍDICA
QUANDO SE TRATA DE UMA CRIANÇA GERADA ATRAVÉS DE SUB-
ROGAÇÃO DE ÚTERO.**

CRICIÚMA

2013

AMANDA GUIMARÃES MACHADO

**AS DIFICULDADES PARA A DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE JURÍDICA
QUANDO SE TRATA DE UMA CRIANÇA GERADA ATRAVÉS DE SUB-
ROGAÇÃO DE ÚTERO.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Esp. Rosângela Del Moro

CRICIÚMA

2013

AMANDA GUIMARÃES MACHADO

**AS DIFICULDADES PARA A DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE JURÍDICA
QUANDO SE TRATA DE UMA CRIANÇA GERADA ATRAVÉS DE SUB-
ROGAÇÃO DE ÚTERO.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 09 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Esp. Rosângela Del Moro – UNESC - Orientadora

Prof. Msc. Sheila Martignago Saleh - UNESC

Prof. Esp. Janaína Augusta Dal Pont - UNESC

Dedico este trabalho aos meus pais, Volnei e Maria Inês, e meus irmãos Flamarion e Mariana pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus que iluminou meu caminho durante esta caminhada.

Aos meus pais Volnei e Maria Inês, pela confiança, carinho e amor que me fortalece todos os dias, sem vocês não chegaria até aqui.

A minha irmã Mariana por ser meu anjo da guarda, pela amizade e cumplicidade, que de forma especial e carinhosa me deu força e coragem, me apoiando nos momentos de dificuldades.

Ao meu irmão Flamarion, pelos incentivos nos momentos de desânimo, e pelas críticas construtivas que me ajudaram a crescer como pessoa.

As minhas amigas de faculdade, Bruna, Hellen, Marina, Suelen e Vanessa com vocês compartilhei angústias, alegrias, muitas histórias e conhecimentos, a faculdade não seria a mesma sem a presença de vocês todos os dias ao meu lado, desejo que essa amizade seja eterna.

À minha orientadora Rosângela, que acreditou em mim; que ouviu pacientemente as minhas considerações partilhando comigo as suas idéias, conhecimento e experiências e que sempre me motivou. Quero expressar o meu reconhecimento e admiração pela sua competência profissional e minha gratidão pela sua amizade, por ser uma profissional extremamente qualificada e pela forma humana que conduziu minha orientação.

Aos docentes do curso de Direito, pela convivência harmoniosa, pelas trocas de conhecimento e experiências que foram tão importantes na minha vida acadêmica.

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

Valter Nilton Felix

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a gestação por substituição e as dificuldades encontradas para a determinação da maternidade jurídica. Em primeiro momento sintetiza a respeito do conceito de bioética e evidenciando seus princípios, sendo seguida pelas principais técnicas de reprodução humana assistida. Em segundo momento aborda a respeito da gestação de substituição e seus aspectos técnicos, explicar o que seria a infertilidade e a esterilidade e o desejo da procriação, ainda neste mesmo momento expõe o que diz o Código Civil a respeito da maternidade e da filiação fechando com uma análise das Resoluções anteriores a existente referente ao tema. Por último identifica individualmente cada mãe existente no processo de gestação de substituição, também individualmente, explana a respeito a nova Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13, onde ocorre diversas mudanças no tocante a gestação de substituição. Aborda os princípios a serem seguidos como critérios para a determinação da maternidade, bem como a força normativa da Resolução dentro do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Bioética. Reprodução humana assistida. Gestação de substituição. Resolução.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. – Artigo

nº – Número

p. – Página

v. – Volume

§ - parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONCEITOS SOBRE BIOÉTICA E OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.....	12
2.1 CONCEITO DE BIOÉTICA.....	12
2.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA	16
2.3 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA.....	18
2.4 PRINCÍPIO DA NÃO - BENEFICÊNCIA.....	20
2.5 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA	20
2.6 TÉCNICAS E FORMAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	22
3 OS LIMITES E MARCOS REGULATÓRIOS SOBRE A SUB-ROGAÇÃO DE ÚTERO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	26
3.1 CONCEITO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	26
3.2 ESTERILIDADE <i>VERSUS</i> INFERTILIDADE E A VONTADE DE TER FILHOS ...	29
3.3 FILIAÇÃO E MATERNIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	33
3.4 ANÁLISE DO CAPÍTULO VII DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NAS RESOLUÇÕES 1.358/92 E 1.957/10	37
4 IDENTIFICAÇÃO DA MÃE QUANDO A CRIANÇA É GERADA POR GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	39
4.1 A MÃE BIOLÓGICA/SUBSTITUTA, A MÃE PORTADORA E A MÃE SOCIOAFETIVA.....	39
4.1.1 Mãe biológica/substituta.....	40
4.1.2 Mãe portadora.....	41
4.1.3 Mãe socioafetiva.....	42
4.2 RESOLUÇÃO 2.013/13 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	43
4.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS PARA DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE	46
4.4 RESOLUÇÃO 2.013/13 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA FORÇA NORMATIVA.....	50
5 CONCLUSÃO	53
6 REFERÊNCIAS.....	55
7 ANEXO A.....	64
8 ANEXO B.....	69

9 ANEXO C.....	75
-----------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida trouxe amplos benefícios para os casais impossibilitados de procriarem naturalmente, uma vez que com a utilização de uma das técnicas esses casais poderão ter seus próprios filhos sem ter que recorrer à adoção.

A presente monografia tem como objetivo estudar as dificuldades para a determinação da maternidade jurídica quando a criança é gerada através de sub-rogação de útero, tendo em vista que no Brasil o único marco regulamentário é a Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, onde dispõe a respeito da gestação de substituição, e estabelece as restrições e liberdades para o uso desta técnica. No entanto, a Resolução mostra-se problemática, por ser esta em uma norma infralegal, com poder de coerção apenas para os médicos.

Diante da carência legislativa, portanto, o objetivo geral da pesquisa é analisar quais os critérios atuais a serem observados para a atribuição da maternidade resultantes da gestação de substituição.

Quanto à metodologia empregada, utilizar-se-á método hipotético-dedutivo, sendo utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e legal, sendo a pesquisa dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo tratar-se-á do conceito de bioética e os princípios que a regem quais sejam: o princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não-beneficência e o princípio da justiça, na sequência aborda-se-á as técnicas de reprodução humana identificando as diferentes técnicas de reprodução.

No segundo capítulo estudar-se-á a gestação por substituição, bem como a diferença entre infertilidade e esterilidade *versus* o desejo de ter filhos. Em momento posterior falar-se-á sobre a filiação e maternidade dentro do ordenamento jurídico, bem como analisar-se-á as Resoluções 1.358/92 e 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina.

No terceiro e último capítulo do presente trabalho tratar-se-á das três possibilidades de mães existentes quando se trata de gestação por substituição, quais sejam: a mãe portadora, a mãe biológica – substituta, e a mãe socioafetiva. Além disso, estudar-se-á as mudanças existentes na nova Resolução do Conselho

Federal de Medicina nº 2.013/13 que abrange a gestão por substituição e a sua força normativa dentro do ordenamento jurídico.

2. CONCEITOS SOBRE A BIOÉTICA, E OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO;

No primeiro capítulo deste trabalho explanar-se-á a respeito da bioética. Além disso, estudar-se-á individualmente cada princípio que busca orientar a bioética, sejam eles, o princípio da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e por fim o da justiça. Por fim tratar-se-á a respeito das técnicas de reprodução humana assistida.

2.1 CONCEITO DE BIOÉTICA

O termo bioética surgiu na década de 70, mais especificamente no ano de 1971, quando foi usado pela primeira vez pelo biólogo e oncologista Van Rensselaer Potter em seu livro *Bioethics: a bridge to the future*. Potter procurou chamar atenção para uma nova disciplina que ajuste os conhecimentos biológicos com os valores humanos tendo em vista criar uma “ponte” entre a cultura científica e cultura humanista. (RAMOS, 2009)

A bioética segundo Potter é a conexão de dois termos *bio* (vida) para representar o conhecimento biológico e *ethos* (ética) para representar os valores humanos. (OLIVEIRA, 2004). A bioética inicialmente não dizia respeito somente à prática médica, o seu objetivo era mais amplo incluindo todo o tipo de vida e os ambientes no qual vivemos (REGO, PALÁCIOS E SIQUEIRA-BATISTA, 2009).

Bioética lutava pela ética nas ciências biológicas e áreas correlatas, era vista como uma nova forma de sobrevivência diante das inúmeras ameaças contra a vida, que poderiam colocar em risco a sua própria espécie. (HRYNIEWICZ, SAUWEN, 2008)

Quando o código genético humano foi decifrado, mostrando novos recursos de manipulação científica da natureza, a bioética passou a ir além da área médica, tornando-se também uma área da psicologia, direito, biologia, antropologia, ecologia, teologia, etc., observando as diversas culturas e valores. (VIEIRA, 1999)

O termo bioética tem uma grande gama de conceitos e de longa tradição no pensamento ocidental, a bioética chama atenção por sua busca pelo resgate da vulnerabilidade humana. Como disciplina a bioética faz parte de dialetos, de argumentos, de termos e de conceitos organizados em ética geral e ética aplicada.

Bioética privilegia o altruísmo em detrimento dos deveres que o homem tem para consigo mesmo. (HECK, 2011).

Do ponto de vista histórico a bioética pode ser classificada por três períodos distintos: educacional caracterizado como uma ponte para o futuro, onde predominava os valores humanos, no sentido de estabelecer uma melhoria para a vida dos seres humanos, uma ponte entre as ciências e a humanidade. O segundo vértice é a bioética global ou então eco-ética o estudo de tudo aquilo que habita o meio ambiente independente de racional ou não. Por fim a bioética da tecnociência diz respeito à inclusão das plantas e dos animais na reflexão ética já realizada para os seres humanos. (PEGORARO, 2002)

Por este motivo não se pode dizer que a bioética é voltada apenas para os seres humanos, mas sim para todas as formas de vidas existentes no ecossistema.

Potter afirma que “bioética é um conhecimento de como usar o saber para o bem da sociedade.” Propõe que esse saber seja organizado em termos de sobrevivência e progresso da vida da humanidade. (apud, JUNGES 1999, p.19)

Apesar de o termo ter sido criado inicialmente por Potter à bioética ficou mundialmente conhecida através do *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study on Human Reproduction of Bioethics* conhecido mundialmente como Instituto Kennedy de Bioética fundado pelo obstetra, fisiologista fetal, holandês Andre Hellegers, ainda no ano de 1971. (JUNGES 1999)

A definição encontrada para bioética na enciclopédia de bioética do Instituto Kennedy diz que “Bioética é o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada a luz de valores e princípios morais”. (JUNGES 1999, p. 20)

Conforme Oliveira (2004) para Potter a bioética era voltada para todos os seres vivos, já para Hellegers diz respeito especificamente ao ser humano.

No Brasil a bioética só veio a ser regulamentada após promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi a primeira tentativa para criar uma regulamentação ética para a realização de estudos envolvendo seres humanos como o centro das pesquisas. (OLIVEIRA, 2004)

Desse ano em diante a bioética foi conquistando seu espaço no cenário brasileiro e foi em 1996, após anos de debates em todo o país que o Conselho Nacional de Saúde aprovou a Resolução de 196/96, que regulamentou a realização

de pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil. (REGOREGO, PALÁCIOS E SIQUEIRA-BATISTA, 2009).

Maluf (2010) afirma que a bioética tem como principal finalidade a discussão acerca problemas impostos pela conduta humana, ainda nesse sentido Fernandes afirma que:

A Bioética esta efetivamente voltada para todas as dimensões que se dá a vida, seja ela animal no sentido do ser humano, seja animal dos seres tidos por inferiores e vegetal. Assim, não se pode reduzir a Bioética a uma mera ética médica e nem pretende ser ela uma. (2000, p.35).

Portanto pode-se afirmar que a bioética esta centralizada no estudo da vida. Como afirmam Pessini e Barchifontaine (1994, p. 11) “a bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”.

Para Sauwen e Hryniewicz:

Num primeiro momento, podemos entender a bioética como uma ramificação da ética, preocupada, particularmente, em fazer valer os valores éticos, na medida em que questiona o respeito á dignidade humana, em meio ao progresso das ciências. (2008, p.8)

Ainda na linha deste pensamento Heck:

Bioética lida com valores sociais, com o uso cotidiano dos princípios do bem viver, envolve hábitos do agir moralmente correto em relação ao semelhante e busca assegurar critérios mínimos de razoabilidade no dia a dia ético das pessoas (2011, p.13)

A finalidade da bioética é buscar benefícios e garantias da integridade do ser humano, os assuntos mais conhecidos da bioética são os temas relativos ao que atualmente são chamados de direitos reprodutivos. (OLIVEIRA, 2004a)

Ainda segundo Pessini e Barchifontaine

Bioética estuda os avanços recentes da ciência em função, sobretudo, da pessoa humana. A referência central é o ser humano especialmente considerado em dois momentos básicos: o nascimento e a morte (1994, p.67)

Perante esta afirmação fica visível que a principal área de atuação da bioética são os seres humanos.

Martins-Costa e Muller (2009) definem a bioética como não fazendo mais parte da biologia e sim uma parte da ética e da responsabilidade humana, deveres dos seres humanos para com a humanidade.

Segundo Schaefer (2007) a bioética deve refletir sobre os problemas morais, sociais e até jurídicos, não se esquecendo da aplicação dos princípios fundamentais que devem ser seguidos pela mesma.

Atualmente segundo Sgreccia (2002, p.46) podemos dizer que a bioética segue três caminhos distintos:

A primeira diz respeito à bioética geral, a mesma se ocupa das fundações éticas, é o discurso sobre valores e sobre princípios originários da ética médica e sobre as fontes documentais da bioética. Na prática, uma verdadeira e autêntica filosofia moral em sua parte fundamental e institucional. A segunda é a bioética especial, que analisa os grandes problemas, enfrentados sempre sob o perfil geral, tanto no terreno médico quanto no terreno biológico: engenharia genética, aborto, eutanásia, experimentação clínica etc. São as grandes temáticas que constituem as colunas mestras da bioética sistemática e, obviamente, devem ser resolvidas a luz dos modelos e dos fundamentos que o sistema ético assume como fundamentais e de justificação do juízo ético. Esta, portanto, não pode deixar de se ligar as conclusões da bioética geral. A terceira bioética clínica ou de decisão examina na situação concreta da práxis médica e do caso clínico quais são os valores em jogo e por quais caminhos corretos se pode encontrar uma linha de conduta sem modificar esses valores: a escolha ou não de um princípio ou de uma criteriologia de avaliação condicionará a avaliação do caso. E não se pode segundo penso, separar a bioética clínica da geral, ainda que se reconheça que os casos concretos apresentem sempre ou quase sempre uma pluralidade de aspectos a avaliar.

A bioética tem várias teorias¹, porém no estudo em tela vamos nos ater a teoria do princípalismo, ou seja, baseada em princípios foi fundada após a criação do *Belmont Report* em 1978, o mesmo foi o resultado do trabalho desenvolvido pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*², em 1974 a comissão foi criada após o Governo dos Estados Unidos receber denúncia contra as pesquisas em homens negros sífilíticos, em

¹**Teoria utilitarista:** Propõe pensar nas conseqüências das possíveis ações para que se possa fazer escolhas mais bem justificada. [...] O máximo bem-estar é outro conceito importante para o utilitarismo, visto que a conseqüência mais importante é o aumento ou diminuição da quantidade de bem-estar de todos os afetados pela ação. ((REGO, PALÁCIOS E SIQUEIRA- BATISTA 2009 p.53)

Teoria Personalista: É uma linha da bioética que parte da pessoa humana como ponto de partida, com finalidade no reconhecimento da pessoa. Esta teoria parte do princípio da dignidade da pessoa humana (FIGUEIREDO, FRANÇA, 2013). **Teoria do liberalismo.** Busca nos direitos humanos a afirmação da autonomia do indivíduo sobre seu próprio corpo e sobre todas as decisões que envolvam sua vida. (FIGUEIREDO, FRANÇA, 2013) **Teoria das virtudes:** Esta teoria dá ênfase a boa formação do caráter dos profissionais da saúde, ou seja, no desenvolvimento de virtudes de acordo com a finalidade da ação profissional. (FIGUEIREDO, FRANÇA, 2013) **Teoria Naturalista:** Deriva da lei natural, tem como objetivo estabelecer bens fundamentais a pessoa humana a começar por sua própria vida como um todo e para condições básicas que constituam sua dignidade. (FIGUEIREDO, FRANÇA, 2013)

²Tradução livre: Comissão Nacional para a Protecção dos Seres Humanos na Biomedicina e na Pesquisa Comportamental

Tuskegee da qual surgiu uma série de escândalos envolvendo pesquisas em seres humanos. (REGO, PALÁCIOS E SIQUEIRA-BATISTA 2009).

Segundo Rego, Palácios e Siqueira-Batista (2009) O *Belmont Report* teve como objetivo definir quais, princípios deveriam orientar a realização de estudos e pesquisas envolvendo a bioética, sendo os princípios elencados foram os princípios da autonomia, beneficência e da justiça, que tratar-se-á na sequência.

2.2PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Frente às diversas especulações a respeito da Bioética, em 1974 o Congresso Norte-Americano designou uma comissão com o intuito de identificar os princípios básicos que deveriam ser utilizados nas pesquisas bioéticas. (DALL'AGNOL, 2004).

O primeiro princípio a ser analisado é o da autonomia que visa proteger a liberdade de escolha do ser humano. Nesse sentido Costa, Oselka, Garrafa conceituam o princípio da autonomia da seguinte forma:

A autonomia é um termo derivado do grego “auto” (próprio) e “nomos” (lei, regra). Significa autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar as decisões que afetam a sua vida, sua saúde, sua integridade física, suas relações sociais. Refere-se à capacidade de o ser humano decidir o que é “bom” ou o que é seu “bem estar”. A pessoa autônoma é aquela que tem liberdade de pensamento, é livre de coações internas ou externas para escolher entre as alternativas que lhe são apresentadas. Logo quando não há liberdade de pensamento, nem de opções, quando se tem apenas uma alternativa de escolha, ou ainda quando não exista liberdade de agir conforme a alternativa ou opção desejada, a ação empreendida não pode ser julgada como autônoma. (1998, p.57)

Assegura Garcia (apud COSTA, OSELKA,GARRAFA, 1998, p.58)

Todo ser humano é agente moral autônomo e como tal deve ser respeitado por todos ao que mantêm posições morais distintas [...] nenhuma moral pode impor-se aos seres humanos contra os ditames de sua consciência.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura em seu art. 5º II o direito a autonomia afirmando que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL-A) O Código Penal no art. 146 *caput* prevê uma punição para os indivíduos que forcem outrem a fazer algo que a lei proíbe ou não fazer aquilo que ela obriga. (BRASIL-I)

Para Clotet (2001, p.144) “o princípio da autonomia é entendido como o reconhecimento e a expressão da vontade do paciente ou dos seus representantes nas diversas etapas ou circunstâncias do tratamento médico”.

De acordo com John Stuart Mill (apud CLOTET, 2001) o princípio da autonomia é entendido como a liberdade de ação e escolha da pessoa enquanto não trás prejuízos para os demais.

Sá e Naves (2009) asseveram que o princípio da autonomia pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade para se autogovernar.

Ramos (2009) assegura que o princípio da autonomia, é motivado pelo respeito à liberdade, responsabilidade do indivíduo, e aos valores e crenças do indivíduo.

Em sentido claro e objetivo Oliveira (2002) diz que o princípio da autonomia é o direito de escolha do ser humano, o mesmo é responsável pelos seus atos então todos têm que respeitar a sua escolha.

Maluf assevera que o princípio da autonomia:

Valoriza a vontade do paciente, ou de seus representantes, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e religiosos. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo com isso a intromissão alheia no mundo daquele que esta sendo submetido a um tratamento. (2010, p.11)

Para Junges (1999) o princípio da autonomia expressa o respeito, ao indivíduo sendo que suas escolhas não devem ser impostas por terceiros.

De acordo com Torres (2007, p.1) o princípio da autonomia diz respeito a:

[...] Autogoverno, autodeterminação da pessoa em tomar decisões relacionadas à sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica e suas relações sociais. Pressupõe existência de opções, liberdade de escolha e requer que o indivíduo seja capaz de agir de acordo com as deliberações feitas.

Segundo Sgreccia (2002, p.167)

O princípio da autonomia se refere ao respeito devido aos direitos fundamentais do homem, inclusive o da autodeterminação. Esse princípio se inspira na máxima “não faças aos outros aquilo que não queres que e façam” e está, portanto, na base de uma moralidade inspirada no respeito mútuo.

O princípio da autonomia não pode ser considerado absoluto, haja vista

que o indivíduo deve ter responsabilidade para escolha de seus atos, e seus limites não devem ultrapassar a dignidade e à liberdade de terceiros. (COSTA, GARRAFA, OSELKA, 1998).

Ainda segundo Costa, Garrafa, Oselka (1998, p.58) “respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista e que é ele quem deve deliberar e tomar decisões segundo seu próprio plano de vida e ação.”

Diante dos diversos conceitos sobre autonomia observa-se que a sua base é a razão e o respeito às vontades dos indivíduos.

2.3 PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

O segundo princípio a ser estudado é do da beneficência, que provém do latim *bonun facere*, significa fazer o bem, em sentido comum diz respeito a atos de compaixão perante terceiros, fazer o bem a alguém, proteger e defender os direitos dos outros, o amor, afeto, carinho, caridade são geralmente considerados formas de beneficência. (DALL'AGNOL, 2004)

O princípio da beneficência é dividido em duas espécies sendo elas geral e específica. Beneficência geral diz respeito às pessoas imparciais, ou seja, relação entre médico e paciente, advogado e cliente, em outras palavras quer dizer que a relação entre esses indivíduos não é de carinho, amor, e sim um dever a ser cumprido, já a beneficência específica esta relacionada com as pessoa de convívio diário, como amigos, familiares. (DALL'AGNOL, 2004)

Conforme Clotet (2001) no Relatório Belmont o princípio da beneficência deve ser visto como uma dupla obrigação, primeiramente a de não causar danos ao indivíduo e em segundo plano a de minimizar os prejuízos e maximizar o número de possíveis benefícios.

Neste mesmo sentido Pessini e Barchifontaine (2000) asseguram que o princípio da beneficência é mais que uma caridade, é uma obrigação para com terceiros.

Asseguram Garrafa, Costa, Oselka (1998) que este princípio tem como objetivo promover a saúde e afastar os prejuízos. Ainda assim Junges (2004, p.49) assevera que “os danos devem ser menores que os benefícios.”

Sauwen e Hryniewicz (2008, p.18) fazem uma reflexão acerca do assunto afirmando que

O princípio da beneficência estabelece como obrigação moral buscar sempre o bem do outro. A beneficência não deve ser confundida com benevolência que é a virtude que dispõe a agir em prol do outro. No caso da medicina este princípio impõe que se deve agir sempre no real interesse do paciente.

Ainda assim, segundo este princípio o bem estar da pessoa é o mais importante, portanto devemos evitar ao máximo os danos corporais e mentais. (OLIVEIRA, 2004)

Diniz (2001a, p. 15-16) afirma:

O princípio da beneficência requer o entendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos.

Na ótica de Sá e Naves (2009) beneficência estabelece aos profissionais deveres no sentido de beneficiar o indivíduo, afirmando que o profissional deve afastar procedimentos duvidosos que não tragam benefícios ao envolvido.

De forma similar Oliveira (2004) explana que a ação de prestadores de serviços, instituições das áreas da saúde deve ser voltada sempre para a melhoria da saúde e o bem-estar das pessoas, ou seja, seguindo o princípio da beneficência.

Ainda a respeito desse princípio Sgreccia (2002, p.167) afirma que:

[...] implica, sobretudo o imperativo de fazer ativamente o bem até de prevenir o mal. O termo benefício será mais adequado que o de simples benevolência, pois ressalta a necessidade de fazer efetivamente o bem e não simplesmente de querer fazê-lo ou de deseja fazê-lo.

O princípio da beneficência exige atuações positivas para atender o interesse e o bem-estar das pessoas evitando danos e prejuízos.

Em outras palavras a beneficência solicita que atuemos em benefício dos outros. Se utilizado por cientistas ou pesquisadores o princípio estabelece que eles pensem nos benefícios que suas pesquisas podem trazer para a humanidade. (DALL'AGNOL, 2004)

Deste modo, entende-se que o princípio da beneficência estabelece o bem estar com seu principal objetivo.

2.4 PRINCÍPIO DA NÃO-MALEFICÊNCIA.

No que tange o princípio da não-maleficência, o mesmo diz respeito a ação de não fazer o mal, ou seja, o médico deve ter o maior cuidado para evitar qualquer prejuízo as pessoas. Este princípio deriva da máxima da ética médica "*Primum non nocere*³". (REGO, PALÁCIOS E SIQUEIRA- BATISTA 2009).

Assevera Goldim (2013) que

O Princípio da Não-Maleficência é o mais controverso de todos. Muitos autores o incluem no Princípio da Beneficência. Justificam esta posição por acharem que ao evitar o dano intencional o indivíduo já está, na realidade, visando o bem do outro.

O princípio da não maleficência tem como obrigação não acarretar dano intelectual aos pacientes. (MALUF, 2010) Em concordância "O princípio da não-maleficência impõe o dever, para o profissional, de realizar o seu serviço de forma a não causar danos, ou riscos, ao seu paciente." (PIÑEIRO, 2013)

Clotet (2001) define o princípio da não maleficência como o dever de não fazer o mal ou causar dano a outrem.

No mais, segundo Camargo (2006) o princípio da não maleficência garante que danos serão evitados o máximo possível e também que jamais se deve praticar algum mal ao paciente.

Conclui-se, desta maneira, que assim como o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência tem como fundamento o bem das pessoas, visando sempre minimizar os danos.

2.5 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA.

No tocante ao princípio da justiça consiste, em tratar todas as pessoas com igualdade sem distinção de cor e raça e classe social. "O princípio da justiça é o

³ Tradução livre: Primeiro não causar dano

que assegura para que cada indivíduo receba aquilo que lhe é de direito lhe dando todos os benefícios e com pouco custo” (SÁ; NAVES, 2009, p.35).

Sobre o princípio da justiça Pessini e Barchifontaine (1999, p.46) asseveram:

[...] outra maneira de entender o princípio da justiça é dizer que “os iguais devem ser tratados igualmente”. O problema está em saber quem são os iguais. Entre os homens existem diferenças de todo tipo e muitas delas devem ser respeitadas em virtude do princípio de justiça, por exemplo, ideal de vida, sistema de valores, crenças religiosas, etc.

Ainda, Diniz (2001a, p. 14) afirma “O princípio da justiça luta pela imparcialidade na divisão dos riscos e benefícios para evitar a discriminação entre as classes”

Por sua vez Pegoraro (2002) explica que o princípio da justiça ordena primeiramente que todos os pacientes sejam tratados de forma igualitária, em segundo lugar o Estado tem por obrigação disseminar equitativamente recursos para que todos os cidadãos recebam cuidados médicos de qualidade.

Sauwen e Hyniewicz fazem uma ponderação acerca do princípio da justiça:

É o que determina que nunca se deva recusar um benefício da medicina a uma pessoa sem que haja um justo motivo para tal, assim como se deva privilegiar uma pessoa sem que esta tenha demonstrado algum mérito para isto. Assim o princípio da justiça trata todas as pessoas como iguais. (2008, p.18)

Ramos (2009, p.68) assevera que tal princípio “refere-se à igualdade de tratamento e à justa distribuição das verbas do Estado para a saúde, à pesquisa, etc.”

Assegura Sgreccia (2002, p. 167) que o princípio da justiça

[...] não quer dizer certamente, tratar a todos do mesmo modo, pois são diferentes as situações clínicas e sociais, deveria, portanto, todavia, a adesão a alguns dados objetivos, como, p. ex., o valor da vida e o respeito a uma proporcionalidade das intervenções.

Ainda neste sentido Oliveira (2004, p.86) conceitua que o princípio da justiça deve ter “justa distribuição dos bens e serviços implica que o acesso a eles deve ser sempre universal; avaliar quem necessita mais deve preceder a atenção igualitária”.

Conforme Junges (1999) a não utilização deste princípio pode trazer prejuízos para o indivíduo, uma vez que pela falta do mesmo em várias áreas profissionais a discriminação é maior. O princípio da justiça diz respeito à sociedade.

Conclui-se, então, que esse princípio tende a garantir aos seres um tratamento digno, independente de sua classe social, raça ou religião.

2.6 TÉCNICAS E FORMAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução assistida consiste de um conjunto de técnicas que tem como objetivo a geração de outro ser humano sem a devida relação sexual. (MACHADO, 2003).

As técnicas de reprodução assistida são a solução para os casais que têm problemas de esterilidade ou infertilidade ou então mulheres que pretendem ter uma produção independente. (MACHADO, 2003).

Lisboa (2006, p.194) traz o conceito de fertilização humana assistida:

Afertilização humana assistida é o procedimento de introdução e provocada de sêmem em um oco para a formação da celular zigoto. As técnicas de fertilização se desenvolvem como uma alternativa a esterilidade, proporcionando uma esperança para os casais desalentados pelo fato de que não poderiam conceber uma prole, em face de problemas orgânicos de um deles ou de ambos.

Segundo Correa (apud TAMANINI, 2009, p.26) “reprodução assistida é o termo que define um conjunto de técnicas de tratamento médico-paliativo, em condições de hipo/infertilidade humana, visando à fecundação.”

No que tange a reprodução assistida, Ribeiro (apud, Sá e Naves, 2009, p.110) afirma ser “um conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e proporcionando o nascimento de uma nova vida humana.”

Dentre os diversos tipos de reprodução assistida Lisboa (2006, p.369) distingue alguns dos principais tipos:

[...] *Inseminação artificial (IA)* é a introdução de sêmen na cavidade uterina, por métodos artificiais; [...] *Fertilização in vitro (FIV)* cujo procedimento se inicia com a retirada de óvulos por aspiração, para os fins de sua separação individual e transferência a um disco plástico que serve de ambiente de contato com os espermatozoides. Ocorrendo a fertilização, principia-se a formação pré-embriões, que poderão ser transferidos para o útero em até uma semana; *Transferência intratubária de gametas (GIFT)* através da injeção de óvulo e do espermatozoides na trompa de falópio, com objetivo

de facilitar o seu encontro. a técnica em questão é a de fecundação in vivo, introduzindo-se o espermatozóide no organismo feminino no mesmo instante em que os óvulos são captados por laparoscopia e reintroduzidos na trompa de falópio; *Transferência intratubária de zigotos (ZIFT)*, mediante transporte de zigoto para o interior da trompa uterina; *Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI)* mediante a retirada dos espermatozoides diretamente dos testículos e a sua injeção no óvulo; [...] *Transferência de embrião para o útero de terceiro*, conhecida popularmente como barriga de aluguel. Nesse caso, ocorre o implante de embriões produzidos pela união do material genético do casal junto ao organismo de terceira, que teoricamente se compromete a entregar a criança aos pais genéticos.

Diante dos conceitos e tipos de técnicas acima mencionados estudar-se-á reprodução assistida homóloga e heteróloga.

A reprodução assistida na forma homóloga pressupõe que exista um vínculo familiar entre o homem e a mulher, porém por motivos de esterilidade ou infertilidade são impossibilitados de conceber filhos de forma convencional, desta maneira se submetem as técnicas de reprodução, porém se utilizam de seus próprios materiais genéticos. (SILVA, 2013)

Mesmo o modo de procriação não sendo a relação sexual, não restará dúvidas quanto à paternidade-maternidade da criança gerada através da fecundação homóloga, uma vez que os gametas utilizados para tal serão provenientes do próprio casal (KRELL, 2006).

Conforme Souza (2001) consiste a reprodução assistida homóloga, na inseminação em que é utilizado material genético e gametas (espermatozóide e óvulo) do próprio casal sem a doação de um terceiro.

Madaleno (2013, p. 524) assegura que “a inseminação artificial homóloga utiliza o sêmem do próprio marido e o óvulo da mulher a margem de relação sexual, mas com a ajuda instrumental.”

Segundo Machado (2003) a fecundação homóloga é aquela realizada como o sêmem do marido ou companheiro da paciente que deseja ter o filho. No mesmo viés Pessini e Barchifontaine (2000) explicam que quando utilizados espermatozóide e óvulos do casal se trata de fertilização homóloga.

Em concordância Sgreccia (2002) afirma a fecundação homóloga é feita através dos gametas do casal.

No entendimento de Fernandes (2000, p.52)

Pode-se afirmar que se entende por fecundação homóloga o processo pelo qual a criança a ser gerada por quaisquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização dos gametas masculinos e

femininos provenientes de um casal casado ou vivendo em união estável, que assim assumira a paternidade e maternidade daquela criança.

No mesmo vértice para Lisboa (2006, p.371) “a inseminação artificial homóloga é aquela que contem material genético proveniente dos próprios cônjuges interessados em ter filhos.”

Igualmente neste contexto Leite (1995) avalia que inseminação homóloga é realizada com o sêmem do cônjuge ou companheiro varão, não sendo necessária a interferência de um terceiro para que tal seja efetivada.

Desta forma, a inseminação homóloga não encontra maiores desafios e objeções, pois ela independe da participação de terceiros na intimidade dos cônjuges ou companheiros, sendo encarado pelo casal como um processo meramente médico, para a correção da infertilidade ou esterilidade (LEITE 1995).

No que diz respeito à fecundação heteróloga, se os gametas utilizados nessa forma de fecundação forem ambos de doadores a criança gerada não terá nenhum material genético dos pais, caso contrário, se pelo menos um dos gametas for oriundo do casal a criança poderá ter a metade de seus materiais genéticos, neste caso a paternidade/maternidade só será absoluta por parte do indivíduo que originou o material. (KRELL, 2006)

Para Meireles (2000, p. 18) “inseminação artificial heteróloga utiliza-se o esperma de um doador fértil.”

A respeito da reprodução assistida heteróloga Souza (2001) declara que é indispensável à doação de gametas para que esse tipo de fertilização ocorra.

Também acerca desta forma de fertilização Machado (2003, p.33) garante

O cônjuge ou companheiro que não produz espermatozóide ou produzi-los em número inferior ao necessário para que ocorra a fertilização, poderá resolver o seu problema de infertilidade, utilizando-se de espermatozóides de doadores, através dos bancos de sêmem. Nesse caso, tem-se uma inseminação artificial heteróloga.

Se o problema de infertilidade da mulher ocorrer por falta ou ausência de óvulos, pode recorrer aos óvulos de doadoras que serão fertilizados *in vitro*, pelo espermado marido ou companheiro da mulher infértil, e implantado, posteriormente, no útero da mulher solicitante, ocorrendo então, a doação de óvulos.

Ainda a respeito da fertilização heteróloga Machado (2003, p. 34-36)

afirma

[...] se a esterilidade ocorrer entre o casal, ou seja, originar-se tanto do homem como da mulher impossibilitando-os de gerarem filhos, poderão

socorrer-se da doação de embriões que são os excedentes congelados e não utilizados por outros casais inférteis. [...] a criança concebida através de fertilização heteróloga, é filho de pai anônimo ou desconhecido, ou seja, do doador do sêmem, mas passa constar no seu registro civil, como sendo filho do marido ou companheiro da mulher inseminada.

Na visão de Leite (1995) a fertilização heteróloga é mais complexa, pois exige a colaboração de homens fecundos, ou seja, homens doadores de esperma.

Na reprodução assistida de forma heteróloga um dos companheiros ou cônjuges é estéril ou infértil sendo então o casal obrigado a receber material genético de pessoa estranha aos cônjuges ou companheiros para que possam procriar. Este tipo de reprodução também é aceitável em mulher solteira ou viúva que pretende ter uma produção independente. (LISBOA, 2006).

Silva (2002) afirma que a reprodução assistida heteróloga pressupõe que não exista vínculo familiar entre a mulher e o homem que doará o seu sêmem.

De acordo com Leite (1995, p.50) “no Brasil, a gratuidade e o anonimato ficaram plenamente garantidos pela Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, na seção IV.” Esta resolução foi devidamente alterada pela Resolução 2.013/13 permanecendo nesta seção os mesmo direitos e garantias.

Diante das formas e técnicas existentes de Reprodução Humana Assistida, na sequência tratar-se-á da sub-rogação de útero e suas implicações.

3 OS LIMITES E MARCOS REGULATÓRIO SOBRE A SUB-ROGAÇÃO DE ÚTERO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Neste capítulo abordar-se-á o conceito de gestação por substituição, bem como as dificuldades encontradas pelos casais que desejam ter filhos, porém são incapacitados devido a esterilidade ou a infertilidade de um dos cônjuges/companheiro ou então de ambos para a realização da concepção. Analisar-se-á também a idéia de filiação e maternidade perante o Código Civil Brasileiro finalizando com a análise da Resolução do Conselho Federal de Medicina, único marco regulatório a respeito desta técnica.

3.1 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A gestação por substituição possui diversas denominações, porém é possível se ater a terminologia gestação por substituição ou sub rogação de útero, mais popularmente conhecida como barriga de aluguel, sendo que a mesma é utilizada desde os tempos de Cristo, como prevê a Bíblia.

Vendo que não dava filho a Jacó, Raquel ficou com inveja de sua irmã e disse a Jacó: Ou você me dá filho ou eu morro. Jacó irritado com Raquel, disse: Por acaso eu sou Deus para lhe negar a maternidade? Raquel respondeu: Aqui esta minha serva Balá. Una-se a ela, para que ela de a luz sobre meus joelhos. Assim terei filhos por meio dela (GÊNESIS 30 1994, p. 50)

A partir desse trecho bíblico, pode-se perceber que a gestação por substituição consiste em uma terceira mulher gerar a criança em seu útero, e logo após o nascimento entregar o filho para o casal que não pode ter filhos por meios naturais. (SAUWEN e HRYNIEWICZ, 2008)

Nos tempos atuais, com o desenvolvimento da tecnologia e da medicina a prática é feita através de fecundação *in vitro*, ou seja, o material genético do casal ou de doadores serão colhidos e fertilizados em uma terceira mulher para que esta possa gerar o filho. (KRELL, 2006)

Silva (2003, p. 252) afirma, “esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do zigoto ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.”

Pessini e Barchifontaine (2000, p.195) conceituam a gravidez por substituição deste modo “[...] nos casos em que a mulher não pode ou não quer engravidar, existe a possibilidade de recorrer a ‘mães de aluguel’, as quais se comprometem a suportar a gravidez, e depois do parto, a entregar a criança ao casal.”

Neste mesmo sentido Machado (2003, p.52) faz a seguinte conceituação a respeito da gestação por substituição “[...] diante da impossibilidade de levar a termo uma gravidez por qualquer anomalia grave ou em consequência de ablação de útero, a mulher incapaz de suportar a gravidez, recorre à outra que, voluntariamente, receberá o ovo fecundado *in vitro*.”

Na mesma linha de raciocínio Varga (2001) sustenta que no caso de uma mulher que consiga produzir seus óvulos normalmente, mas por conta de ter uma gravidez de alto risco para sua saúde, o seu óvulo poderá ser fertilizado pelo cônjuge *in vitro* e após cinco dias aproximadamente o embrião ser transferido para o útero de uma mulher saudável, para que a mesma possa levar a gravidez até o término e depois entregar o bebê para o casal solicitante.

Ainda assim Dias (2011, p. 370) consagra que: “a gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a mãe de aluguel obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho.”

A respeito da maternidade de substituição Venosa (2006, p. 273) aduz “o embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher, para possibilitar a gestação, impossível ou difícil na mãe biológica.”

A gravidez por substituição é uma situação polêmica tendo em vista que traz muitos debates a respeito dos problemas éticos, psicológicos, jurídicos e financeiros que envolve. Em se tratando de casos clínicos as primeiras mães de aluguel foram no Japão em 1963 e nos Estados Unidos em 1975, sendo que no ano de 1988 os americanos criaram uma associação para mulheres que gostariam de fazer empréstimo de seu útero (LEITE, 1995)

Vale ressaltar que essa prática possui duas formas distintas de ser atingida: a primeira hipótese é através de uma mãe portadora que vai ser uma terceira mulher que irá apenas emprestar seu útero, pois os óvulos e espermatozoides vão ser do casal solicitante. A segunda hipótese trata-se da mãe por substituição, uma mulher fértil que irá emprestar além do seu útero os seus

óvulos para serem fecundados com o esperma do cônjuge ou companheiro da mulher infértil. (LEITE, 1995)

Como se pode perceber, diferentemente da mãe portadora, que irá apenas gestar o filho de outra com os materiais genéticos dos solicitantes, a mãe substituta vai ser ao mesmo tempo, gestante e genitora, ou seja, o filho que ela irá carregar por nove meses é geneticamente compatível consigo

Leite (1995) assegura que a mãe substituta passa por um momento difícil em sentido emocional ao final da gestação, pois a criança que ela gerou e com a qual criou um laço de afeto durante os nove meses de gestação deverá ser entregue ao casal requerente.

Ainda, referente aos tipos de “mães” Machado (2003) cita uma terceira e mais complexa possibilidade que é a implantação do embrião em uma mãe portadora.

Perante as possibilidades de a criança gerada através de sub rogação de útero ter não apenas uma mãe, mas três “mães” Machado (2003, p.53) faz a seguinte pergunta:

[...] quem é a verdadeira mãe: a mãe social? A mãe biológica? Ou a mãe portadora? Com o uso desta técnica de procriação, teríamos três categorias de mães: a mãe genética, que é a mãe que produz os óvulos (biológica); a mãe portadora ou gestora, que carrega a criança no ventre até o nascimento, e a mãe que ficará com a criança.

Garrafa, Oleska e Costa (1998, p.121) afirmam que as técnicas de reprodução humana ao permitir a gravidez por substituição

[...] criaram perplexidade e suscitam um grande debate sobre as fronteiras da ética e do progresso científico. [...] A interposição de um terceiro elemento, visível e conhecido na vida afetiva e familiar do casal introduz uma questão, sem dúvida um forte componente emocional, ético e jurídico.

No que diz respeito à maternidade perante esta técnica Machado (2003, p.54) afirma que:

No que tange a maternidade, que sempre foi determinada pelo parto, diante da máxima *mater sempre certa est*, atualmente, a afirmativa é de que “mãe só há três” ou nenhuma. Sendo as funções da maternidade desenvolvidas e desempenhadas de forma distribuída entre várias pessoas, conclui-se, diante das lacunas da lei, que a criança estará diante de três mães ou de nenhuma. [...] A maternidade que sempre se teve como certa, no antigo aforismo romano, hoje, diante da possibilidade de gerar o próprio filho, através de terceira pessoa, suscita

questionamentos jurídicos, além das questões éticas que tem dificultando a prática desta técnica, nos centros de fertilização em geral, muito embora a sua utilização venha aumentando em todos os países onde são admitidas.

Na mesma visão temos o pensamento de Dias (2011) que afirma que a *mater semper certa est* assentada pelo parto cai por terra com a possibilidade de sub rogação de útero.

Anteriormente as técnicas de reprodução assistida, mais especificamente a gravidez por substituição, não se tinha dúvidas quanto à presunção *mater semper certa est*. (SAUWEN e HRYNIEWICZ, 2008)

No Brasil, segundo a Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina⁴, não se admite que esta técnica tenha fins lucrativos.

Por fim, sem entrar no mérito jurídico desta técnica, são muitas as perguntas que ficam sem respostas a respeito da gravidez por substituição principalmente no que diz respeito à maternidade jurídica.

3.2 A ESTERILIDADE *VERSUS* INFERTILIDADE E A VONTADE DE TER UM FILHO

É importante ressaltar que as técnicas de reprodução humana assistida têm como objetivo colocar a disposição de casais meios artificiais para reparar problemas de infertilidade e esterilidade. (SILVA, 2011)

A infertilidade é determinada pela falta de gravidez após um período de até dois anos de relações sexuais sem qualquer método contraceptivos, também pode ser considerado infértil o casal que tem três ou mais abortos espontâneos consecutivos, vale frisar que a infertilidade não é definitiva assim como a esterilidade. (BRANDI, PINA, LOPES, 1995)

Ademais, a infertilidade poderá ser caracterizada de duas maneiras, primeiramente temos a infertilidade conhecida como primária, que ocorre quando o casal nunca conseguiu ter uma gestação seja ela completa ou não, e a outra forma é a infertilidade secundária que é aquela em que o casal já teve uma ou mais gestações em algum período da relação e posteriormente não conseguiu outra

⁴ Atualmente a Resolução 2.013/13 trata da gravidez por substituição e será objeto de estudo em tópico próprio

gestação em um período de até dois anos de tentativas. (BRANDI, PINA, LOPES, 1995)

De acordo com dados tirados da Sociedade Americana de Fertilização, atualmente o índice de pessoas inférteis no mundo está entre 25% a 30%, enquanto nos anos 60 este índice era bem inferior, entre 10% a 15%. (MACHADO, 2003)

De acordo com Brandi, Pina e Lopes (1995) verifica-se que existem muitos fatores que podem contribuir para a infertilidade, são eles: a idade, uso de drogas e álcool, doenças inflamatória pélvica, falta de exercícios físicos.

Além disso, Machado (2003, p.25) ressalta como causas de infertilidade “o uso prolongado dos contraceptivos, as práticas de abortos clandestinos, doenças sexualmente transmissíveis, juntando-se a má qualidade de vida como o consumo de drogas e medicamentos, as carências de vitaminas.”

Por um período de tempo afirmava-se que a infertilidade só poderia atingir as mulheres, com os avanços tecnológicos é que se descobriu que esta afirmação estava equivocada, e que a infertilidade pode ocorrer tanto em mulheres quanto em homens. Ressalta-se que a infertilidade deve ser vista pelo casal como um problema que pode ser resolvido através de tratamentos ambulatoriais. (FERREIRA, 2011)

Em se tratando de esterilidade acredita-se que até o final do século XV, era inadmissível que se falasse em esterilidade masculina, até então esta trágica posição só era cabível para as mulheres. O nascimento com vida no século XV sempre fora vinculado a fortuna, alegria, fartura e prazer, por conta desses motivos às mulheres que não tinham a capacidade de gerar seus próprios filhos eram vistas como mulheres amaldiçoadas e castigadas por Deus. (LEITE, 1995)

A esterilidade masculina só foi admitida em 1667, quando Johann Ham, afirmou que a mesma poderia se dar por falta de espermatozóides, ou seja, a esterilidade deixou de ser somente feminina, passando a abrir novas possibilidades de esterilidade no final do século XVII. (LEITE, 1995)

Para que a mulher possa reproduzir seu filho por meios naturais, ela terá que produzir aproximadamente 200.000 milhões de folículos em um de seus ovários, e o homem deve ter em seus testículos no mínimo 20 milhões de espermatozóides, tendo em vista que em cada ejaculação o homem libera entre 20 a 300 milhões de gametas, onde 65% dos espermatozóides expelidos pelo homem devem ter mobilidade adequada para que consigam chegar ao interior do útero. (MACHADO, 2003)

A esterilidade tanto feminina quanto masculina ocorre quando as células germinais, que são aquelas relacionadas aos gametas (óvulos e espermatozóides), ou seja, as células responsáveis pela reprodução são insuficientes para que ocorra uma reprodução natural. (MACHADO, 2003)

A esterilidade é caracterizada pela inabilidade de fecundação em uma situação que não poderá ser revertida com tratamentos ambulatoriais ou cirúrgicos. (MACHADO, 2003)

Caro (1988, p.11-12) define a esterilidade da seguinte maneira

O casal é estéril quando tenta sem resultado conceber um filho pelo menos durante dois anos. Mas esse lapso de tempo de dois anos é totalmente arbitrário. Na realidade, se 15% dos casais têm, num momento de sua existência, dificuldade de procriar e consultem por isso um médico, apenas 5% da população são realmente estéreis. No início do século, o filho vinha naturalmente aumentar a família. Chegava sem ser realmente programado e desempenhava um papel econômico essencial, assumindo os bens e o trabalho do pai. Hoje a maior parte das pessoas reflete antes de iniciar a gravidez; em contrapartida, não compreende que a criança não atenda ao chamado. Não há mais acaso na procriação. A contracepção precoce, no início da vida amorosa da maioria dos casais, disfarça com frequência problemas de esterilidade que explodem no momento em que a gravidez é desejada. O menor atraso na contracepção faz pensar em esterilidade, quando um pouco de paciência resolveria, sem dúvidas, muitas coisas.

A decepção diante do fato de não poderem ser pais tanto para as mulheres quanto para os homens é evidente. Para o homem o fato de não ter um filho faz com que se sinta fracassado, a idéia de virilidade que a sociedade impõe para o homem faz com que ele não sinta apenas o desejo de ter filho, mas também uma obrigação de fecundidade. Para a mulher a esterilidade é vista como uma derrota, pois a grande maioria sonha com o dia do nascimento de seus filhos. Desde muito pequenas são acostumadas a brincar de bonecas e aprendem que para ser uma mulher completa deve ser casada e ter filhos. (MACHADO, 2003)

Segundo Leite (1995, p.101) “[...] desde a infância até a velhice o homem espera perpetuar a sua espécie através dos filhos”, é por este motivo que quando o desejo de ter filhos se manifesta faz com que o casal fique ansioso a cada relação sexual e muito atormentados quando são submetidos a exames de gravidez com resultados negativos.

Conforme sustenta Machado (2003, p. 23)

A impossibilidade de procriar não atinge somente psicologicamente o indivíduo, como atinge diretamente o casal. Na mulher, priva-a da insubstituível sensação do estado de mãe. Enquanto no homem, o atinge no que ele tem de mais profundo, causando-lhes graves desordens psicológicas e transtornos emocionais.

A angústia de não conseguirem engravidar não é limitado apenas ao ambiente familiar, o fato de um casal não ter filhos hoje em dia ainda é mau visto pela sociedade que considera o filho como uma obrigação do matrimônio, pois a falta do filho na relação faz com que a cadeia familiar seja rompida não permitindo a continuação genealógica da vida. (LEITE, 1995)

Conscientes da inabilidade de procriação o casal passa a se isolar do ambiente social, colocando a frente de qualquer interesse o desejo de engravidar. (TAMANINI, 2009)

Neste sentido Leite (1995, p.24) afirma

Frustram-se também todos os planos do casal quando a aguardada chegada não ocorre. Os planos desaparecem, o desejo de que o filho preencha lacunas, realize seus mais intensos sonhos, compense suas deficiências e fracassos, seja portador de benesses e felicidade esvai-se diante do espectro da infertilidade.

Antes da existência das técnicas de reprodução humana assistida, diante da impossibilidade de fecundação com vida o casal para alcançar o desejo de ter filhos só poderia optar pela adoção, porém, a idéia de adotar uma criança não preenche o desejo de procriação. (LEITE, 1995)

Geralmente para o casal a constituição da família com filhos é o principal projeto do matrimônio, um filho segundo Taminini (2009, p.144) “[...] permite a transmissão da cultura entre as gerações, a continuidade das crenças e dos valores sociais.”

Ainda assim salienta-se que o nascimento de um filho é a forma que o casal encontra de passar a diante os ensinamentos que receberam de seus próprios pais. (TAMININI, 2009)

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura em seu art. 226 § 7º, o direito ao planejamento familiar, regulamentado posteriormente pela Lei 9.263/96. Sob a designação de planejamento familiar Brauner (2003, p.15) dispõe que

[...] está implícita a idéia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre

as funções reprodutoras do homem e da mulher, especialmente sobre a saúde de ambos.

O art. 9º Lei 9.263/96 garante que “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.” (BRASIL, 2013- B)

Pode-se constatar que os casais impossibilitados de conceberem seus filhos por meios naturais têm o direito de recorrer às técnicas de reprodução humana assistida para que possam realizar o sonho de constituir uma família.

3.3 FILIAÇÃO E MATERNIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Inicialmente devemos conceituar o termo filiação, como o faz Rizzardo (2011, p.338) “[...] pode-se dar o conceito de filiação, mais no sentido jurídico, como a relação de parentesco consangüíneo em primeiro grau e em linha reta, que envolve ou une uma pessoa aquelas que a reproduziram ou geraram.”

Ainda segundo Rizzardo (2011, p. 338) “a filiação é o vínculo mais importante entre as pessoas, é um sentido natural que nasce instintivamente e cresce cada vez mais com o passar dos anos, mesmo que ocorra um distanciamento entre ambos.”

Gonçalves (2013, p.319) afirma que

Em sentido estrito *filiação* é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada *filiação propriamente* dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina *paternidade ou maternidade*. (grifo no original)

O Código Civil de 1916 diferenciava a filiação entre legítima e ilegítima. Filhos legítimos eram os que filhos concebidos durante o casamento e os ilegítimos eram os filhos havidos fora do casamento. (GONÇALVES, 2013)

Hoje, todavia, independente de terem sido concebidos durante ou fora do casamento, à distinção entre uma filiação e outra foi dada por encerrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 227 § 6º “[...] Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 2013- A)

O Código Civil vigente repete este dispositivo constitucional no artigo 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 2013-C)

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e Adolescente em seu art. 20 também adere ao artigo 227 § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde afirma não existir diferença entre filiação legítima e ilegítima: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.(BRASIL, 2013- D)

Apesar de o Código Civil de 2002 aderir ao dispositivo constitucional em seu artigo 1.596 no capítulo intitulado “Da filiação”, os artigos seguintes (art. 1.597 a 1.606)⁵ tratam dos filhos concebidos na constância do casamento.

⁵**Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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.

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

No capítulo “Do reconhecimento dos filhos” (art. 1.607 a 1.617)⁶ o Código Civil trata dos filhos havidos fora do matrimônio, mantendo ainda a distinção entre filiação.

Segundo Dias (2011, p.355)

A diferenciação advém do fato de o legislador ainda fazer o uso de presunções quando se refere aos filhos nascidos do casamento. Tal tendência decorre da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço, nem que para isso tenha de atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para a manutenção da estrutura familiar.

Como se pode verificar, no artigo 1.597 do Código Civil encontra-se amparado a premissa *mater semper cert est et pater is est quem nuptiae demonstrant*, ou seja, a maternidade sempre é certa e a paternidade deve ser presumida, porém é de extrema importância ressaltar que esta premissa não tem mais relevância devida as diversas formas de concepção que a reprodução assistida oferece. (TARTUCE, SIMÃO, 2013)

A respeito da maternidade, que tradicionalmente sempre foi dada como certa através dos sinais de gestação e posteriormente pelo parto, motivo pelo qual

⁶**Art. 1.607.** O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente (BRASIL, 2013- C)

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Art. 1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo. (BRASIL, 2013-C)

pouco de preocupava a respeito da sua prova, pois a maternidade sempre enquadrava no fundamento *mater semper certa est*. (MADALENO, 2013)

De acordo com Silva (2013, p.58) “a legislação brasileira vigente consagra a maternidade pela gestação e pelo parto”.

Ademais Rizzardo (2011, p.403) afirma que

[...] Diziam os romanos: *mater semper cert est* – brocado este que ainda persiste, e continuará a persistir. A própria lei oferece menores oportunidades para negar a maternidade [...] esta oportunidade ditada pelo autor esta consagrada no artigo 1.608 do Código Civil onde diz que “Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas”.

Ainda segundo Rizzardo (2011, p.441) “tradicionalmente, ou segundo as leis vigentes, a verdadeira mãe é aquela que dá à luz a criança, ou a que pariu. A criança que é parida seria a evolução, em seu ventre, de um óvulo produzido e fecundado em seu próprio corpo.”

Entretanto, posteriormente a reprodução assistida mais precisamente à gravidez de substituição o *mater semper certa est* não pode mais ser utilizado como fundamento para a presunção da maternidade, pois quando se trata de gravidez de substituição existe mais de uma mãe. (MOREIRA FILHO, 2002)

Neste sentido Silva (2013, p.58-59) assevera

As técnicas de reprodução humana medicamente assistida possibilitam a utilização de meios que alteram a base do vínculo de filiação [...] Mãe é normalmente a mulher que, desejando ter um filho, o concebe e dá à luz uma criança, entretanto a ciência trouxe a dissociação desses fatores, tornando necessário o conhecimento de outras circunstâncias, para afirmar quem é a mãe.

Segundo Mendes (2006, p. 16) “a maternidade não deve ser aferida apenas no seu aspecto biológico, mas, também no seu aspecto afetivo.”

Neste sentido Maldonado (1989, p.14-15) assegura “o convívio e a disponibilidade para cuidar de uma criança e acompanhar o seu desenvolvimento são aspectos cruciais na construção do amor e do vínculo com o filho.”

Resta evidente que em consequência da gestação por substituição a maternidade não pode ser mais dada como certa, pois ao ser solicitada esta forma de concepção nos deparamos com três tipos de mães, a biológica, a portadora e a socioafetiva.

A filiação por sua vez é sempre certa não podendo ter distinções a respeito da mesma, apesar de o Código Civil estabelecer uma diferença entre filiação havida dentro e fora do casamento à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veda qualquer tipo de distinção.

3.4 ANÁLISE DO CAPÍTULO VI CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA NAS RESOLUÇÕES Nº. 1.358/92 E 1.957/10

No Brasil não existe uma legislação que regulamente as técnicas de reprodução assistida, tampouco a gestação de substituição. Apesar da existência diversos projetos no Congresso Nacional a respeito da reprodução assistida nenhum chegou a ser devidamente aprovado.

De acordo com Oliveira e Marques (2013) a Resolução 1.358/92 surgiu visando disciplinar a reprodução assistida, harmonizando o uso das técnicas aos princípios éticos da medicina, visto que a maioria dos casos de infertilidade que impossibilitam a procriação natural podem ser solucionados por meio de Reprodução Assistida.

Ademais Gallo (2010, p.5) assegura que

Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.358/92⁷ — orientadora dos médicos quando às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da praticada reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.

Posteriormente a Resolução 1.358/92, a Lei nº 9.263/96, que se refere ao Planejamento Familiar⁸ garante o uso das técnicas de reprodução assistida para a

⁷ VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (BRASIL, 2013- E)

⁸ Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção;

formação da família. (OLIVEIRA, MARQUES, 2009). A Resolução 1.358/1992 explana a respeito da gestação de substituição em seu VII capítulo. Segundo esta Resolução a gestação de substituição só será permitida nos casos em que a mãe desejava apresentar problemas médicos que a impeçam de conceber filhos de forma natural, ou com a utilização de outras técnicas de reprodução assistida. (OLIVEIRA, MARQUES, 2009)

Ainda assim para que se possa ter acesso a esta técnica de reprodução assistida os casais desejosos devem apresentar uma doadora que tenha um grau de parentesco de até segundo grau com a mãe genética, ou seja, só poderão ser doadoras de útero, a mãe, a irmã ou a avó da mãe genética, não havendo limites de idade para as doadoras. O caso de a doadora genética não possuir nenhum parente de segundo grau só será permitida o uso da técnica com a autorização do Conselho Regional de Medicina. (MALUF, 2010)

No Brasil, o caráter lucrativo ou comercial é vedado pela Resolução nº 1.358/92 na gestação por substituição, sendo esta permitida apenas em caráter solidário, ou seja, sem a presença de dinheiro. (OLIVEIRA, MARQUES, 2009)

Após anos em vigência se mostrando eficaz a Resolução 1.358/92 recebeu algumas alterações devido ao tempo que ela ficou em vigor, aos avanços técnico-científicos e modificações de comportamento da sociedade, originando então a Resolução nº 1.957/10 e revogando a anterior.

Apesar das várias mudanças que ocorreram na Resolução nº 1.957/10, o capítulo VII, onde é citada a gestação de substituição em nada foi alterado.

Muito embora a Resolução de 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina tenha vigorado por 18 anos, a Resolução 1.957/2010 vigeu por apenas 3 anos devido ao grande avanço técnico-científico e medidas éticas a serem tomadas pelos médicos e pacientes que optam pela reprodução assistida. Assim, o Conselho Federal de Medicina revisou mais uma vez a resolução que abrange o assunto dando origem a Resolução de nº 2.013/13, que será arremetida no próximo capítulo deste trabalho

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Art. 8º A realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde. (BRASIL, 2013- B)

4 IDENTIFICAÇÃO DA MÃE QUANDO A CRIANÇA É GERADA POR GRAVIDEZ DE SUBSTITUIÇÃO

Neste capítulo tratar-se-á sobre o papel primordial de cada uma das possibilidades de mães existentes quando a criança é gerada através de sub-rogação de útero. Posteriormente abordar-se-á as mudanças que ocorreram no capítulo VII da Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

4.1 A MÃE BIOLÓGICA, A MÃE PORTADORA E A MÃE SOCIOAFETIVA

Uma questão muito indagada a respeito da gestação por substituição diz respeito da identificação da maternidade, uma vez, que atualmente o vínculo jurídico entre mãe e filho não podem ser estabelecido apenas pelo fato da gravidez e o nascimento, pois ao optar pela gestação por substituição pode-se identificar três tipos possíveis de mães.

A respeito Machado (2003) menciona três tipos diferentes de mães quando a criança é gerada através de sub-rogação de útero “[...] pode-se ter; a mulher que cedeu o óvulo; a mulher a quem o nascido se destina; a terceira mulher que surge como portadora.”

Silva (2013) assevera

Faz-se pertinente uma breve discussão sobre a determinação da maternidade ao nascer da criança, pois podemos considerar a hipótese de termos: a) a gestacional, que gesta a criança durante os nove meses; b) a biológica, que é a doadora do óvulo; c) a socioafetiva, que recorreu aos centros de procriação artificial.

É evidente que a gestação por substituição coloca em dúvida a maternidade, que anteriormente as técnicas de reprodução humana assistida eram vista como certa, neste sentido Sauwen (2008, p. 101) indaga “Quem é a mãe: a que cedeu o óvulo, a que gestou a criança ou a que encomendou e se propõe a educá-la?”

Stalleikem (2013) salienta

[...] que a mãe poderá ser a que está gestando o bebê ou ainda, poderá ser a que emprestou seu útero, recebendo o óvulo de uma terceira pessoa para gestá-lo, ou então a doadora do óvulo para

fecundação, não participando da gestação, caracterizando-se em uma mãe sócioafetiva.

Desta feita pode-se perceber que a sub-rogação de útero traz a baila três possibilidades de mães: a mãe biológica, a portadora e a socioafetiva, portanto desta forma tratar-se-á da função de cada uma das possibilidades da gravidez de substituição.

4.1.1 A mãe biológica-substituta

A mãe biológica é a mulher que empresta o seu útero e o seu óvulo ao casal desejoso, para que então ocorra a fertilização *in vitro* e posteriormente implantado no útero da mesma o óvulo fecundado.

Machado (2002, p. 53) esclarece que

[...] o compromisso da mãe substituta para com o casal solicitante é além de doar o seu óvulo para ser inseminado com o espermatozóide do marido da mulher estéril, desenvolver a gravidez no seu ventre [...]. Portanto, a mãe substituta, além de ser gestante, é também a genitora.

Ainda segundo Machado (2002) a mãe substituta diverge da mãe portadora, pois a criança gerada por ela tem o seu material genético, uma vez que ela foi concebida com o seu óvulo e gestada em seu útero.

Nesse sentido o ensinamento de Leite (1995, p.68)

[...] além de emprestar o seu útero dá igualmente os seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber. Se ela engravidar, ela garantirá a gravidez de uma criança que é geneticamente sua, e, após o parto, a dará ao casal [...].

Ratificando Welter (2003) afirma que a mulher que gestou a criança é a mãe biológica, pois ela emprestou o seu útero e o seu óvulo para que a mesma pudesse ser concebida.

Rizzardo (2011) salienta que a mãe biológica é a mulher que com “[...] esperma do marido conjugado ao óvulo de uma terceira mulher, por defeito congênito da esposa, ou obstrução das trompas de Falópio, e que é implantado no útero da mulher fornecedora do óvulo.”

Assim, pode-se dizer que a mãe biológica é a mulher que gesta a criança para um casal desejoso através de seu óvulo e útero e com o esperma do pai da criança.

4.1.2 Mãe portadora

A mãe portadora, como o próprio nome diz é aquela que vai portar o bebê até que ele nasça, sendo que neste caso o material genético utilizado é o do casal requerente.

Machado (2002, p. 53) elucida sobre a mãe portadora, como sendo

Aquela que somente poderá emprestar o útero. O embrião fecundado *in vitro* e implantado na mãe portadora e geneticamente do casal interessado. A gestante é somente portadora do embrião fecundado em laboratório, com o espermatozóide e óvulo do casal solicitante.

Corroborando, Leite (1995, p. 68) consolida que “a mãe portadora é aquela que apenas ‘empresta’ seu útero. Trate-se de uma mulher fértil, no útero da qual reimplanta-se um ou vários embriões obtidos através de fecundação *in vitro*, a partir dos óvulos e espermatozóides do casal solicitante.”

Além do mais, a respeito da mãe portadora Camargo (2003) disserta que na gestação de substituição a mãe portadora ocorre quando uma mulher fértil, porém com problemas que lhe impeçam de gestar a criança recorre a uma terceira mulher para que esta carregue se filho e posteriormente ao parto lhe entregue a criança.

Ainda segundo Camargo (2003) existe a possibilidade de mãe portadora gestar um embrião fertilizado *in vitro* com o esperma do marido ou companheiro solicitante e o óvulo de outra mulher que não a sua, ou então com o óvulo da mulher e o esperma de um terceiro.

Importante salientar que a mãe portadora apesar de não ser a mãe genética, passará para a criança gerada por ela todas as “informações nervosas, hormonais, e humorais.” (MACHADO, 2002, p. 53)

Por conseguinte, entende-se que no caso da mãe portadora ela apenas gestará um embrião fertilizado *in vitro*, provenientes do material genético do casal solicitante ou ainda de terceiros desconhecidos.

4.1.3 Mãe socioafetiva

Este tipo de mãe é a mais complexa entre os explanados até o momento, pois é esta que solicitou a gravidez por substituição devido um problema de infertilidade ou esterilidade e/ou ser impossibilitada de levar a gravidez a término. Importante trazer a baila que existe a possibilidade desta também ser a mãe biológica caso o óvulo fecundado na mãe portadora seja proveniente dela. (MARTINS, 2008)

Para Silva (2013)

A figura da mãe sócioafetiva, hoje tem caráter de grande relevância, pois proporciona a oportunidade de que mulheres exerçam a maternidade, onde a figura, assim como a filiação socioafetiva em geral à seu espaço e credibilidade na sociedade e no sistema jurídico brasileiro, pelo fato de que essas pessoas exercem o papel de profunda dedicação e amor às crianças.

No mesmo vértice temos o ensinamento de Junges (1999) pois apesar de não gerar a criança em seu útero ela é responsável pela educação da mesma.

Assim, mãe socioafetiva é aquela que assumiu e levou adiante o sonho da maternidade ao recorrer até mesmo a uma mulher estranha ao seu ambiente familiar para que sua vontade fosse satisfeita. (MOREIRA FILHO, 2013)

Lima Neto (2001) assegura que mãe socioafetiva pode ser ou não a que doou o material genético, porém é ela quem planejou e desejou o filho.

Segundo Meira (2007) a mãe social ou socioafetiva é a mulher que solicitou a gravidez por substituição, e posteriormente ao parto e o aleitamento irá criá-la e exercer o papel de mãe perante a sociedade.

Assim sendo, pode-se concluir que a mãe socioafetiva foi a que teve a iniciativa de procurar a clínica de reprodução assistida e a principal interessada em ter o filho.

4.2 RESOLUÇÃO 2.013/13, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Como mencionado anteriormente a Resolução 1.957/10⁹ ficou em vigência por pouco tempo dando origem a Resolução 2.013/13¹⁰.

Diferentemente da Resolução 1.957/10 em que não houve nenhuma mudança referente à gestação de substituição, a Resolução de 2.013/13 devido as significativas mudanças tecnológicas e sociais teve grande alteração referente a gestação de substituição, estabelecendo os procedimentos a serem seguidos.

No que diz respeito aos casais que podem utilizar a técnica de reprodução humana assistida, salienta a Resolução 2.013/13 que a mulher somente

⁹**VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)**

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que a impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (BRASIL, 2013- F)

¹⁰**VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)**

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

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;

- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

- os riscos inerentes à maternidade;

- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doar temporariamente o útero, até o puerpério;

- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro. (BRASIL, 2013- G)

poderá se beneficiar da gestação de substituição se for comprovada alguma anormalidade que a impeça de engravidar. (STALLEIKEM, 2013)

Além disso, Ladeia (2013) acrescenta

Em prestígio ao reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal – STF –, na sessão de julgamento datada de 05 de maio de 2011 (ADI 4.277 e ADPF 132), o Conselho Regional de Medicina ressaltou, na nova redação da Resolução, o direito ao uso das técnicas de Reprodução Assistida, desde que respeitado o direito da objeção de consciência do médico. A Resolução anterior era inexata - ao garantir “a qualquer pessoa” a submissão ao tratamento, possibilitando, assim, inúmeras interpretações.

No que tange ao grau de parentesco a nova Resolução do Conselho Federal de Medicina, tendo em vista a possibilidade de a mulher que deseja ter o filho não possuir nenhum parente vivo de até 2º grau, abriu o leque a possíveis doadoras, alterando para até o 4º grau, ou seja, podem ser doadora de útero as mães, irmãs, avós, tias e primas, a ainda acrescentou que a doadora de útero poderá ser da família de qualquer um dos parceiros, desde que respeite a faixa etária de 50 anos de idade. Importante mencionar que a Resolução anterior (1.957/10) não exigia faixa etária. (STALLEIKEM, 2013)

Em que pese à faixa etária das doadoras, a mesma foi estabelecida devida a majoração os risco obstétricos as gestantes e pela baixa possibilidade de gravidez motivada pela idade. (LADEIA, 2013)

Menciona ainda a Resolução 2.013/13 que a gestação de substituição não pode ser feita visando o lucro e sim visando à solidariedade.(STALLEIKEM, 2013).Ainda assim, a Resolução acrescentou um último inciso, de grande importância, que discutir-se-á em ponto posterior, e que deve ser seguido fielmente pelos interessados pela gestação de substituição, bem como pelas clínicas que realizam esta técnica de reprodução assistida,

Neste sentido, para que ocorra a realização da técnica de gestação de substituição, é de suma importância que ambos os partícipes assinem o termo de consentimento informado, provando assim que foi esclarecido a ambos tudo sobre o procedimento que será realizado e que ambos estão de acordo.

A Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina tomou uma série de cuidados referente à doadora de útero, estabelecendo que esta deve apresentar a clínica onde o procedimento irá acontecer, um documento

esclarecendo a respeito de seu quadro psicológico devidamente assinado por um especialista da área, bem como garantias ao acompanhamento médico durante o período de gestação e após o parto pelo período puerperal.

Ainda, referente à mãe doadora, esta deve estar ciente de estará impossibilitada de interromper a gravidez por motivos banais, sendo aceita a medida do aborto apenas nos casos específicos em lei. De acordo com o Código Penal Brasileiro¹¹, o aborto não será punido nos casos em que coloque em risco a vida da gestante ou a gravidez resultante de um estupro. (BRASIL – I)

Em se tratando de uma doadora de útero casada Rizzardo (2011, p.451) salienta que

Sabe-se que o casamento possui uma estruturação fundada na comunhão de vida e de interesses, na união íntima entre o homem e a mulher, com mútuos ou recíprocos direitos e deveres, ponderando acima de tudo a concordância, o acordo, a unicidade nas decisões e mesmo opções dos cônjuges. Há a identificação de duas existências confundindo-se uma na outra, e não podendo prevalecer atos ou opções individuais que repercutam negativamente na liberdade e intimidade da outra pessoa

Levando em consideração o conceito de casamento, a Resolução 2.013/13 estabeleceu que tanto as mulheres casadas como aquelas vivem em união estável, o cônjuge ou companheiro devem estar em comum acordo, devendo estes informarem a sua vontade por escrito.

A respeito da filiação, a Resolução 2.013/13 enfatizou que deve ser constituído um contrato entre as partes envolvidas esclarecendo a respeito da mesma. Ainda, para que não ocorra nenhum problema referente à maternidade e paternidade é necessário que durante a gestação o registro civil da criança já seja providenciado.

Desta feita podemos dizer que no âmbito médico social as dúvidas existentes acerca da maternidade da criança gerada através de gravidez sub-rogação de útero esta resolvida, sendo a criança efetivamente filha da mãe

¹¹ **Art.128** - Não se pune o Aborto praticado por médico:

Aborto Necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no Caso de Gravidez Resultante de Estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o Aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 2013- H)

socioafetiva, porém no âmbito jurídico ainda é questão que não esta devidamente resolvida.

4.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS PARA A DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE

Sabe-se que a Resolução nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina estabelece limites ao acesso à utilização da reprodução assistida, assim, o art.1º¹² da referida Resolução deixa claro que se trata de uma norma deontológica¹³, ou seja, é totalmente desprovida de coerção, impossibilitada de coibir o uso de maneira incorreta das técnicas de reprodução assistida, bem como problemas positivos e/ou negativos oriundos da determinação da gestação de substituição.

Referem-se a problemas negativos aqueles em que ambas as mães após o parto não querem reconhecer a criança como sua, e problemas positivos quando ambas as partes envolvidas desejam a criança. (WELTER, 2003)

Independentes de se tratar de problemas negativos ou positivos a determinação da maternidade jurídica quando envolve uma criança gerada através de gravidez de substituição é processo muito delicado, pois de um lado esta a mulher que desejou e programou toda a “gestação” (podendo ela ser a mãe biológica e/ou a socioafetiva) e do outro esta a mulher que gerou por nove meses desempenhando o papel de mãe, dando proteção ao novo ser, (podendo ser a mãe biológica ou a portadora.) (MALUF, 2010)

Ademais há de se mencionar que o Código Civil cuidou dos filhos havidos através de reprodução assistida (art. 1.957, III, IV, V)¹⁴, porém os filhos havidos por meio de gravidez sub-rogada continuam sem respaldo, ou seja, deixando uma lacuna na lei a respeito do assunto. (OLIVEIRA, MARQUES, 2013)

¹² **Art. 1º** Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. (BRASIL, 2013 –G)

¹³ A norma deontológica se refere ao conjunto de princípios e regras de conduta e deveres inerentes a uma determinada profissão. (BOBBIO, 1996)

¹⁴ **Art. 1.957.** Presume-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 trata de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Por tal motivo, no que diz respeito à maternidade, a mesma fica vinculada ao que preceitua o Código Civil em seu artigo. 1.603¹⁵, que afirma que a maternidade é dada pelo termo de nascido vivo, fornecido pelo hospital. (OLIVEIRA, MARQUES, 2009). Ainda assim, diante do artigo 10, II do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶ e do artigo 242 do Código Penal¹⁷, pode-se concluir que mãe é quem dá à luz. (LIMA NETO, 2001)

Além disso, Silva (2013) acredita que “mesmo com tantas evoluções científicas, ainda hoje, o ordenamento sanciona a idéia de que a mãe é quem gestou e teve o parto, seguindo principio que a mãe é sempre certa”. Em consonância Bauner (2003) faz menção de que a mãe verdadeira é aquela que dá a luz independente da sua contribuição genética.

Ademais, Lima Netto (2001, p.132) aduz que diante da:

[...] *gestação de substituição*, poderemos fazer o uso do Princípio do Respeito à Dignidade Humana¹⁸ [...], do qual decorre que o corpo humano não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial, ou seja, não pode a mulher ser reduzida a um mero aparelho reprodutivo, deste modo não há que se dizer sem dúvidas referentes à mãe, pois a mãe é aquela quem gera e conseqüentemente dá à luz ao bebê.

Entende-se dessa maneira que independente de a criança ter ou não o material genético da mãe *gestatrix* a criança é filha desta, pois foi ela quem gerou e pariu. (LIMA NETTO, 2001)

Da mesma maneira reflete Rizzardo (2011, p.441) “Tradicionalmente, ou segundo as leis vigentes, a verdadeira mãe é aquela que dá a luz a criança, ou a que pariu. A criança que é parida seria a evolução em seu ventre, de um ovulo produzido e fecundado em seu corpo.”

¹⁵ **Art. 1.603.** A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. (BRASIL, 2013- C)

¹⁶ **Art. 10.** Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:
II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;(BRASIL, 2013 – H)

¹⁷ **Art. 242** - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:
Pena - reclusão, de dois a seis anos. (BRASIL, 2013- I)

¹⁸ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

A maternidade da criança gerada por terceiro deve ser dada a mulher, que segundo Venosa (2013, p.248) “[...] teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução [...]”.

Em contrapartida, Maluf (2010, p 174) esclarece:

Ao contrário da paternidade, a maternidade era passível de provas diretas como, por exemplo, a gestação e o parto, onde o princípio *mater semper cert est* era estabelecido simplesmente com a prova do parto ocorrido na vigência do casamento. Com o surgimento das técnicas de reprodução assistida e o uso da prática de mãe de substituição, o princípio *mater semper cert est* foi colocado em dúvida.

Neste sentido Dias (2011) destaca que “a possibilidade de uso alheio elimina a presunção *mater semper cert est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto.”

A nova concepção familiar privilegia a socioafetividade, diante das conquistas obtidas por meio das técnicas de reprodução humana assistida, mas precisamente na gestação de substituição a verdade biológica foi desprezada. (MALUF, 2010)

A respeito, aduz Leite (1995, p.202)

As procriações artificiais e todos os efeitos daí decorrentes alteraram, porém, a ordem natural da evolução e, negando uma tradição bem assentada [...] Negligenciando as conquistas obtidas pela verdade genética, [...] as mães de substituição pregaram a desconsideração da tão só verdade biológica em proveito de uma verdade afetiva.

Ainda assim deve-se levar em consideração que a disputa pela criança somente ocorre, pois a mãe socioafetiva recorreu à gestação de substituição, pois sem a vontade da mãe socioafetiva não haveria a criança, evidente então que em decorrência de um possível conflito entre ambas as mães, a criança deve ficar com aquele que efetivamente a desejou, ou seja, a mãe socioafetiva. (SILVA, 2013)

Na mesma ótica aduz Pereira (2006, p.141) “[...] a filiação somente é possível em razão de um ato de vontade, um desejo” neste contexto é notável que o que vai predominar para a determinação da maternidade é a afetividade, tendo em vista que inicialmente a mãe biológica ou portadora não desejava este filho.

Estabelecer a maternidade pelo parto não é a justificativa mais adequada na hipótese de gravidez de substituição, pois esta quando aceitou gerar o filho

estava ciente de que só estava auxiliando a mãe socioafetiva ou então os casais homoafetivos a realizar um desejo que no caso em si é a filiação. (ALENCAR, 2013)

Segundo Diniz (2001) independente da origem genética, mãe é aquela que demonstrou a vontade de procriar, devendo então a maternidade socioafetiva ser privilegiada em caso de conflito referente à determinação da maternidade.

O papel da vontade de ter filhos deve ser soberano a verdade genética e/ou biológica, ou seja, para Leite (1995, p.202) “a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológica – genética.”

No mesmo viés Ibias (2013) menciona:

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

Acrescente-se que a Constituição Federal de 1988¹⁹, equiparou os filhos havidos fora ou durante o casamento e os adotivos igualmente, afastando então a verdade biológica como o único meio de definir a filiação, neste caso a maternidade.

Conclui-se desta maneira que diante da falta de uma lei específica que trate a respeito da gestação por substituição, a maternidade jurídica da criança gerada através desta técnica de reprodução humana assistida, permanece uma pergunta sem resposta.

¹⁹Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

4.4 A RESOLUÇÃO 2.013/13 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A SUA FORÇA NORMATIVA.

O Conselho Federal de Medicina é uma autarquia instituída pelo Decreto lei nº 7.955/45²⁰ sendo este posteriormente regulamentado pela Lei nº 3.268/57,²¹ sendo assim, o Conselho Federal de Medicina tem competência para editar atos normativos, sejam eles instruções, portarias, resoluções, entre outros.

No caso em específico, será abordada a Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina.

Segundo Barros (2013) entende-se por Resolução os atos administrativos normativos que partem de autoridades superiores, através das quais disciplinam matéria de sua competência específica.

Sabe-se que a resolução é uma norma jurídica infralegal, o que significa dizer que, é uma norma jurídica secundária, pois fica sujeita à norma infraconstitucional, e à norma constitucional, ou seja, é inferior a ambas. (BARROS, 2013)

Cabe ainda mencionar que todas as normas jurídicas estão organizadas dentro de um ordenamento jurídico. Ordenamento este que é classificado por Bobbio (1996, p 31) como sendo “um conjunto de normas.”

Ainda segundo Bobbio (1996, p, 37)

Os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas [...] os juristas queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada da vida social. [...] As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores, subindo das normas mais inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento

Em concordância Vaz (2008, p.299) aduz que

²⁰ Institui Conselhos de Medicina e dá outras providências

²¹ Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências.
Art . 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.

A idéia de ordenamento jurídico pressupõe a existência de normas imperativo-autorizantes superiores e normas imperativo-autorizantes inferiores de modo que as normas inferiores dependem das superiores. Dessa forma, ordenamento jurídico constitui-se em uma rede escalonada de proposições normativas [...] A estrutura do ordenamento jurídico [...] assume a prefigura de uma pirâmide, cuja base é ocupada pelas normas inferiores, o ápice, pelo texto constitucional.

É sabido que as normas dentro do ordenamento jurídico não estão dentro do mesmo plano ou seja, elas são distribuídas em uma ordem escalonada, indo das mais superiores as inferiores, ou seja, normas constitucionais, normas infraconstitucionais e normas infralegais. (BOBBIO, 1996),

Para explicar de forma mais clara criou-se a pirâmide das normas, o topo da pirâmide se encontra a norma maior, que é a Constituição Federal, logo abaixo desta encontram as Leis Complementares, sendo seguida pelas Leis Ordinárias, um patamar a baixo encontram-se as Medidas Provisórias e as Leis Delegadas, e na base da pirâmide esta as Resoluções, Portarias etc. (KELSEN, 2001)

Pelo fato de existirem diversas normas jurídicas, podendo ocorrer conflitos entre elas dentro ordenamento criaram-se as chamadas antinomias que nada mais são que a incompatibilidade entre normas jurídicas de um mesmo ordenamento. (VAZ, 2008)

Neste caso tem-se a possibilidade de três critérios para a solução de antinomias, quais sejam: o critério hierárquico no qual quando da incompatibilidade entre as normas prevalecera à superior, e neste caso entende-se que a norma superior poderá revogar uma inferior, porém normas inferiores não revogam normas superiores. O critério da especialidade é aquele que entre duas normas incompatíveis, sendo uma geral e outra específica, irá prevalecer a específica. E por fim o critério cronológico que prevalecerá a norma posterior, ou seja, a mais recente, este critério é restrito as normas do mesmo escalão. (VAZ, 2008)

No mesmo viés assegura Mascaro (2013, p. 152)

Há três grandes critérios para se revolver uma antinomia: a cronologia, a hierarquia e a especialidade. [...] O primeiro critério é bastante claro ao jurista: caso haja duas normas tratando da mesma questão, mas uma seja mais nova que a outra, entre as duas há de se preferir a mais nova. [...] o segundo critério também é cristalino: entre duas normas antinômicas, se uma forma de um escalão hierárquico superior a outra, prefere-se a norma superior. Assim

sendo, caso haja antinomia entre uma norma da Constituição Federal e outra do Código Civil, pelo critério da hierarquia há de se escolher a norma superior, a constitucional. O terceiro critério [...] se uma norma trata sobre assunto geral, e outra trata de maneira distinta de um caso específico dentro desse assunto geral, a específica revoga a geral, mas apenas para caso específico.

No que tange a Resolução em estudo, não pertencendo ao mesmo escalão que o Código Civil e/ou a Constituição, por ser uma norma infralegal, ou seja, uma norma secundária, e não sendo esta uma norma jurídica específica e sim uma norma infralegal e por ser instituída pelo Conselho Federal de Medicina sendo então além de infralegal, deontológica o critério a ser adotado para conflitos entre ambos é o da hierarquia, ou seja, em um eventual conflito irá prevalecer à norma de nível mais elevado.

Assim, em relação à força normativa da Resolução 2.013/13, dentro do ordenamento jurídico será a mesma hierarquicamente mais fraca que a Constituição Federal.

Pode-se dizer desta maneira que a força normativa da Resolução 2.013/13 será voltada apenas em relação aos médicos, por ser uma norma infralegal, e constituída com caráter deontológico conforme expresso no artigo 1º da mesma (IBIAS, 2013)

No mais, segundo o 3º capítulo, artigo 18 do Código de Ética Médico é expressamente vedado ao médico “desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.” Sendo assim caso deixem de cumprir com a Resolução os médicos praticantes de Reprodução Humana Assistida estarão descumprindo com o Código de Ética Médico. (CFMSP, 2013)

Sendo a Resolução desprovida de coerção, para as pessoas não praticantes da medicina e não tendo poder de coibir o uso incorreto das reproduções humanas assistidas, seria de extrema urgência uma lei específica que trate a respeito do assunto de forma clara e coerciva.

Destarte assim, é possível discutir judicialmente a maternidade, pois a Resolução é inferior e não determinante, optando-se sempre pelo princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes.

5. CONCLUSÃO

Não se tem dúvidas que a maternidade é um dos privilégios mais magnífico que Deus poderia ter dado as mulheres, porém infelizmente por motivos, tais como a infertilidade ou a esterilidade ou alguma contra indicação que a impossibilite de levar a gravidez ao final.

Quando o sonho da maternidade não pode ser concretizado de forma natural, é evidente que a decepção vem à tona tanto para as mulheres quanto para seus cônjuges/companheiros, pois se sabe que até hoje, o fato de um casal não ter filhos oriundo da relação causa estranheza por onde passam. A sociedade sempre incentivou as mulheres a serem mães, através de brinquedos, desenhos, e afins, ou seja, o que me parece é que o ápice da vida adulta para as mulheres é maternidade.

Diante disto, homem buscou por meio da biotecnologia, sempre baseado nos princípios bioéticos, quais sejam; o princípio da autonomia, o princípio da beneficência, o princípio da não-meleficência e o princípio da justiça, desenvolver métodos capazes de ultrapassar as barreiras que impossibilitam a gravidez.

Dentre os diversos tipos de reprodução humana assistida que o homem desenvolveu a gestação de substituição, é que mais gera dúvidas e receios, devido à grande dificuldade que se encontra para a determinação da maternidade quando a criança é oriunda desta técnica, pois para que ocorra a efetivação desta é necessária uma terceira pessoa que irá gerar o filho para o casal/viúva/solteira, sendo comprometida ao final desta entregar a criança.

Por mais que o Código Civil mãe é aquela quem deu à luz a criança, ou seja, a maternidade é dada em decorrência dos sinais exteriores inequívocos, tais como a gestação e o parto, entretanto após a gestação de substituição o princípio *mater sempre certa est* foi abalado, tendo em vista as três hipóteses de mães, seja ela a mãe portadora, a biológica, ou a socioafetiva.

No Brasil, o único marco regulamentário a respeito do assunto é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.013/2013, onde estabelece critérios que devem ser observados quando da utilização da técnica, tais como a existência de um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação à mulher que deseja ter filhos ou em caso de união homoafetiva, ainda assim a Resolução esclarece que as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família de um dos parceiros num grau de parentesco consanguíneo até o quarto

grau, em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos, lembrando que esta deve ocorrer de forma gratuita, além de outros critérios que devem ser observados e seguidos pelos solicitantes e médicos.

Diante da ausência de uma legislação específica a respeito do assunto a Resolução nº. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina é precária, apesar de estabelecer limites ao acesso e à utilização da prática de gestação por substituição, pois se trata de uma norma infralegal, estando esta no ultimo nível do ordenamento jurídico, com poder de coerção apenas para os médicos.

Nos casos de gestação de substituição, em todas as hipóteses de solução no conflito entre as mães para determinação da maternidade os critérios a serem considerados devem estar fundamentados na vontade da mulher em ser mãe, motivo pelo qual o fator biológico deverá ser posto em segundo lugar, ou seja, deve-se preferir a maternidade da mulher que realmente desejou a criança junto com seu parceiro ou do casal homoafetivo, ao invés da mulher que gerou a criança sabendo que ao final deveria entregá-la.

6. REFERÊNCIAS.

ALENCAR, Isadora Caldas Nunes de. **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em:
< <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2452/1798>.> acesso em 16 de outubro de 2013.

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

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

BERNARDO, Felipe Antonio Colaço; CUNHA, Mariana Galvão Rodrigues da. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida. Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3588, 28 abr. 2013 . Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/24261>>. Acesso em: 8 de setembro. 2013.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 21 maio 2013 – A

____ **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf > acesso em 21 maio 2013 –B

____ **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> acesso em 21 maio 2013 - C

____ **Lei n. 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Dipõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm acesso em 15 outubro 2013 – E

____ Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992.** Publicada no Diário Oficial da União de 19 de novembro de 1992, Secção I Página 16054. Disponível em
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1359_1992.htm> acesso em 21 maio 2013 – F

____ Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010.** Publicada no Diário Oficial da União de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm > acesso em 21 de maio de 2013 – G

____ Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.2.013 de 16 de abril de 2013.** Publicada no Diário Oficial da União de 09 de maio de 2013, Seção I, p.119. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm > acesso em 21 de maio de 2013 – H

____ **Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > acesso em 05 novembro 2013 – I

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 7 ed. Brasília: UNB, 1996

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução Humana – Ética e Direito.* São Paulo. Edicamp. 2006. p. 62.

CARO, Denise. **O filho que tanto queremos: as novas descobertas da medicina para vencer a esterilidade.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988

CLOTET, Joaquim. **Bioética.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. **Iniciação à bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998

DALL' AGNOL, Darlei. **Bioética: princípios morais e aplicações.** Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DINIZ, Débora. **Conflitos morais e bioética.** Brasília, DF: Letras livres, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Conflito de normas..** 3. ed. rev. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998

_____. **As lacunas no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981

DONADIO, Nilson; LOPES, Joaquim Roberto Costa; MELO, Nilson Roberto de. **Reprodução humana II:** infertilidade, anticoncepção, reprodução assistida. Rio de Janeiro: FEBRASGO, 1997

ENGELHARDT, H. Tristram. **Fundamentos da bioética.** 2.ed São Paulo: Loyola, 2004.

FERNANDES, TychoBrahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** Aspectos do direito da família e do direito das sucessões Florianópolis SC: Diploma Legal, 2000.

FIGUEIREDO Antônio Macena. FRANÇA Genial Veloso. **BIOÉTICA:** uma crítica ao principialismo. Disponível em:
http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/bioetica.htm#_ftn26 > acesso em 2013

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

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de introdução ao direito.** 2. ed. rev. e atual Curitiba, PR: Juruá, 2006

GÊNESIS: In. A Bíblia: tradução ecumênica. São Paulo: Edições Loyla: 1994

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro,** volume 6: direito de família. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HECK, José N. **Bioética:** autopreservação, enigmas e responsabilidade. Florianópolis: Ed. UFSC, 2011

IBIAS, Delma Silveira: **MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO:** Aspectos éticos, jurídicos e a relação com a bioética. Disponível em

<http://www.uss.edu.pe/uss/Revistas Virtuales/ssias/ssias6/pdf/1>. acesso em 08 de outubro de 2013.

JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 1999

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2.ed São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

KRELL, Olga Jubert Gouveia, **reprodução assistida e a filiação civil**. Curitiba,: Jurua, 2006

LADEIA, Raphaela Maciel. As inovações trazidas pela Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em <http://www.manucciadvogados.com.br/as-inovacoes-trazidas-pela-resolucao-cfm-n-2-01313> acesso em 30 outubro 2013.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. 2.ed São Paulo: J. de Oliveira, 2006. 5 v

LIMA NETO, Francisco Viera. **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida : controvérsias éticas e jurídicas**. Curitiba, PR: Juruá, 2003.

MADALENO, Rolf, 1954 – **Curso de Direito de Família – 5ª Ed**. Ver, atual e ampl- Rio de Janeiro. Forense, 2013.

MALDONADO, Maria Tereza. **Maternidade e Paternidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1989 volume 2.

MALAGUTTI, William. . **Bioética e enfermagem: controvérsias, desafios e conquistas**. Rio de Janeiro: Rubio, 2007. 213p.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

MARQUES, Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira; OLIVEIRA Cecilia Barroso de. **Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação**. Publicado em

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2569.pdf
acesso em 10/10/2013.

MARTINS-COSTA, Judith; MÜLLER, Letícia Ludwig. . **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed São Paulo: Atlas, 2013

MENDES, Christine Keler de Lima. **Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução mediamente assistida na fertilização in vitro heteróloga**. Publicado em maio de 2006

Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1310>. Acesso em 14/09/2013

MEIRELLES, Jussara. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

_____. **Biodireito em discussão**. Curitiba, PR: Juruá, 2007.

MOREIRA FILHO, José Roberto. O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 7](#), [n. 55](#), [1mar.2002](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2747>>. Acesso em: 8 set. 2013.

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana** Curitiba, PR: Juruá, 2002

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania**. 2. ed. reformulada São Paulo: Ed. Moderna, 2004

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão**. 2.ed Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito de família. V. IV. Rio de Janeiro: forense, 2006

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 2. ed são Paulo: Loyola, 2000 . P.46,

PEGORARO, Olinto Antonio. **Ética e bioética**: da subsistência à existência. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

Piñeiro, Walter Esteves. Bioética e biodireito e seus princípios norteadores. Publicado em <http://www.cnl.org.br/pub/publicacoes/Bioetica%20e%20biodireito.doc>. acesso em 17 de outubro de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula (Org.). **Bioética**: pessoa e vida. Caetano do Sul: Difusão Editora, 2009

REGO, Sergio; PALÁCIOS, Marisa; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. **Bioética para profissionais da saúde**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2009

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Pereira de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SGRECCIA, Elio. **MANUAL de bioética**. 2. ed São Paulo: Loyola, 2002.

SAUWEN, Regina Fuiza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito *in Vitro***: da Bioética ao Biodireito. 3ª ed. Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, Eliane Cristine da. **Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida**. In **Temas polêmicos de Direito da Família**, Mello, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araujo Esteves (coord). Rio de Janeiro: Freitas, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito ciência da vida os novos desafios**. Revista dos tribunais, 2001

SCHEIDWEILER, Claudia Maria Lima, **A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica.**In MEIRELLES, Jussara. Biodireito em Discussão, Curitiba, Juruá, 2006

SPEROFF, Leon; GLASS, Robert H; KASE, Nathan G.; CAMARGO JÚNIOR, Amâncio de. **Endocrinologia ginecológica clínica e infertilidade.** 5.ed. São Paulo: Manole, 1995.

SILVA, Jana Maria Brito. **Aspectos polêmicos sobre a gestação de substituição.** Publicado em < http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectospolemicos_sobreagestacao.pdf > acesso em 07 de outubro de 2013

STALLEIKEM CAMILLE: REPRODUÇÃO ASSISTIDA: NOVIDADES DO CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. PUBLICADO EM : HTTP://WP.CLICRBS.COM.BR/DOLEITOR/2013/05/19/ARTIGO-REPRODUCAO-ASSISTIDA-NOVIDADES-DO-CFM-CONSELHO-FEDERAL-DE-MEDICINA/?TOPO=13,1,1,,13 ACESSO EM 08 DE OUTUBRO DE 2013.

SCARPARO, Mônica Sartoni. Fertilização assistida – questão aberta, aspectos científicos e legais. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **A criminalidade genética.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

TAMANINI, Marlene. **Reprodução assistida e gênero: o olhar das ciências humanas.** Florianópolis: Ed. UFSC, 2009

VAZ, Anderson Rosa. . **Introdução ao direito.** Curitiba: Juruá, 2008

VARGA, Andrew C. **Problemas de bioética.** São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2001

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família.** 5. ed. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006

_____. **Direito civil.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil.** 3. ed Brasília, DF: Ed. do autor, 2009

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva.**
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANEXOS

ANEXO A
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA
RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992

(Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, Secção I, p.16053)

Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

RESOLUÇÃO CFM Nº 1358/92

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

ANEXO B**CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA****RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010**

(Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79)

A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

RESOLVE

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010

ROBERTO LUIZ D'AVILA

Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-geral

ANEXO ÚNICO DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/10

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as

informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

1 - Toda intervenção sobre embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

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

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *postmortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

ANEXO C**RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013**

(Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119)

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de abril de 2013,

RESOLVE:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Revoga-se a Resolução CFM nº 1.957/10, publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79, e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de abril de 2013.

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos.

3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição;

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4 - Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.
- 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.
- 6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 8 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.
- 9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

3 - No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4 - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

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

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

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.013/13

No Brasil, até a presente data não há legislação específica a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.957/10 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.

A Resolução CFM nº 1.957/10 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. No entanto, as mudanças sociais e a constante e rápida evolução científica nessa área tornaram necessária a sua revisão.

Uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços. A comissão revisora observou que a Lei de Biossegurança (Lei no 11.105/05), em seu artigo 5º, inciso II, já autorizava o descarte de embriões congelados há 3 (três) anos, contados a partir

da data do congelamento, para uso em pesquisas sobre células- tronco. A proposta é ampliar o prazo para 5 (cinco) anos, e não só para pesquisas sobre células-tronco.

Outros fatores motivadores foram a falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade, que necessitam a recepção de óvulos doados.

Esses aspectos geraram dúvidas crescentes oriundas dos Conselhos Regionais de Medicina, provocando a necessidade de atualizações.

O somatório dos fatores acima citados foi estudado pela comissão, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada, que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de abril de 2013.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 1.358/92 –
Reprodução Assistida

